



**SESSION DE FORMATION DES FORMATEURS
MAGISTRATS**

MODULE III

Du 18 au 30 MAI 2001

**ORGANISATION DES PROCEDURES
COLLECTIVES D'APUREMENT
DU PASSIF**

COMMUNICATION DE MM :

- ❖ **Jérôme BOUGOUMA**
Docteur en Droit
Enseignant – Chercheur
Université de Ouagadougou

- ❖ **Filiga Michel SAWADO**
Agrégé des facultés des Droits
Professeur titulaire,
Université de Ouagadougou

L'ACTE UNIFORME PORTANT SUR LES PROCEDURES COLLECTIVES D'APUREMENT DU PASSIF¹

Introduction

Chapitre préliminaire : Les antécédents de l'Acte uniforme

Section I - Principaux repères de l'évolution en France et en Afrique

§I - L'évolution en France

§II - L'évolution dans les Etats africains membres de l'OHADA

Section II - Brèves observations sur l'évolution législative

§I - Entre la frénésie et l'immobilisme

§II - Les autres enseignements

Chapitre I : La prévention : l'alerte et le règlement préventif

Section I : La procédure d'alerte

§I - Le devoir d'alerte du commissaire aux comptes

A - Les sociétés autres que les sociétés anonymes

B - Les sociétés anonymes

§II - Le droit d'alerte des associés

Section II : Le règlement préventif

§I - La phase préparatoire au règlement préventif

A - La demande de règlement préventif

B - La décision de suspension des poursuites individuelles

§II - La formation et les effets du concordat préventif

A - La formation du concordat préventif

B - Les effets du concordat préventif

¹ Le plan a été établi en essayant de respecter le canevas fourni par la direction de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature.

Chapitre II - L'ouverture des procédures de traitement (redressement judiciaire, liquidation des biens)

Section I : Les conditions d'ouverture

§I - Les conditions de fond

A - La condition juridique : la qualité du justiciable

B - La condition économique : la cessation des paiements

§II - La condition de forme ou de procédure : l'exigence d'un jugement

A - L'actualité de la « faillite de fait »

B - Les règles de compétence et de saisine

C - Les règles relatives au jugement d'ouverture

Section II : Les organes mis en place

§I - Les organes judiciaires

A - la juridiction compétente

B - Le juge-commissaire

C - Le ministère public

§II - L'organe ambivalent : le syndic

A - Le statut

B - La fonction

C - La responsabilité

§III - Les organes des créanciers : l'assemblée des créanciers et les contrôleurs

A - L'assemblée des créanciers

B - Les contrôleurs

Chapitre III - Les effets de la procédure collective sur le débiteur

(Les opérations relatives à l'actif)

Section I : Les mesures conservatoires et les mesures tendant à connaître l'actif du débiteur

§I - Les mesures conservatoires

§II - Les mesures tendant à connaître l'actif

Section II : Les mesures tendant à l'administration des biens du débiteur : le dessaisissement

§I - La nature et le domaine du dessaisissement

A - La nature du dessaisissement

B - Le domaine du dessaisissement

§II - Les limites au dessaisissement

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

B - Les limites relatives aux actes

§III - Les effets du dessaisissement

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

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

Chapitre IV - Les effets de la procédure collective sur les créanciers

(Les opérations relatives au passif)

Section I : La masse et les créanciers qui la composent

§I - La structure de la masse

A - La notion de masse

B - L'uniformisation de la condition juridique des créanciers

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

A - La production

B - La vérification

C - L'admission

Section II : La révision des droits des créanciers

§I - Les inopposabilités de la période suspecte

A - Observations générales

B - Les inopposabilités de droit

C - Les inopposabilités facultatives

D - Les effets des inopposabilités

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

A - Le régime des actions en revendication

B - Les droits du conjoint du débiteur

Section III : Les différentes catégories de créanciers et leurs droits

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

A - Les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture

B - Les créanciers postérieurs au jugement d'ouverture

§II - Les créanciers dans la masse

A - Les créanciers chirographaires

B - Les créanciers munis de sûretés réelles spéciales

C - Les créanciers titulaires de privilèges généraux

D - Les créanciers titulaires d'une sûreté personnelle

Chapitre V : Les solutions et les sanctions

Section I : Les solutions

§I - Les solutions de survie de l'entreprise

A - Le concordat

B - La clôture pour extinction du passif

§II - Les solutions de disparition de l'entreprise

A - L'union

B - La clôture pour insuffisance d'actif

Section II : Les sanctions

§I - Les sanctions civiles et commerciales

A - Les sanctions à caractère patrimonial

B - Les déchéances et interdictions (faillite personnelle)

§II - Les sanctions pénales

A - La banqueroute proprement dite

B - les infractions assimilées aux banqueroutes

L'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif¹

« Des entreprises en difficultés, on en trouve un peu partout en Afrique ; des entreprises en difficultés qui se redressent, on en cherche »².

Il n'est pas gai 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 défendre³ ; ensuite, la matière est complexe en raison du nombre élevé de questions et des conflits d'intérêt qu'elle traite ; enfin, elle fait appel à d'autres matières (droit commercial, droit civil, 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.

Classiquement, les procédures collectives poursuivent trois objectifs. 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 la discipline collective qui s'applique au moins aux créanciers chirographaires. Il s'agit ensuite de punir et d'éliminer le commerçant qui n'honore pas ses

¹ Communication au séminaire de sensibilisation générale à l'OHADA, Lomé, Togo, 19-20 janvier 1999.

² 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 Polland - Dulian F., note sous cass., ass. Plén., 9 juillet 1993, op. cit. , p. 368).

³ Droit des affaires ; Tome 2 : Entreprises en difficultés, redressement judiciaire, faillite, Economica, 6^e éd., 1997, n° 1031.

engagements. Cet aspect n'est pas à négliger lorsque l'on considère le caractère dissuasif de la punition et sa contribution au paiement des créanciers. Enfin, les procédures collectives doivent permettre la sauvegarde des entreprises redressables, même au prix d'une certaine entorse au droit des créanciers. Ces objectifs se retrouvent peu ou prou dans toutes les législations¹. Mais il se pose un problème de compatibilité 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 les deux premiers, 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 au regard de la succession rapide des textes, particulièrement en France.

S'agissant plus précisément de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, il a été adopté à Libreville le 10 avril 1998 et il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1999. Il vient réformer et remplacer la législation en vigueur en matière de procédures collectives dans les pays signataires du traité pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique², traité adopté à Port-Louis, Ile Maurice, le 17 octobre 1993. Au fond, l'Acte uniforme prévoit trois procédures : le règlement préventif (RP) avant la cessation des paiements et qui constitue à ce titre l'une des pièces maîtresses de la prévention, le redressement judiciaire (RJ) et la liquidation des biens (LB) après la cessation des paiements. Le redressement judiciaire vise le sauvetage

¹ 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).

² Ce traité crée l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA).

de l'entreprise tandis que la liquidation des biens implique sa disparition. Toutes ces procédures s'appliquent d'une part aux commerçants personnes physiques¹, d'autre part aux personnes morales de droit privé, y compris les entreprises publiques revêtant la forme d'une personne morale de droit privé. En la forme, cet acte uniforme comprend 258 articles regroupés en 8 titres d'inégale importance². Pour bien comprendre le contenu et la portée de cet acte uniforme, il paraît indiqué de rappeler les antécédents de l'Acte uniforme à travers l'évolution de la législation afférente aux procédures collectives en France et en Afrique (I) avant d'aborder successivement l'ouverture, le déroulement et le dénouement des procédures collectives (II), puis les sanctions applicables aux débiteurs et dirigeants (III).

¹ Pour cette catégorie, « sont commerçants ceux qui accomplissent des actes de commerce, et en font leur profession habituelle » (Acte uniforme sur le droit commercial général, article 2) . On peut discuter de l'opportunité de soumettre aux procédures collectives les artisans, les agriculteurs, les membres du secteur informel et des professions libérales.

² 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).

CHAPITRE PRELEMINAIRE - LES ANTECEDENTS DE L'ACTE

UNIFORME

L'Acte uniforme a été adopté en tenant compte principalement de l'expérience des Etats concernés et de la France en matière de procédures collectives. Il convient de ce fait de tenter de fixer les principaux repères de l'évolution en France et en Afrique avant d'en tirer quelques enseignements.

Section I - Principaux repères de l'évolution en France et en Afrique

L'évolution du droit des procédures collectives en France est éclairante à plus d'un titre : en effet, tous les Etats francophones d'Afrique soit conservent la législation léguée pendant la colonisation, soit s'inspirent plus ou moins fidèlement des réformes qui ont été introduites en France depuis lors.

§I - L'évolution en France

En ne remontant pas trop loin dans le temps, l'évolution en France est marquée par quelques grandes étapes qui méritent d'être mentionnées.

a) Le Code de commerce de 1807, s'inspirant largement de l'Ancien Droit, mettait en avant le paiement des créanciers et la punition du débiteur. Outre les nombreuses déchéances, le débiteur devait être incarcéré dès le jugement d'ouverture et était passible des sanctions de la banqueroute. Mais le Code de commerce fut rapidement réformé dans le sens de l'adoucissement par la loi du 28 mai 1838, dont on reconnaît les grandes qualités techniques, puis par la loi du 4 mars 1889 instituant la liquidation judiciaire. Celle-ci crée une

seconde procédure réservée aux débiteurs malheureux et de bonne foi qui déposent leur bilan dans les quinze jours de la cessation de leurs paiements. De tels débiteurs restent à la tête de leurs affaires assistés d'un liquidateur judiciaire.

b) Mais l'on dut revenir à la sévérité avec les décrets-lois de 1935. Le décret-loi du 8 août 1935 étend les déchéances de la faillite et les sanctions de la banqueroute aux dirigeants sociaux, ce qui, à l'époque, fut une révolution tandis que celui du 30 octobre 1935 accélère et simplifie la procédure en apportant des modifications aux dispositions du Code du commerce. C'est dans ce mouvement qu'il faut situer l'institution de l'action en comblement du passif social en 1940.

c) Avec le décret du 20 mai 1955, la faillite, maintenue, débouche inéluctablement sur la liquidation totale de l'entreprise et donc conduit à sa disparition. Le règlement judiciaire, qui désormais remplace la liquidation judiciaire, est réservé aux commerçants de bonne moralité. La réforme de 1955 a fait l'objet de vives critiques doctrinales relatives aux critères du choix entre la faillite et le règlement judiciaire. Ce choix se fait non pas en fonction du caractère redressable ou non de l'entreprise, mais plutôt en fonction de la moralité du débiteur ou des dirigeants sociaux.

d) Les grandes réformes de 1967 mettent en œuvre la dissociation de l'homme et de l'entreprise.

La loi du 13 juillet 1967 soumet l'entreprise redressable au règlement judiciaire et l'entreprise non redressable à la liquidation des biens. Quant aux débiteurs ou aux dirigeants sociaux, ils encourent les déchéances et interdictions de la faillite personnelle ainsi que les peines de la banqueroute

s'ils sont fautifs. C'est donc un double critère qui est mis en œuvre : un critère économique pour l'entreprise, un critère moral pour les dirigeants.

Par ailleurs, pour préserver les entreprises importantes, dont la disparition causerait un trouble grave à l'économie nationale ou régionale, l'ordonnance du 23 septembre 1967 institue une procédure sélective dite de suspension provisoire des poursuites, réservée aux grandes entreprises connaissant des difficultés sérieuses mais qui ne sont pas encore en état de cessation des paiements et dont le sauvetage est compatible avec l'intérêt des créanciers.

e) Malgré leurs grandes qualités techniques, les textes de 1967 ont été abrogés et remplacés en 1984 et 1985.

En premier lieu, la loi du 1^{er} mars 1984, relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, améliore la détection et la prévention des difficultés des entreprises. Elle organise une procédure discrète, appelée règlement amiable, qui est destinée à remplacer la procédure de suspension provisoire des poursuites de l'ordonnance de 1967. La première loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, fixe comme objectif prioritaire aux procédures collectives le redressement de l'entreprise et la sauvegarde de l'emploi et réduit en conséquence les droits des créanciers qui ne sont plus réunis en une masse. Quant à la seconde loi n° 85-99 du 25 janvier 1985, relative aux administrateurs judiciaires, aux mandataires-liquidateurs et aux experts en diagnostic d'entreprises, elle procède à un éclatement des professions d'auxiliaires de justice dans les procédures collectives pour tenir compte des compétences nécessaires dans le cadre de la vision nouvelle qui privilégie le sauvetage de l'entreprise.

f) En dernier lieu est intervenue la loi du 10 juin 1994 qui modifie sur de nombreux points les lois du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985. La réforme poursuit les objectifs suivants :

- rendre la prévention plus efficace, notamment en accroissant les pouvoirs du tribunal ;
- améliorer le sort des créanciers, notamment ceux qui sont titulaires de sûretés immobilières, en renforçant leurs droits et leur faculté d'intervenir dans la procédure de redressement et surtout de liquidation judiciaires ;
- réduire les effets de contagion, qui entraînent des faillites en chaîne ;
- moraliser les plans de redressement, qui ne doivent plus aboutir à des liquidations différées ou déguisées ;
- accélérer la procédure en corrigeant certaines imperfections techniques de la loi du 25 janvier 1985¹.

§II - L'évolution dans les Etats africains membres de l'OHADA

Dans la plupart des Etats africains membres de l'OHADA, la législation applicable, quelque peu éparpillée, est composée principalement :

- du Code de commerce de 1807 tel qu'il a été refondu par la loi du 28 mai 1838 ;
- de la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire ;
- des décrets-lois du 8 août et du 30 octobre 1935².

¹ Voy. dans ce sens Guyon Y., Droit des affaires, tome 2 : Entreprises en difficultés, Redressement judiciaire - Faillite, Economica, 7^e éd. 1997, n° 1022 intitulé « La réforme de la réforme ». Voy. également Chaput Y., La réforme de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises, J. C. P., 1994, I, 3786.

² Voy. dans ce sens :

- Abarchi D., Pour une adaptation du droit nigérien des procédures collectives à l'évolution socio-économique, thèse doctorat en droit, Université d'Orléans, 1990, 539 p., comprenant des annexes relatives aux textes applicables et à la jurisprudence ;
- Aggrey A., Guide de la faillite, Juris-Editions, éditions juridiques de Côte d'Ivoire, 1989 (plusieurs fascicules) ;

Seuls quelques Etats ont réformé leur droit des procédures collectives ou prévoyaient de le faire.

A titre d'exemples, le Sénégal (articles 927 à 1077 du Code des obligations civiles et commerciales résultant de la loi n° 76-60 du 12 juin 1976 complétée par le décret d'application n° 76-781 du 23 juin 1976) et le Mali (articles 173 à 315 du Code de commerce) ont reproduit purement et simplement la loi française du 13 juillet 1967.

Le Gabon a repris, dans les lois n°s 7-86 et 8-86 du 4 août 1986, l'esprit des réformes françaises des 1^{er} mars 1984 et 25 janvier 1985.

Le Cameroun, dans un avant-projet de 213 articles, intègre, dans un même texte, les solutions françaises : la prévention des difficultés des sociétés (articles 7 à 16) ; le règlement amiable (articles 17 à 22) ; le règlement judiciaire, la liquidation des biens et la faillite personnelle (articles 23 à 213).

Le Bénin, dans un avant-projet de 226 articles (articles 701 à 926 du Code de commerce) procède à peu près de la même façon que le Cameroun.

La République Centrafricaine a institué une procédure de suspension des poursuites et d'apurement collectif du passif pour les entreprises d'intérêt national en situation financière difficile mais non irrémédiablement compromise, sur le modèle de l'ordonnance française du 23 septembre 1967.

Enfin, le Burkina Faso a institué, par l'ordonnance n° 91-043 du 17 juillet 1991, une nouvelle procédure, le redressement judiciaire, qui vient se

- Barre R. et Schaeffer E. (sous la direction de), Droit des entreprises en difficulté, Actes du congrès de l'Institut international des droits d'expression et d'inspiration françaises tenu au Gabon, Bruylant, Bruxelles, 1991, 456 p. ; entre autres, cet intéressant ouvrage traite du droit des Etats africains suivants : Bénin, Cameroun, Congo, Gabon, Madagascar, Mali, République Centrafricaine, Sénégal ;

- Kouassi C., Traité des faillites et liquidations judiciaires en Côte d'Ivoire, études juridiques et formulaires, éditions SOCOGEC, Abidjan, Collection espace entreprise, 1987 ;

- Nyanra J. M., Stratégie et perspectives du droit de la faillite, thèse 3^e cycle droit 1980 ;

- Pocanam M., Réflexions sur quelques aspects du droit de la faillite au Togo, Penant, n° 812, mai à septembre 1993, p. 189 à 230 ; Le concordat préventif, remède aux difficultés des entreprises au Togo ?, 1994, dactylographiée, 27 pages ;

- 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 248 ;

- HSD-UREF, Droit commercial et des sociétés en Afrique, EDICEF, 1989.

superposer aux procédures existantes. La nouvelle procédure reprend pour l'essentiel les dispositions de l'ordonnance française du 23 septembre 1967, avec toutefois la différence fondamentale qu'elle ne s'ouvre que si le débiteur est en état de cessation des paiements. Cette différence entraîne nécessairement des incohérences quant au modèle d'inspiration, à savoir la suspension provisoire de l'ordonnance française du 23 septembre 1967 qui vise à éviter que l'entreprise en difficulté ne connaisse la cessation des paiements. En d'autres termes, la procédure française est une procédure s'ouvrant avant la cessation des paiements tandis que la procédure burkinabè, tout en utilisant la même technique, s'adresse aux entreprises dont la situation est quelque peu compromise par la survenance de la cessation des paiements.

Section II - Brèves observations sur l'évolution législative

De l'évolution législative en France et dans les Etats membres de l'OHADA, il ressort un certain nombre d'éléments saillants, qui ont dû influencer les rédacteurs de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif aux procédures collectives. Il en ressort de manière frappante le balancement entre l'immobilisme et la frénésie à légiférer, ainsi que d'autres leçons non moins intéressantes.

§I - Entre la frénésie et l'immobilisme

A ce titre, l'on ne peut manquer de relever soit une léthargie certaine de beaucoup de législateurs nationaux africains alors que la situation économique évolue et nécessite une adaptation de la législation, soit une succession rapide des textes (cas de la France), ce qui est le signe de la gravité du mal et de l'inadéquation de la thérapeutique (à le juguler). La succession rapide des textes

peut s'expliquer également par une croyance excessive dans l'efficacité de l'action du droit sur le fait ou sur l'économie. Un auteur a écrit que « 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. Peut-être faudrait-il en chercher les causes également dans l'inadéquation des règles, dans la hiérarchisation inadéquate des objectifs et dans la défaillance des hommes intervenant dans l'administration des procédures collectives »¹.

Dans le même sens, un autre auteur, certainement désabusé, constate : « Bien sûr, la réalité économique, fort indifférente au charisme législatif, y est restée insensible et la constance du pourcentage de liquidations judiciaires est exemplaire à ce titre. Il ne sert à rien d'exhorter puis de gronder contre la réalité économique »². D'une manière générale, il peut paraître justifié 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 autre³ ».

§II - Les autres enseignements

A ce titre, l'on relève :

- D'abord, la primauté de plus en plus prononcée de l'objectif de redressement de l'entreprise par rapport aux objectifs de désintéressement des créanciers et de punition du débiteur ou des dirigeants fautifs alors que

¹ Sawadogo F. M., op. cit. , p. 195.

² Frison - Roche M.-A., Les difficultés méthodologiques d'une réforme du droit des faillites, Recueil Dalloz-Sirey, 1994 n° 2, chronique III, p. 20.

³ Liénard A., Nouvelles propositions pour réformer la loi du 25 janvier 1984, Revue des procédures collectives, n° 1993- 3, p. 377.

classiquement, ces derniers objectifs étaient prioritaires. Toutefois, l'on note une volonté récente de rééquilibrage en faveur des créanciers, particulièrement dans la loi française du 10 juin 1994. Ce mouvement de recul s'explique par le fait que le redressement à tout prix a souvent conduit à ne réaliser aucun des principaux objectifs de la procédure.

- Ensuite un élargissement du champ d'application in personam des procédures collectives. On ne se limite plus aux commerçants comme c'était classiquement le cas. Ainsi en France, la procédure s'applique également aux personnes morales de droit privé sans distinction (1967), aux artisans (1985) et aux agriculteurs (1988).

- Puis, une terminologie flottante ou équivoque : en effet, les mêmes expressions peuvent signifier des réalités fort différentes : par exemple la liquidation judiciaire de la loi du 4 mars 1889 et celle de la loi française du 25 janvier 1985 ; la faillite jusqu'à la loi du 13 juillet 1967 et la faillite personnelle depuis lors. Des confusions naissent également de la combinaison d'expressions similaires ou proches : liquidation des biens et liquidation judiciaire, règlement judiciaire et redressement judiciaire. D'ailleurs, les changements opérés traduisent l'inadéquation de la terminologie utilisée.

Enfin, une vision plus globale et plus précoce des difficultés des entreprises. On n'attend plus que les entreprises soient en état de cessation des paiements avant de s'intéresser à leur situation, d'où l'émergence du droit des entreprises en difficultés qui englobe le droit des procédures collectives.

Ces enseignements de l'histoire ont éclairé les Etats membres de l'OHADA dans l'élaboration de l'Acte uniforme, spécialement en ce qui concerne l'ouverture, le déroulement et le dénouement des procédures collectives.

CHAPITRE I : LA PREVENTION : L'ALERTE ET LE REGLEMENT PREVENTIF

« Mieux vaut prévenir que guérir ». Cette vieille sagesse est particulièrement vraie pour les entreprises en difficultés où souvent on a « le médecin après la mort ». Prévenir, selon le professeur Yves Chaput, « c'est avant tout amener les dirigeants à prendre conscience de la situation actuelle et de l'évolution de l'entreprise. C'est ensuite mettre en place des mécanismes d'alerte, voire de règlement amiable des difficultés naissantes lorsque l'évolution défavorable se confirme »¹.

Pour cela, il faut connaître les causes des difficultés des entreprises (causes liées à l'exploitation et à la gestion de l'entreprise, causes liées à l'évolution de l'environnement et à la conjoncture internationale, causes purement accidentelles, causes d'ordre juridique) et savoir de quelle façon elles se manifestent (signes ou clignotants) afin de leur trouver des remèdes. Il peut alors être prévu une procédure d'alerte ou un règlement préventif qui ne sont pas, à proprement parler, des procédures collectives mais qui, assurément, sont partie constitutive du droit des entreprises en difficultés.

Section I : La procédure d'alerte

A l'imitation de la France, 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.

¹ Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises, PUF, 1986, n°2.

Les signes ou clignotants traduisant les difficultés ont pour but essentiel 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... »¹. En définitive, pour qu'il y ait alerte utile et donc prévention efficace, les dirigeants doivent être attentifs afin de diagnostiquer à temps les difficultés et de leur trouver des solutions appropriées.

L'alerte a donc pour but de mettre les dirigeants sociaux face à leur responsabilité. Elle intervient et 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 de droit d'alerte. L'Acte uniforme distingue selon que l'alerte est donnée par le commissaire aux comptes ou par les associés.

§I - Le devoir d'alerte des commissaires aux comptes

A la différence de ce qu'il en est pour les associés, provoquer l'alerte constitue une obligation pour le commissaire aux comptes². L'alerte doit être donnée dès que se produit tout fait de nature à compromettre la continuité d'exploitation. Il n'est donc pas nécessaire qu'il y en ait plusieurs comme en France où la loi emploie le pluriel (des faits...). Mais il s'agit d'un fait qui peut à terme entraîner la cessation des paiements.

¹ Op. Cit., n°40.

² Voy. par exemple l'article 150 (...demande...) et l'article 157 (... peut demander).

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

A - Les sociétés autres que les sociétés anonymes

L'alerte se fait par lettre de demande d'explication (lettre au porteur contre récépissé ou lettre recommandée avec demande d'avis de réception) adressée au gérant sur tout fait de nature à compromettre la continuité d'exploitation qu'il a relevé lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ou dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission.

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 alerte ou s'il suffit de porter à la connaissance des dirigeants les seuls faits relevés à l'occasion de ses diligences normales¹. La première branche de l'alternative semble préférable en raison du caractère permanent de la mission du commissaire aux comptes. Néanmoins, il n'est tenu que d'une obligation de moyen.

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 et en précisant, le cas échéant, les mesures envisagées. En cas d'observation des dispositions relatives à la réponse 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.

B - Les sociétés anonymes

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 demande d'explication faite par le commissaire aux comptes est adressée au président du conseil, ou au président-directeur général ou à l'administrateur général. A défaut de réponse ou si celle-ci n'est pas satisfaisante, le commissaire aux comptes invite, selon le cas, le président du conseil d'administration ou le P.D.G. à faire délibérer le conseil d'administration ou l'administrateur général à se prononcer sur les faits relevés.

Dans les 15 jours qui suivent la 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 au commissaire aux comptes dans le mois qui suit la délibération du conseil ou de l'administrateur général.

En cas d'inobservations des dispositions ci-dessus ou si, en dépit des décisions prises, le commissaire constate que la continuation d'exploitation demeure compromise, il établit un rapport spécial qui est présenté à la

¹ Voy. dans ce sens Guyon Y., op. cit., n°1052.

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 sa convocation 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, la différence fondamentale entre les SA et les autres sociétés est que dans ces dernières l'institution du commissaire aux comptes est facultative, sauf dans les grandes SARL¹ et dans les groupements d'intérêt économique². Les SA faisant appel public à l'épargne sont tenues d'en désigner deux. Par ailleurs, l'organisation des SA est plus sophistiquée et plus diversifiée³.

§II - Le droit d'alerte par les associés

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

Aussi bien dans les SA que dans les autres sociétés, tout associé ou tout actionnaire⁴ peut, deux fois par exercice, adresser par écrit des questions au gérant ou au principal dirigeant (président du conseil d'administration ou président-directeur général ou administrateur général, selon le cas) sur tout fait

¹ Capital de plus de 10.000.000 F CFA et chiffres 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 aux comptes.

² Article 880.

³ Alors que dans les autres sociétés, on a le gérant et les associés, dans la SA, on a en plus soit un conseil avec un président-directeur général ou avec un président du conseil et un directeur général, soit un administrateur général.

⁴ En France, on exige que l'actionnaire ou le groupe d'actionnaires représente au moins le dixième du capital social.

de nature à compromettre la continuité d'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 »¹.

L'on peut rapprocher de l'alerte l'expertise de gestion qui permet à un ou plusieurs associés représentant au moins le cinquième du capital social de demander au président de la juridiction compétente du siège social la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. Le juge, s'il fait droit à la demande, détermine l'étendue et les pouvoirs des experts dont les honoraires sont supportés par la société. Le rapport est adressé au demandeur et aux organes de gestion, de direction et d'administration².

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 elle n'a pas prévu l'alerte par les représentants de travailleurs³ ni celle par le tribunal compétent.

Section II : Le règlement préventif

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 (article

¹ Guyon Y., op. cit., n° 1059.

² Articles 159 et 160 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique.

³ Comité d'entreprise en France.

2, alinéa 1^{er}). Le règlement préventif vient remplacer la procédure de suspension provisoire des poursuites et le règlement amiable là où elles existaient. Pour la plupart des Etats-parties au traité de l'OHADA, le règlement préventif constitue une innovation dans la mesure où n'existait pas une procédure s'intéressant aux entreprises avant leur cessation des paiements. 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).

§I - La phase préparatoire au règlement préventif

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 privé¹. Concernant la condition 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 paiements². Il est certainement pertinent d'opérer un rapprochement avec le critère de règlement amiable de la loi française du 1^{er} mars 1984 : c'est l'existence de besoins de financement qui ne peuvent être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise.

¹ Voy. pour un approfondissement des justiciables *infra*, ch. II.

² Voy. sur la notion de cessation des paiements *infra*.

Avant le prononcé du règlement préventif, il y a lieu d'introduire une requête qui peut être suivie d'une décision de suspension provisoire des poursuites.

A - 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.

1) La requête en règlement préventif

La juridiction compétente, à savoir le tribunal de première instance ou le tribunal de grande instance selon l'Etat concerné, est saisie par requête du débiteur, adressée précisément au président de la 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 du passif. L'apurement du passif constitue la finalité commune et première de toutes les procédures prévues par l'Acte OHADA¹. 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 va 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 de sûreté...

Le règlement préventif permet à un débiteur in bonis de ne pas payer momentanément ses dettes. Il y a des risques sérieux que certains débiteurs en abusent et y recourent à titre purement dilatoire. Pour éviter ou limiter ces abus,

l'Acte uniforme prévoit qu'aucune requête en règlement préventif ne peut être présentée par le débiteur avant l'expiration d'un délai de 5 ans suivant une précédente requête ayant abouti à une décision de règlement préventif².

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

- un extrait d'immatriculation au registre du commerce et du crédit immobilier ;
- 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 ;
- 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 domicile ainsi que les noms et adresses de ses dirigeants¹.

¹ Voy. dans ce sens l'article 1^{er} de l'Acte uniforme et tout simplement l'intitulé de l'Acte uniforme.

² Sur le droit français, voy. Derrida F., Concordat préventif et droit français, Mélanges Hamel, 1961, p. 2489.



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.

2) L'offre de concordat préventif

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

L'offre de concordat préventif doit préciser les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise. 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 (article 7) fournit 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 délais ou de remises ; la cession partielle d'actif avec l'indication précise des biens à céder ; la cession ou la location-gérance de la totalité de

¹ 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 (Acte uniforme, article 26).

l'entreprise, sans que ces modalités soient imitatives et exclusives les unes des autres ;

- en second lieu des personnes tenues d'exécuter le concordat et de 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 crédits), la poursuite de l'exécution de contrats conclus antérieurement à la requête, la fourniture de cautions ;

- 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, d'autre part les modalités et garanties du règlement de son passif.

L'offre de concordat préventif doit être déposée en même temps que les documents accompagnant la requête ou au plus tard dans les 30 jours qui suivent le dépôt des documents. Si ce délai expire, l'offre est irrévocable. 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 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 si l'état de ses difficultés l'y autorise.

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

B - La décision de suspension des poursuites individuelles

D'après l'Acte uniforme (article 3), 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.

1) La suspension des poursuites individuelles

La suspension des poursuites individuelles est le but principal poursuivi par le débiteur à travers l'introduction de sa requête. La décision de suspension concerne les créanciers mais elle entraîne également des restrictions aux droits du débiteur.

La décision (de suspension des poursuites) prévue à l'article 8 suspend toutes les poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement des créances désignées par le débiteur (article 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 ; celui-ci doit 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 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 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 même les saisies conservatoires¹.

Par conséquent, la suspension s'applique non seulement aux créanciers chirographaires mais également aux créanciers munis de privilèges généraux ou de sûretés spéciales telles que un gage, un nantissement, une hypothèque ou un privilège mobilier spécial.

Corrélativement, les délais impartis aux créanciers à peine de déchéance, prescription ou résolution de leurs droits sont suspendus pendant toute la durée de la suspension des poursuites elle-même. En effet, on ne peut interdire à un créancier l'exercice d'une poursuite et lui reprocher ensuite de n'avoir pas fait valoir ses droits en temps utile.

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 autres que le bénéficiaire de la suspension des poursuites individuelles. De telles actions ne rompent pas l'égalité entre les créanciers ou découlent de la rigueur du droit cambiaire ;

- aux créanciers de salaires, sans doute en raison du caractère alimentaire de leurs créances ;

- 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 exigent un paiement au comptant.

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'est donc pas question de l'arrêt du cours des intérêts, règle qui prévaut en cas de redressement judiciaire et de liquidation des biens.

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 d'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 :

- 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 antérieurs¹. Cette règle ne semble toutefois pas applicable aux créances salariales :

- de libérer ou désintéresser les cautions qui ont acquitté des créances nées antérieurement à la décision de suspension. Cette hypothèse se ramène à la

¹ 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 exagéré.

précédente. En effet, si on ne peut pas payer le créancier mais que l'on peut payer la caution qui a payé le créancier, cela revient au même. Or 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 .

Curieusement, il n'est pas prévu d'interdiction de consentir une sûreté quelconque : hypothèque, gage, nantissement..., interdiction qui aurait concerné toutes sûretés conventionnelles avec pour finalité d'assurer le respect de l'égalité entre les créanciers.

Le non respect des dispositions ci-dessus 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 ; celui à qui une sûreté a été consentie redevient chirographaire ; enfin l'acheteur irrégulier d'un bien doit le restituer² ;

2) au plan pénal, le débiteur est frappé des sanctions de la banqueroute frauduleuse (233-2-2).

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.

¹ 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.

² On se demande s'il pourra obtenir remboursement du prix s'il a payé entre les mains du débiteur et que la somme ne se retrouve pas dans la « Caisse de la procédure ».

2) Le statut et la mission de l'expert

Par la décision qui prononce la suspension des poursuites individuelles, 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 (article 8, alinéa 1^{er}).

L'expert est soumis aux dispositions des articles 41 et 42 de l'Acte uniforme, relatifs à la nomination et à la révocation du syndic¹. Ainsi, il ne peut s'agir d'un parent ou 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 8 jours suivant la décision de suspension des poursuites individuelles.

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.

¹ 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 encore de juge-commissaire.

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 membres de l'OHADA, il n'y a pas une réglementation cohérente des fonctions de syndic : aptitude, moralité, rémunération... et cette situation exerce une influence négative sur le déroulement et sur le dénouement de la procédure.

L'une des missions de l'expert est de signaler les manquements à l'article 11 (interdictions faites 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 de 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 les éléments de l'offre de concordat tels que prévus à l'article 7. Il est également permis de faire le rapprochement avec les missions 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. L'expert engage sa responsabilité civile envers le débiteur ou les créanciers en cas de non respect du délai ci-dessus. Le rapport en double exemplaire est déposé dans le délai ci-dessus au greffe de la juridiction compétente. Un exemplaire est transmis au Ministère public par le greffier en chef.

§II - La formation et les effets du concordat préventif

L'existence d'un concordat préventif valide nécessite le respect d'une procédure et de conditions de fond. Si ces éléments sont réunis, alors il produit tous les effets que l'Acte uniforme y attache.

A - La formation du concordat préventif

En rappel, lors de l'introduction de sa requête et au plus tard dans les 30 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 2 ou éventuellement 3 mois de la nomination de celui-ci, le débiteur doit parvenir à la conclusion d'un accord avec ses créanciers. Alors s'ouvre la phase de l'homologation du concordat mais ce n'est pas dans tous les cas que l'on y parvient.

1) L'accord avec les créanciers

L'accord avec les créanciers ou concordat préventif se distingue du concordat judiciaire classique dont le concordat de redressement judiciaire en constitue un exemple. En effet, il ne s'agit pas de réunir l'ensemble des créanciers, spécialement les créanciers chirographaires, et de leur faire voter les propositions du débiteur. Le concordat préventif requiert que le débiteur parvienne avec chacun des créanciers à un accord sur les délais 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.

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 créanciers¹. Toutefois, les créanciers de salaires ne peuvent consentir aucune remise ni se voir imposer un délai qu'ils n'ont consenti eux-mêmes (article 15-2, dernier alinéa).

2) L'homologation du concordat préventif

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 en audience non publique. Il doit également convoquer à cette audience l'expert et tout créancier qu'il juge opportun d'entendre². La juridiction compétente doit se prononcer dans un délai de 30 jours à compter de sa saisine.

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 ;

¹ Article 15, 2, alinéa 3. On pourrait faire le parallèle avec la « clause de dureté » qui existe en droit de la famille en matière de divorce.

² Le débiteur et, éventuellement, le ou les créanciers sont convoqués par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite, 3 jours au moins à l'avance.

- les délais consentis n'excèdent pas trois ans¹ 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 de l'entreprise, étant précisé que les délais et remises consentis par les créanciers peuvent être différents.

3) La non-homologation du concordat préventif

Le concordat préventif n'est pas homologué dans les cas suivants :

- 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 15 jours) ;

- si les conditions mises à l'homologation ne sont pas remplies ;

- 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 justifient pas 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.

La décision de règlement préventif et d'homologation du concordat¹ entraîne d'importantes conséquences.

¹ C'est le même délai que retenait l'ordonnance française du 23 septembre 1967 sur la procédure de suspension provisoire des poursuites.

B - Les effets du concordat préventif

Il s'agit également des effets du règlement préventif qui va de pair avec le concordat préventif. 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.

1) Les effets sur l'expert, les créanciers et le débiteur

La décision de règlement préventif ou d'homologation du concordat met fin à la mission de l'expert. Cela est logique puisque sa mission 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 et de liquidation des biens conformément aux dispositions des articles 36 et 37 de l'Acte uniforme. La responsabilisation de l'expert contribue à l'effectivité de ces publications ainsi qu'à celle de la publicité foncière. Les publicités constituent une différence fondamentale d'avec le règlement amiable français dont l'efficacité est fondé sur la discrétion.

L'expert rend compte de sa mission au président de la juridiction 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 seulement dépositaire pendant deux ans à compter de son compte rendu.

¹ 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.

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 sauf si le délai 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. 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 au redressement de l'entreprise. Néanmoins, la situation des créanciers munis de sûretés ne se confond pas avec celle des créanciers chirographaires.

Les cautions et coobligés du débiteur ne peuvent se prévaloir des délais et remises du concordat préventif. Ils peuvent donc 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, 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.

2) Les organes mis en place

Le jugement de règlement préventif met ou peut mettre en place les organes suivants : juge commissaire, syndic, contrôleurs (article 16). La désignation d'un syndic et/ou de contrôleurs (pris parmi les créanciers) est facultative. Il est simplement prévu qu'ils 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 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 qu'en ce qui concerne les mesures d'assainissement de l'entreprise. Il signale immédiatement tout manquement au juge-commissaire. Tous les 3 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 15 jours pour formuler ses observations et contestations. 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.

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

- à jouer le rôle 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.

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 abréger 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 un. 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 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.

3) L'annulation et la résolution du concordat préventif

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.

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

L'annulation est en 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 provisoire des poursuites, 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 196 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 concordat annulé par la suite. D'une manière plus générale l'Acte uniforme 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 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 un des actes interdits par l'article 11 ci-dessus (article 233, 2).

En conclusion, 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, les signes ou les 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 amiable. Mais comme le Professeur Didier Martin l'a écrit d'une façon magistrale et imaginée, « quels que soient les soins mis à prévenir, contenir et résoudre amiablement les difficultés, il

faudra encore souvent se résoudre à organiser plus brutalement le destin de l'entreprise quand, imperméable aux thérapeutiques douces et malgré elles, elle aura franchi le seuil clinique de la cessation des paiements. Alors s'imposera le choix entre la médecine (la continuation de son activité sous contrôle), la chirurgie (par amputation partielle ou cession globale) et l'euthanasie (par la liquidation judiciaire de ses actifs) »¹.

¹ Didier Martin, *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. Dt com., 1979, p. 187, n°2.

CHAPITRE II : L'OUVERTURE DES PROCEDURES DE TRAITEMENT (redressement judiciaire, liquidation des biens)

Lorsque la prévention n'a pas été entreprise ou a échoué et que la situation de l'entreprise est compromise par la survenance de la cessation des paiements, le traitement de l'entreprise nécessite l'ouverture de l'une des procédures collectives stricto sensu récemment instituées par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Il s'agit du redressement judiciaire et de la liquidation des biens dont les seules appellations suffisent à différencier les finalités propres à chacune de ces procédures. Malgré ces différences, les deux procédures sont soumises à des conditions semblables et produisent des effets similaires sur le débiteur et sur les créanciers.

S'agissant de l'ouverture de la procédure, elle soulève principalement la question des conditions d'ouverture à laquelle peut être greffée celle des organes que le jugement d'ouverture met en place.

Section I : Les conditions d'ouverture

Les procédures collectives produisent des conséquences graves : elles restreignent les droits des créanciers et limitent les pouvoirs du débiteur. Elles produisent des conséquences économiques et sociales. Dans une certaine mesure, ce sont des procédures de sacrifice¹. C'est pourquoi, elles ne peuvent être ouvertes que si des conditions de fond et de forme sont réunies.

¹ 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.

§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 sa situation économique (à savoir la cessation des paiements).

A - La condition juridique : la qualité du 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'Acte uniforme en ce qui concerne les personnes physiques. La qualité de commerçant découle de la réunion des conditions posées par l'Acte uniforme relatif au droit commercial général selon lequel « sont commerçants ceux qui accomplissent des actes de commerce et en font leur profession habituelle » (article 2, AUDCG).

L'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier entraîne une présomption simple de commercialité. La non immatriculation n'empêche pas la soumission aux procédures collectives. Les interdictions et les incompatibilités ne sont pas un obstacle à l'ouverture d'une procédure collective. Il en est différemment des incapacités qui visent à protéger l'incapable : mineur non émancipé, majeurs incapables (tutelle, curatelle, protection de justice), conjoint d'un commerçant. En effet, le conjoint d'un commerçant n'aura la qualité de commerçant que s'il accomplit les actes visés aux articles 3 et 4 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, à titre de profession habituelle, et séparément de ceux de son époux » (article 7, AUDCG). Il s'agit certainement de protéger le patrimoine familial.

Le commerçant décédé en état de cessation des paiements peut être soumis aux procédures collectives dans le délai d'un an.

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 » dont on reconnaît la difficulté d'appréhension par le droit, ou tout débiteur comme c'est le cas dans certains pays¹.

Pour les personnes morales, l'Acte uniforme retient d'abord les personnes morales commerçantes : 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 d'une part des personnes morales de droit public (Etat, collectivités territoriales, établissements publics), d'autre part toutes les personnes morales de droit privé qui ne sont pas commerciales par leur seule forme : sociétés coopératives et groupements précoopératifs, associations et ONG, sociétés civiles immobilières, agricoles ou professionnelles, groupements d'intérêt économique, syndicats, comités d'entreprise, fondations, ordres professionnels (?)... Pour l'assujettissement aux procédures collectives, l'important est la qualification de personne morale de droit privé et moins de savoir si elle est commerçante ou non. Enfin, l'Acte uniforme vise de façon expresse « toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé ». L'Acte présente ainsi l'avantage de clarifier la situation des entreprises publiques dont la plupart revêtent une forme de droit privé, avec

¹ Grande-Bretagne, Pays-Bas, Allemagne, Autriche. Ce système unitaire est généralement considéré comme étant inutilement complexe et coûteux, notamment s'il est appliqué au simple particulier et l'unification des procédures n'est jamais totale.

même en général la qualité de commerçant. Cette tendance s'est renforcée à la faveur des programmes d'ajustement qui ont imposé la privatisation du capital ou de la gestion des entreprises publiques.

B - 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. Elle est définie par l'Acte uniforme comme la situation où le débiteur est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible. 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 du phénomène que seules les difficultés de preuve ont différencié, 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 déguisée.

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

Bien que théoriquement différente de l'insolvabilité, dans les faits, il arrive fréquemment que la cessation des paiements recouvre une véritable insolvabilité, ce qui rend difficile et même impossible le redressement de l'entreprise et le paiement des créanciers. D'une manière générale, l'on peut estimer que la cessation des paiements, même lorsqu'elle ne recouvre pas une véritable insolvabilité, correspond à une situation qui est irrémédiablement compromise¹. 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 dans l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au GIE ainsi qu'en France où il sert également pour l'ouverture du règlement amiable. 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 paiements².

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

¹ 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.

² Guyon Y., op. cit., n°1116.

belges, se dotent d'un service des enquêtes commerciales permettant une information rapide et l'accélération de l'ouverture de la procédure collective¹.

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 »², 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 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.

§II - La condition de forme ou de procédure : 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 ;
- les règles relatives au jugement.

A - L'actualité de la « faillite de fait »

¹ 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.

² Ripert et Roblot, op. cit., n°2873.

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 passé¹ et demeure d'une certaine actualité :

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

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

- puis l'application des règles des procédures collectives par la jurisprudence française jusqu'en 1955 en l'absence de tout jugement d'ouverture ;

- enfin, l'application des sanctions de la banqueroute à des débiteurs contre lesquels n'a été ouverte aucune procédure.

L'Acte uniforme, 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 24...).

¹ Voy. pour un approfondissement : SAWADOGO F.M., L'application judiciaire du droit des procédures collectives, op. Cit., p.212 et s.

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

B - 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, dans la plupart des Etats-parties, ce sont les tribunaux de première instance ou de grande instance 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 son siège social ou, à défaut, son principal établissement ou, à défaut, son principal centre d'exploitation.

L'Acte uniforme semble ainsi admettre, au moins pour les personnes morales, les deux théories opposées que sont :

- la théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite, qui veut qu'une seule procédure soit ouverte contre le débiteur dans l'Etat qui est le centre de ses affaires et permette d'appréhender l'ensemble de ses biens quel que soit leur lieu de localisation, et le paiement des créanciers domiciliés dans les différents Etats sur un pied d'égalité ;
- la théorie des procédures dites plurales et territoriales, qui permet l'ouverture d'une procédure dans tout Etat où le débiteur possède des biens, les procédures ouvertes sur cette base ne pouvant pas obtenir l'exequatur à l'étranger.

C'est dans le même sens qu'il faut situer les dispositions de l'Acte uniforme traitant des procédures collectives internationales (articles 247 à 256).

Concernant les modes de saisine, l'Acte uniforme en a retenu trois :

- la saisine par déclaration du débiteur, anciennement appelée dépôt de bilan, que l'article 25 semble considérer comme le mode principal de saisine. La déclaration doit être faite dans les 30 jours de la cessation des paiements. La déclaration est accompagnée de nombreux documents qui doivent être datés, signés et certifiés conformes et sincères par le déclarant. En même temps que la déclaration et au plus tard dans les 15 jours qui suivent, le débiteur doit déposer une offre de concordat ;

- la saisine par un ou plusieurs créanciers possédant une créance certaine, liquide et exigible, de nature civile ou commerciale (article 28). L'ouverture de la procédure offre des perspectives de paiement aux créanciers. La possibilité est laissée au débiteur de faire la déclaration dans le délai d'un mois ;

- la saisine d'office de la juridiction compétente est également prévue (article 30), contrairement aux principes classiques de procédure parce que les procédures collectives intéressent l'ordre public. La saisine d'office suppose que la juridiction soit informée, par exemple par la rumeur publique, les créanciers ou le ministère public.

Il n'est pas prévu de saisine par le ministère public, qui est certainement plus efficace que la pratique officieuse de l'information du président du tribunal parce qu'elle oblige le procureur à exposer le bien-fondé de sa prétention comme tout plaideur.

C - Les règles relatives au jugement d'ouverture

La juridiction compétente choisit la procédure idoine : « elle prononce le redressement judiciaire s'il apparaît que le débiteur a proposé un concordat

sérieux. Dans le cas contraire, elle prononce la liquidation des biens » (article 33). Le jugement d'ouverture :

- constate la cessation des paiements et fixe provisoirement la date de cessation des paiements ;
- 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.

Le jugement d'ouverture, couramment appelé jugement déclaratif, est en réalité un jugement constitutif en ce sens qu'il crée une situation nouvelle modifiant les droits des créanciers et du débiteur.

Les articles 36 et 37 organisent la publicité de la décision d'ouverture au registre du commerce et du crédit mobilier, dans un journal d'annonces légales et même au journal. Le souci de protéger les créanciers et les tiers a prévalu sur la protection du crédit de l'entreprise que la publicité peut sérieusement détériorer. Quant aux voies de recours, elles sont réglementées de manière à ne pas ralentir outre mesure la procédure. Ainsi, l'appel et l'opposition doivent être formés dans les 15 jours (articles 216 à 225).

Section II : Les organes mis en place

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 : les organes judiciaires, les organes ambivalents et les organes des créanciers.

§I - Les organes judiciaires

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

A - La juridiction compétente

La juridiction compétente, celle qui a ouvert la procédure, a reçu deux fonctions essentielles de l'Acte uniforme :

- D'abord une fonction de haute administration de la procédure qui l'amène à nommer et à révoquer les autres organes, à autoriser les opérations les plus importantes ou les plus dangereuses (opposition des scellés, continuation d'activité en cas de liquidation des biens). A ce titre également, il homologue le concordat, convertit le redressement judiciaire en liquidation des biens, prononce la clôture des opérations quelle que soit la procédure ;

- Ensuite 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 (article 3).

B - 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 nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire. Le syndic doit, dans le mois de son entrée en fonction, lui faire un rapport de la situation. Par la suite, le juge-commissaire est tenu informé par le syndic du déroulement des opérations selon une périodicité fixée par celui-là.

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, « 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 »¹.

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, vente des immeubles ou cession globale, admission des créances...).

Il bénéficie de nombreux chefs de compétence en matière contentieuse et gracieuse, généralement à charge d'appel devant la juridiction compétente. Il en

¹ Derrida, Godé et Sortais, Droit du redressement et de la liquidation judiciaire des entreprises, Recueil Dalloz-Sirey, 2^e éd., 1986, p.28.

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.

C - Le Ministère public

A ces organes judiciaires classiques s'ajoute le Ministère public qui prend une importance croissante dans les procédures collectives du fait du caractère d'ordre public de celles-ci. L'Acte uniforme n'a cependant 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.

Bien que moins doté en prérogatives que son homologue français, le ministère public peut contribuer, directement ou surtout indirectement, à accélérer la procédure, à la rendre efficace et à assurer sa moralité.

D'une façon générale, en ce qui concerne les organes judiciaires, il paraît souhaitable qu'ils maîtrisent davantage le droit des procédures collectives, qu'ils s'impliquent davantage dans leur déroulement et leur dénouement car c'est leur intervention qui garantit l'efficacité et l'équité des procédures collectives.

§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.

A - Le statut

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

Le syndic est un mandataire de justice rémunéré pour son travail. La rémunération, qui ne fait pas souvent l'objet d'une tarification claire dans les Etats-parties au traité de l'OHADA, est généralement d'un montant très élevé qui peut compromettre le redressement des petites et moyennes entreprises.

B - La fonction

Elle 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, vente des biens meubles ou immeubles, séparément ou en bloc, paiement des créanciers selon leur rang.

Quelle que soit la procédure, il revient au syndic d'engager les actions en justice : en responsabilité, en comblement du passif...

C - La responsabilité

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

Il 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 (article 37 ou 38) ;

- il doit rendre compte de sa gestion au syndic ;
- 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 ;
- 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 préjudice d'un loueur, dépositaire, mandataire, constituant de nantissement, prêteur à usage ou maître d'ouvrage, tout syndic d'une procédure collective, qui :

- exerce une activité personnelle sous le couvert de l'entreprise du débiteur masquant ses agissements ;
- dispose du crédit ou des biens du débiteur comme des biens 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 ci-dessus, 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 seulement¹. Au sujet de ces incriminations qui sont justifiées, le Professeur Y. Guyon estime

¹ Loi n° 45-96 ADP du 13 novembre 1996, portant Code pénal, article 487.

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 »¹.

§III - Les organes des créanciers : l'assemblée des créanciers et les contrôleurs

Classiquement, la première finalité des procédures collectives était le paiement des créanciers. La procédure était organisée pour les satisfaire. En conséquence, les créanciers jouaient un rôle important dans ces procédures. 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 amoindri. La loi française de 1935 a supprimé la masse et confié la représentation des créanciers à un auxiliaire de justice. L'Acte uniforme de l'OHADA, de ce point de vue, se rattache plutôt à la réforme française de 1967 et à la loi sénégalaise de 1976.

A l'heure actuelle, le rôle direct des créanciers se manifeste à travers l'assemblée des créanciers et l'institution des contrôleurs.

A - L'assemblée des créanciers

Il y eut le beau temps des créanciers. A l'époque, ils intervenaient aux différents stades de la procédure. Ils étaient consultés sur toutes les questions jugées importantes, en particulier sur la désignation et le remplacement des syndics². Emmanuel Thaller¹ fait état de quatre sortes d'assemblées :

¹ Droit des affaires, tome 2, op. cit., n°1419.

² 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. ;

1° - L'assemblée dite de syndicat convoquée quinze jours après le jugement d'ouverture à l'effet de donner un avis sur la nomination du syndic ou sur celle du liquidateur définitif ;

2° - Les assemblées de vérification et d'affirmation des créances qui ont pour but d'établir le passif appelé à concourir à la distribution des dividendes ;

3° - L'assemblée de concordat qui traite avec le débiteur des conditions de sa remise à la tête de ses affaires de ou celles de sa libération moyennant abandon de l'actif ;

4° - Les assemblées d'union, dont la dernière en date, contemporaine de la clôture de la faillite, reçoit les comptes du syndic ou du liquidateur et émet un avis sur l'excusabilité du débiteur.

L'Acte uniforme de l'OHADA, à la suite du décret du 8 août 1935, ne retient qu'une seule assemblée des créanciers chargée de voter le concordat. Cette assemblée comprend les créanciers, définitivement ou provisoirement admis comme tels (article 122). Par rapport au concordat, les créanciers ont un rôle fondamental que l'on peut juger excessif : on peut, au moins théoriquement, concevoir qu'ils refusent de voter le concordat pour une entreprise redressable, qui donc va disparaître, ou qu'ils votent le concordat au bénéfice d'une entreprise non redressable, qui finalement va disparaître. C'est peut-être cela qui explique la suppression de l'intervention des créanciers dans la loi française de 1985 et dans l'ordonnance burkinabè de 1991. Ce risque est limité du fait que la juridiction compétente doit apprécier positivement la proposition de concordat avant d'ouvrir la procédure de redressement judiciaire.

L'unique assemblée des créanciers n'est pas de rigueur : il est possible de s'en passer. En effet, l'Acte uniforme institue une espèce de concordat simplifiée qui ne fait pas appel à l'accord des créanciers lorsque la proposition

Thaller E., op. cit., n° 1866 et s.

¹ Thaller E., op. cit., n° 1870.

concordataire ne comporte pas de demande de remise de dettes ni de demande de délai supérieur à deux ans. Dans ce cas, la juridiction décidera après avoir entendu le syndic, le juge-commissaire, le représentant du ministère public et les contrôleurs, s'il en existe (article 122).

La présence organique des créanciers se manifeste également à travers l'institution des créanciers.

B - Les contrôleurs

Née de la pratique, l'institution des contrôleurs date de la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire et précisément de son article 20 qui déclarait l'institution valable également pour la faillite. Mais la désignation de contrôleurs dans une procédure donnée de faillite ou de liquidation judiciaire était facultative, tout comme elle l'est dans l'Acte uniforme, à l'exception de l'hypothèse où la nomination de contrôleurs est demandée par des créanciers représentant au moins la moitié des créances même non vérifiées.

Les contrôleurs sont choisis parmi les créanciers personnes physiques ou morales qui détiennent les plus grosses créances. Mais lorsque leur nomination est demandée par les créanciers, les contrôleurs, qui sont alors au nombre de trois, sont choisis respectivement parmi les créanciers munis de sûretés réelles spéciales mobilières ou immobilières, les représentants du personnel et les créanciers chirographaires. Il ne doit pas s'agir de parents ni d'alliés du débiteur jusqu'au 4^e degré inclusivement. Ils ne sont pas rémunérés et n'engagent leur responsabilité qu'en cas de faute lourde et personnelle.

Ces contrôleurs sont chargés d'une mission de surveillance et de contrôle assez vague. Ils peuvent contrôler les comptes, ils assistent à la vérification des créances, donnent leur avis sur les propositions concordaires, sur les actions à

entreprendre... En tant que tels, ils n'ont aucun pouvoir de gestion ; ils ne peuvent pas mener d'action en justice, ni intervenir en justice.

Ils contribuent, s'ils exercent efficacement leurs fonctions, à la garantie des intérêts des créanciers.

CHAPITRE III : LES EFFETS DE LA PROCEDURE COLLECTIVE SUR LE DEBITEUR (Les opérations relatives à l'actif)

La procédure collective, dès son prononcé, produit d'importantes conséquences sur le débiteur¹, même si l'incarcération, mesure de sûreté, n'est plus prévue². Ces conséquences touchent particulièrement son patrimoine - c'est l'élément qui intéressent ses créanciers. Ainsi sont prévues par l'Acte uniforme 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 à connaître l'actif du débiteur

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

§I - Les mesures conservatoires

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

¹ Les conséquences sur le débiteur se produisent en même temps que celles sur les créanciers. Malheureusement, on ne peut pas les aborder en même temps mais plutôt successivement.

² 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, chapitre V).

S'agissant de l'apposition des scellés, c'est une mesure qui peut être prescrite par le jugement d'ouverture. Elle porte sur les caisses, coffres, portefeuilles, livres, papiers, meubles, effets, magasins et comptoirs du débiteur. S'il s'agit d'une personne morale comportant des membres indéfiniment responsables, l'apposition des scellés va automatiquement embrasser les biens de chacun d'eux. L'Acte uniforme 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 (article 59).

Sur proposition du syndic, le juge-commissaire peut le dispenser de faire placer sous scellés ou l'autoriser 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 dépérissement 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'Acte uniforme :

- 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 dépérissement 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 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.

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

§II - Les mesures tendant à connaître l'actif

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 à l'initiative du 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 prise.

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 Biroteau¹. 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.

¹ Voy. dans ce sens Guyon Y., Une faillite au XIX^e siècle, selon le roman de Balzac « César Biroteau », Mélanges Jauffret, Aix, 1974, p.377 et s.

Section II : Les mesures tendant à l'administration des biens du débiteur : le dessaisissement

On distingue classiquement le dessaisissement dans la faillite et l'assistance dans la liquidation judiciaire. C'est ce que fait l'Acte uniforme 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. Il n'y a pas non plus expropriation puisque la masse n'acquiert pas la propriété du patrimoine de la masse.

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.

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 :

inopposabilité, 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'embarasse 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'Acte uniforme. 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. Il n'y a pas lieu de distinguer :

- selon que la créance découle d'un compte courant ou d'autre compte ;
- 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 reprises par l'Acte uniforme. 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 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 payé 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 est revenu 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-ci. A cet égard, la loi française du 25 janvier 1985 offre plus

de possibilités au tribunal puisqu'elle ajoute la surveillance à l'assistance et à la représentation.

Dans les deux cas ,mais surtout dans le redressement judiciaire, se pose en plus le problème du sort des contrats en cours.

1) 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, celle-ci ne peut être autorisée que pour les besoins de la liquidation et uniquement si cette continuation ne met pas en péril l'intérêt public ou celui des créanciers (article 113).

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

La vente des biens meubles se fait de la façon jugée la plus appropriée. La vente des immeubles nécessite l'intervention du juge-commissaire qui fixe les modalités de la vente (enchères publiques, adjudication ou gré à gré) ainsi que les conditions ou éléments essentiels de la vente (fixation du prix ou de la mise à prix, modalités de paiement du prix). La cession globale de tout ou partie de l'actif fait appel aux offres parmi lesquelles le syndic choisit l'offre qui lui paraît la plus sérieuse et la soumet, ainsi que les avis du débiteur et des contrôleurs, au juge-commissaire. Le règlement du passif se fait conformément à l'ordre de paiement prévu par les articles 166 et 167¹.

¹ Sur ces questions de liquidation, voy. également ch. IV sur l'union.

2) L'assistance du débiteur dans le redressement judiciaire

Le redressement tend en 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.

L'assistance signifie que tous les actes importants requièrent le concours du débiteur et du syndic. Par contre chacun d'eux peut faire les 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. 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, une 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 (machines).

Si le concordat est voté, la procédure prend fin¹. Sinon la procédure est convertie en liquidation des biens.

3) Le sort des contrats en cours

Le problème des contrats en cours concerne les contrats à exécution successive et non les contrats à exécution instantanée. Il se pose en cas de continuation même momentanée d'activité, laquelle nécessite l'exécution des anciens contrats et la conclusion de nouveaux contrats.

¹ Sur le concordat voy. le chapitre IV

La solution qui serait la plus favorable au redressement de l'entreprise consiste à permettre au syndic ou au syndic et au débiteur l'exercice d'un entier choix entre la continuation du contrat aux conditions stipulées et sa résiliation unilatérale sans dommages-intérêts. Pour le partenaire, 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'Acte uniforme, « 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 » (article 107). En France, tous les contrats en cours peuvent être poursuivis, y compris ceux conclus *intuiti personae*.

En cas de continuation, le cocontractant est dans la situation suivante :

- pour les créances antérieures au jugement d'ouverture, il est créancier dans la masse et doit subir la loi du concours ;
- pour les créances postérieures au jugement d'ouverture et qui sont régulièrement nées, il est créancier de la masse ou contre la masse et, à ce titre, il a de bonnes chances d'être réglé.

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

CHAPITRE IV : LES EFFETS DE LA PROCEDURE COLLECTIVE SUR LES CREANCIERS (Les opérations relatives au passif)

Les effets du jugement d'ouverture se produisent sur les créanciers en même temps que sur le débiteur. En règle générale, il n'y a pas 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 créanciers 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

Il convient d'aborder d'une part la notion de masse et certaines de ses implications, d'autre part l'une de ses principales conséquences, qui est l'uniformisation de la condition 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. 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 »¹. 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 pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés »².

L'évolution en France conduira :

¹ Thaller E., par Percerou, op. cit., n°1701.

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

- 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 ;

- à la suppression de la masse par la loi du 25 janvier 1985 qui ne fait plus état de masse.

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 de la masse en bénéficie à titre individuel, ce qui lui permet de ne pas être primé par les créanciers que l'activité du débiteur 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 l'abandon partiel de la règle de l'exigibilité des créances à terme ou de la déchéance du terme. Classiquement, l'exigibilité des créances à terme était 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 (article 76). Cette formulation montre que dans l'esprit du législateur, l'absence de déchéance du terme devient la règle et l'exigibilité immédiate l'exception.

Il y a en second lieu l'arrêt du cours des intérêts à l'égard de la masse. L'un des fondements de cette règle est purement logique : 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. Peu importe également qu'il s'agisse d'une demande en paiement ou de l'exercice d'une voie d'exécution. 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 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 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.

La production 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 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.

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.

Les contestations introduites dans les délais (15 jours) sont tranchées par la juridiction de la procédure ou par la juridiction dont relève l'affaire.

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.

Section II : La révision des droits des créanciers

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 appellent quelques observations préliminaires, puis des précisions sur les inopposabilités de droit et les inopposabilité facultatives et enfin sur les effets des inopposabilités.

A - Observations générales

- 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 à 18 mois comme en France ;

- l'inopposabilité est relative : elle profite seulement à la masse ;
- le syndic seul est habilité à agir en inopposabilité ;
- l'action est de la compétence de la juridiction de la procédure ;
- les termes utilisés (sont inopposables ; peuvent être déclarés inopposables) permettent de distinguer les inopposabilités de droit des inopposabilités facultatives.

B - Les inopposabilités de droit

L'Acte uniforme (article 168) déclare inopposables :

- 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 ;

- 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 ;

- tout paiement, quel qu'en 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 ;

- 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 » ;

- 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, il y a 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 ;

- toute inscription provisoire d'hypothèque judiciaire conservatoire ou de nantissement judiciaire conservatoire. Il s'agit de rendre inutile la manoeuvre du créancier habile qui, sentant approcher la procédure collective, solliciterait à titre conservatoire l'inscription d'une sûreté.

C - Les inopposabilités facultatives

Les inopposabilités facultatives 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 quelque temps avant et ils doivent causer un préjudice à la masse car pas d'intérêt, pas d'action.

L'article 69 vise de nombreux actes comme les actes à titre gratuits translatifs 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 partenaire 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.

D - Les effets des inopposabilités

Le syndic seul peut agir en inopposabilité de la période suspecte et jusqu'au dépôt de l'arrêté de l'état des créances.

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 libérations rendues inopposables, le bénéficiaire rend ce qu'il a reçu mais ne peut pas 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'intérêt entre les créanciers, surtout chirographaires et les bénéficiaires de ces droits, entraînant un arbitrage difficile.

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 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 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. 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 mobilier¹.

B - Les droits du conjoint du débiteur

Ces droits ont connu une évolution régulière dans le sens de l'adoucissement et de la bilatéralisation. C'est ainsi que l'Acte uniforme abandonne la présomption mucienne. Selon cette présomption, formulée par l'article 559 du Code de commerce, hors le cas des immeubles et quel que soit le régime matrimonial, les biens acquis par la femme appartiennent au mari, ont été acquis de ses deniers et doivent être réunis à la masse de son actif. Si la femme a payé des dettes de son mari, la présomption légale est qu'elle l'a fait avec des deniers de celui-ci et elle ne pourra, en conséquence, exercer aucune action dans la faillite. Désormais, pour que des biens du conjoint du débiteur entrent dans l'actif soumis à la procédure collective, le syndic doit prouver, par

¹ Classiquement, les clauses de réserve de propriété étaient paralysées par l'ouverture de la procédure collective. La Cour de cassation, 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).

tous moyens, que les biens ont été acquis avec des valeurs fournies par le débiteur.

Section III : Les différentes catégories de créanciers et leurs droits

La question est rendue complexe par :

- l'opposition d'intérêt entre les différentes catégories de créanciers ;
- la variété des sûretés en présence dans les procédures collectives ;
- le nombre souvent important des créanciers pouvant se prévaloir de la même sûreté, notamment d'un privilège général.

Il suffira de commencer par une classification générale avant de prendre le cas particulier des créanciers dans la masse.

§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.

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 (léthargie prolongée du syndic).

- les créanciers hors la masse. Leurs créances en tant que telles ont été frappées d'inopposabilité 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. Leurs droits sont nés en conformité avec le dessaisissement (l'acte est passé par le syndic ou par le débiteur et le syndic). Ces créanciers en principe priment tous les créanciers dans la masse. On estime, en effet, que leurs prestations ont profité à la masse. De toute façon, celle-ci est engagée à travers son représentant. L'ordre exact de paiement est celui des articles 166 et 167.

- Les créanciers hors la masse. Leurs droits sont nés au mépris du dessaisissement. L'acte a été conclu avec le débiteur seul. 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, créanciers antérieurs qui ont produit et ont été admis, 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 de leur rang.

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

A - Les créanciers chirographaires

Ils sont soumis à l'ensemble des règles de la discipline collective, sont payés au marc le franc et n'ont pas de droits particuliers.

B - Les créanciers munis de sûretés réelles

Malgré leurs sûretés, ils 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 gagistes¹, 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 suite (articles 149 et 150). L'Acte uniforme concilie ainsi le souci de permettre au syndic de réaliser l'ensemble de l'actif dans les meilleures

¹ On signalera que l'Acte uniforme organisant les sûretés (articles 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

conditions sans livrer les créanciers munis de telles sûretés à l'inertie ou à l'attente prolongée du syndic.

C - Les créanciers titulaires de privilèges généraux

Ils 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

D - Les créanciers titulaires d'une sûreté personnelle

Dans les procédures collectives, 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.

CHAPITRE V : LES SOLUTIONS ET LES SANCTIONS

Ce sont deux aspects importants des procédures collectives, l'un ayant un caractère obligatoire ou inéluctable (les solutions), si du moins le droit des procédures collectives est correctement appliqué et ne se termine pas en « queue de poisson », l'autre (les sanctions) ayant un caractère facultatif. Solutions et sanctions méritent d'être examinées successivement.

Section I : Les solutions

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. Il y a lieu d'indiquer que le redressement judiciaire peut être converti en liquidation des biens dans les cas suivants :

- non proposition d'un concordat dans les conditions et délais prévus aux articles 27, 28 et 29 (caractère sérieux et respect des délais) ou retrait de la proposition (article 119) ;
- concordat non voté 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 ».

§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.

A - 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 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, les conditions de sa disparition.

1) 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 (délai de 15 jours), 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 (article 122) ; également les créanciers dont la sûreté est contestée qui y sont admis à titre chirographaire (article 123) ; les créanciers munis d'une sûreté réelle spéciale qui n'ont pas fait la déclaration prévue à l'article 120 (indication du délai et/ou de la remise qu'ils entendent accorder et qui différeraient de ceux résultant de la proposition concordataire) peuvent prendre part au vote sans renoncer à leur sûreté et consentir des délais et remises différents de ceux proposés par le débiteur ; ils sont censés accepter le concordat si, dûment appelés, ils ne participent pas au vote de l'assemblée concordataire. La situation des créanciers munis de privilèges généraux est énigmatique puisque l'Acte uniforme ne contient aucune disposition fournissant un éclairage sur leur situation. De l'interprétation de l'article 134 qui rend le concordat obligatoire à tous les créanciers antérieurs sauf les créanciers munis d'une sûreté réelle 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.

Le vote du concordat est acquis s'il obtient la majorité en nombre des créanciers représentant 50 % des créances en sommes (article 125)¹. Si une seule des majorités seulement est acquise, le vote est reporté sous huitaine mais seulement concernant la majorité non acquise. Si aucune des majorités n'est

¹ Le Code de commerce exigeait une majorité en nombre des créanciers représentant les 2/3 des créances en sommes.

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 sous réserve d'homologation par la juridiction compétente. Celle-ci accorde l'homologation 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 ; 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 (article 127).

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

2) 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, 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 ou, à défaut de contrôleurs, le syndic. Il s'agit ici de s'assurer que le débiteur respecte les engagements qu'ils a contractés dans le concordat. Ce sont des contrôleurs à l'exécution du concordat, qui sont désignés à toute époque de la procédure

(article 48), particulièrement à l'homologation du concordat (article 128). C'est seulement à défaut de contrôleurs (créanciers) que la juridiction peut confier les fonctions de contrôleur au 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 pas obligés que par les remises et délais particuliers qu'ils ont consentis, sauf dans le cas où le concordat ne comporte pas de délais excédant deux ans ; ceux-ci peuvent leur être opposés si les délais par eux consentis sont inférieurs¹ ;

- 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.

3) 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 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 ;

¹ 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.

- la résolution en cas d'inexécution ou en cas d'interdiction frappant le débiteur ou les dirigeants, à moins qu'une solution ait été trouvée (article 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.

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.

B- La clôture pour extinction du passif

C'est un mode de clôture qui n'appelle pas beaucoup de développements (articles 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 l'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 exigible¹. 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, le cas échéant, une réhabilitation automatique du débiteur.

¹ Avant la légalisation de ce mode de clôture, les juridictions profitaient, lorsque les voies de recours n'étaient pas encore expirés, 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.

§ II : les solutions de disparition de l'entreprise

Ce sont des solutions malheureuses quand on connaît l'importance du maintien ou de la sauvegarde 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. Les solutions de disparition de l'entreprise sont d'une part l'union, d'autre part la clôture pour insuffisance d'actif.

A - 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 n'est pas 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). L'Acte uniforme prend ainsi le contre-pied de la loi française du 25 janvier 1985 (article 99). 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 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 se fait 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 (articles 160 à 162).

Le paiement des créanciers se fait selon l'ordre fixé par l'Acte uniforme pour les immeubles et pour les meubles.

Selon l'article 166, « les deniers provenant de la réalisation des immeubles sont distribués ainsi :

1° aux créanciers des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution elle-même 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 ».

Selon l'article 167, « les deniers provenant de la réalisation des meubles sont distribués ainsi :

1° aux créanciers des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution elle-même 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° et 8° du présent article venant à rang égal, ceux-ci concourent aux répartitions dans la proportion de leurs créances totales, au marc le franc ».

Lorsque les opérations de liquidations 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. L'union est dissoute de plein 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. Elle est publiée dans les conditions prévues aux articles 36 et 37 de l'Acte uniforme.

B - La clôture 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, 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. 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 vérification. 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.

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 (article 174 renvoyant à l'article 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 de graves sanctions.

Section II : Les sanctions

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 les débiteurs ou dirigeants dont les fautes sont avérées, de manière à éviter la réédition de tels actes ; enfin, certaines sanctions 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.

§I - Les sanctions civiles et commerciales

Certaines ont un caractère patrimonial marqué, d'autres ont un caractère professionnel ou moral.

A - Les sanctions à caractère patrimonial

Ce sont des sanctions qui s'appliquent aux dirigeants de société. Elles sont récentes en France puisqu'elles datent de 1935 pour ce qui est de l'extension des déchéances de la faillite aux dirigeants sociaux et de 1940 en ce qui concerne l'institution de l'action en comblement du passif social. Auparavant, la personnalité morale de la société constituait un bouclier protecteur infranchissable¹. Ces sanctions comprennent le comblement du passif social et l'extension de la procédure.

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 (PM), de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non et aux personnes physiques représentants permanents des personnes morales dirigeantes.

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 ».

¹ Voy. dans ce sens : Delebecque P. et Germain M., Traité de droit commercial de Georges Ripert et René Roblot, L.G.D.J., tome 2, 15^e éd., 1996, n° 3278.

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 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. 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, 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 3 ans à compter de l'arrêté définitif de l'état des créances.

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.

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

- exercé une activité commerciale personnelle soit par personne interposée, soit sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements ;

- disposé du crédit ou des biens de la personne morale comme des siens propres ;

- poursuivi abusivement, dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale (art. 189).

La juridiction compétente peut également 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.

L'effet essentiel recherché est que les créanciers admis dans la procédure collective ouverte contre la personne morale sont admis, de plein droit, dans le redressement judiciaire ou de la liquidation des biens du dirigeant dont le passif comprend de ce fait, outre le passif 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'encre¹. L'Acte uniforme 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 » (article 118). Il précise que 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.

¹ 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).

B - Les déchéances et interdictions (faillite personnelle)

Ces sanctions s'appliquent :

- aux commerçants personnes physiques, ce qui est classique et même automatique avant la loi de 1967 ;
- aux personnes physiques dirigeantes de personnes morales assujetties aux procédures collectives ;
- aux personnes physiques représentants permanents 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 aux 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 à sa charge) comme constitutifs de faillite personnelle facultative.

La faillite personnelle peut être prononcée à toute époque de la procédure. Elle 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).

Contrairement à la loi française de 1967, l'Acte uniforme n'a pas retenu le 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 d'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 et certains associés peuvent être frappés de sanctions pénales.

§II - Les sanctions pénales

Elles n'appellent pas beaucoup de développements. Il suffira de préciser que l'Acte uniforme incrimine un certain nombre d'actes au titre de la banqueroute proprement dite, au titre des délits assimilés à la banqueroute ou d'autres infractions commises à l'occasion d'une procédure collective¹. Il renvoie aux lois internes pour les peines.

¹ Ces infractions seront négligées, sauf à préciser qu'elles concernent toute personne qui aurait soustrait, recelé ou dissimulé des biens, qui aurait frauduleusement produit... (articles 240 à 244).

A - La banqueroute proprement dite

Elle concerne les commerçants personnes physiques et les associés des sociétés commerciales qui ont la qualité de commerçant. En fonction de leur gravité, les faits incriminés entraînent la banqueroute simple ou la banqueroute frauduleuse, distinction fondée sur la gravité des fautes et la nécessité d'une répression proportionnée.

Entraînent la banqueroute simple les engagements importants sans contrepartie, les achats en vue d'une revente en 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.

Quant aux cas de banqueroute frauduleuse, curieusement plus nombreux, ils ont trait à la soustraction de sa comptabilité ; au détournement de tout ou partie de l'actif ; au fait de se reconnaître frauduleusement débiteur ; au fait d'avoir enfreint une interdiction d'exercer la profession commerciale ; au fait d'avoir payé, après la cessation des paiements, un créancier au préjudice de la masse ; à la stipulation avec un créancier des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la masse ou la conclusion d'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 ; à l'accomplissement d'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.

B - Les infractions assimilées 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.

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

De plus, selon l'article 232, « dans les personnes morales comportant des associés indéfiniment et solidairement responsables des dettes de celle-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.

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.

La mise en œuvre de ces sanctions implique l'intervention du ministère public et même du tribunal répressif en ce qui concerne la banqueroute, les délits assimilés et les autres infractions. La question qui se pose surtout est celle de leur effectivité qui exerce un effet dissuasif et moralisateur sur le monde des affaires.

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

- inaccessibilité automatique 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) ; la non remise des titres est une infraction¹ ;
- 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'Acte 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.

En conclusion, l'Acte uniforme organisant les procédures collectives d'apurement du passif, qui comporte 258 articles répartis dans six 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

¹ Art. 231, 7°.

aux procédures collectives internationales¹, 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, et surtout de son caractère uniforme que vient renforcer le caractère relativement détaillé de la plupart de ses dispositions².

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,
Recteur de l'Université de
Ouagadougou
(16 mai 1999)

¹ Articles 247 à 256 qui semblent admettre, comme la France, les deux systèmes opposés que sont d'une part la théorie de l'unité et de l'universalité de la faillite, d'autre part la théorie des procédures plurales ou territoriales.

² L'on peut ainsi douter de la nécessité d'adopter des textes réglementaires pour l'application de l'Acte uniforme.