

Université Catholique d'Afrique de Ouest

Abidjan

République de Côte d'Ivoire

PROCEDURES COLLECTIVES D'APUREMENT DU PASSIF

PROGRAMME DESS DROIT DES AFFAIRES ET FISCALITE

*Joseph DJOGBENOU
Agrégé des Facultés de droit
Droit privé et sciences criminelles
Avocat au Barreau du Bénin*

Année universitaire 2010

INTRODUCTION

1. **Contexte.** Les entreprises sont des espèces commerciales, des individus du monde des affaires qui, à l'instar de ce qu'on a coutume d'appeler le destin de l'homme, naissent, vivent et meurent. Dynamiques, elles s'épanouissent sans grand encombre. Fébriles, elles sont souvent victimes de pathologies internes et externes dont le traitement, à titre préventif ou curatif a de tout temps appelé l'intervention constante du législateur.

C'est que l'entreprise n'est pas n'importe quelle espèce. Elle est unité de vie économique et sociale, garante de la paix en consommant des emplois, actrice de prospérité en produisant des biens et services, en générant de la plus-value que l'Etat s'occupe de redistribuer.¹ Elle est cadre de vie simplement et, en tant que tel, réceptacle et espace d'expression et d'affrontement des intérêts d'ordre public et privé. Il y a, certes, une personne ou un groupe de personnes, physique ou morale, publique ou privée à la base de la création d'une entreprise. Mais dès qu'elle naît, l'entreprise n'appartient plus dans l'absolu à son initiateur. Les associés ou actionnaires initiaux ou postérieurs, l'Etat à travers ses administrations déconcentrées ou décentralisées, le fisc, les salariés, les banques, les sociétés d'assurances, les fournisseurs etc. ont des intérêts bien fixés dans la vie de l'entreprise et, par suite, dans le sort auquel la conduit sa gestion. S'agissant de l'intérêt que suscite au droit fiscal la vie des entreprises, RIPERT et ROBLOT ont pu écrire que : « **L'importance de l'activité commerciale des sociétés et le nombre d'actes juridiques auquel donnent lieu la constitution et le fonctionnement des groupements ont incité le droit fiscal à trouver dans les sociétés de nombreuses sources de recette** ». ² C'est pourquoi il a été établi un cadre juridique pour l'expression de ces intérêts et un mécanisme d'arbitrage de leur affrontement.

Des matières particulières fixent, sur des fondements précis, le cadre juridique d'expression des intérêts de tous ordres au sein de l'entreprise. Aussi, le droit du travail et celui de la sécurité sociale règlent-ils les rapports sociaux. La création des sociétés commerciales, leur fonctionnement, leur transformation, fusion ou disparition ainsi que les relations des différents acteurs au sein de la société sont

¹ Sur l'importance économique et sociale de l'entreprise, voy. Yves GUYON, *Droit des affaires*, Tome 2, *Entreprises en difficulté, redressement judiciaire et faillite*, Economica, 9^{ème} éd. 2003 ; du même auteur, *Droit des affaires, tome 1, Droit commercial général et sociétés*, Economica, 12^{ème} éd. ; G. RIPERT, R. ROBLOT ; *Traité de droit commercial, Tome 1-Volume 2, les sociétés commerciale* ; L.G.D.J., 18^{ème} éd. Paris 2002 ; même auteur, *Traité de droit commercial, Tome 2, Effets de commerce, Banque et bourse, contrats commerciaux, procédures collectives* ; L.G.D.J., 16^{ème} éd., Paris, 2000., F. ANOUKAHA, A. CISSE, J. NGUEBOU TOUKAM, P-G POUGOUE, M. SAMB ; *OHADA : Sociétés commerciales et G.I.E.*, coll. Droit uniforme africain, Juriscope, Bruxelles, 2002. Aussi, F. M. SAWADOGO, *OHADA : Droit des entreprises en difficulté*, coll. Droit uniforme africain, Juriscope, Bruxelles, 2002.

² G. RIPERT, R. ROBLOT, op. cit., p. 5, n° 1056-8.

réglés par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique³ ; les relations commerciales étant soutenues par l'acte uniforme relatif au droit commercial général.⁴

Beaucoup plus particulière et potentiellement explosive est l'expression des prétentions que suscite une entreprise en difficulté. Seul, le débiteur devra faire face à l'ardeur de chacun de ses créanciers à recouvrer sa créance et se mettre à l'abri des conséquences désastreuses d'une insolvabilité de son partenaire. Du coup, entre les créanciers eux-mêmes, c'est la course au paiement, le plus rapidement possible et à l'aide de méthodes peu orthodoxes. Inégalité, iniquité et injustice caractériseraient le comportement de chacun de ces créanciers en vue de la satisfaction des intérêts propres. A terme, cela ruinerait toute perspective de recouvrement et précipiterait plus rapidement et gravement l'entreprise dans le gouffre. On a alors pensé à mieux organiser le traitement de l'entreprise en difficulté et à dégager des règles propres appelées à conduire cette organisation.

2. **Concepts et domaine.** Les procédures collectives constituent, en substance, le traitement prescrit aux entreprises en difficulté. Ce sont l'ensemble des mécanismes juridiques permettant de régler les difficultés financières et économiques des entreprises. Ces procédures sont dites collectives en ce qu'elles conduisent à réunir les créanciers en une masse d'une part et en ce qu'elles visent à satisfaire collectivement les intérêts mis en péril par les difficultés de l'entreprise débitrice d'autre part. Au terme de la législation en vigueur,⁵ il existe trois types de procédures collectives (art. 1^{er} alinéa 1^{er} de l'AUPC) : le règlement préventif, le redressement judiciaire et la liquidation des biens. 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** ».⁶ Le redressement judiciaire serait, quant à lui, « **une procédure destinée à la sauvegarde de l'entreprise et à l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement** ».⁷ Enfin, la liquidation des biens est « **une procédure qui a pour objet la réalisation de l'actif du débiteur pour apurer son passif** ».⁸

A l'instar du droit français, l'ensemble des procédures collectives d'apurement du passif et, peut-on dire, le droit des entreprises en difficulté a un versant nécessairement judiciaire. L'instance judiciaire est placée au cœur du règlement des

³ J.O. OHADA n°2, 1^{er} octobre 1997, p. 1 et s.

⁴ J.O. OHADA, 15 mai 1999, p. 21. On citera également le droit de l'arbitrage, le droit comptable, le droit des instruments de paiement, le code général des impôts en ce qui concerne les relations avec l'administration fiscale etc.

⁵ Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

⁶ Art. 2-1 al. 1^{er} AUPC. Si l'on considère la cessation des paiements comme le critère de mise en route des procédures collectives, le règlement préventif n'en constituerait pas un, stricto sensu. Il intervient en l'absence même de la cessation des paiements. Dans ce sens, voy. F.M. SAWADOGO, op. cit., p. 2, n° 3. Mais prenant en considération la finalité de toute procédure collective qui consiste en l'apurement du passif d'un débiteur, on peut, avec raison, intégrer le règlement préventif dans les procédures collectives.

⁷ Art. 2-2 AUPC

⁸ Art. 2-3 AUPC

difficultés de l'entreprise. Et à l'intérieur du système judiciaire, le président du tribunal compétent constitue le moteur de toutes les procédures. Ce n'est pourtant pas qu'un règlement amiable serait exclu. Il est parfaitement envisageable que débiteur et créanciers s'accordent pour rechercher et trouver une solution amiable aux difficultés de l'entreprise. C'est même la réponse idéale. Mais il est souvent difficile à réaliser un pareil accord compte tenu du caractère contradictoire et de la raideur des intérêts en présence.

Précisons néanmoins que les procédures collectives d'apurement du passif ne sont pas à confondre avec les sanctions qu'elles peuvent générer.⁹ Elles portent sur les personnes physiques ou morales commerçantes, les personnes morales de droit privé non commerçantes, les entreprises publiques ayant la forme d'une personne morale de droit privé. Sont exclus, en principe, du bénéfice des procédures collectives : les acteurs du secteur informel ; les sociétés de fait, les sociétés créées de fait (l'immatriculation au registre du commerce faisant défaut pour ces types de société) ainsi que les personnes morales de droit public.

- 3. Histoire du droit.** On a pu constater que très tôt, les commerçants ont compris que le recours individuel à l'encontre de l'un des leurs en difficulté était sans issue et impertinent. Certes, celui qui avait failli à ses engagements était considéré comme un fraudeur et devait subir une série de déchéance organisée sous la dénomination de la « *faillite* ». Particulièrement, on brisait symboliquement son étal, son banc commercial, d'où la « *banqueroute* », « *banca rotta* ». Mais s'agissant de la liquidation du patrimoine du failli, elle était organisée par l'ensemble des créanciers qui votait un accord de règlement dénommé concordat. Celui-ci est une convention collective signée avec le débiteur portant sur le règlement à moindre frais de leurs créances en évitant la lourdeur d'une procédure de liquidation de biens. Une procédure collective de la vente des biens du débiteur à l'initiative et au profit de ses créanciers pouvait être ainsi organisée.

La finalité essentielle de cette procédure était le paiement des créanciers. Le principe, l'égalité de traitement de tous les créanciers d'autant que la procédure prit très tôt un caractère corporatiste.¹⁰ L'ordonnance de Colbert de 1673 a, pour la première fois en France, organisé les faillites et banqueroutes. Cette ordonnance a procédé à l'unification de la matière et réglementé, par exemple, les nullités pour fraude de la période suspecte, les conditions d'ouverture de la faillite. Elle a édicté de nombreuses sanctions de nature personnelle et pénale dont la contrainte par corps et même la peine capitale.

Les excès nés du libre traitement des difficultés des entreprises par les commerçants eux-mêmes ont conduit le législateur à intervenir progressivement dans la matière

⁹ Celles-ci peuvent être civiles : c'est le cas de la faillite personnelle (art. 194 et s. AUPC) ; ou pénales : c'est le cas de la banqueroute et des infractions assimilées (art. 226 et suivants AUPC).

¹⁰ Sur l'historique des procédures collectives, voy. Y. GUYON, op. cit. ; F. PEROCHON, R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, instrument de crédit et de paiement* ; L.G.D.J., 6^{ème} éd., Paris. ; G. RIPERT, R. ROBLOT, op. cit. A ce sujet et celui sur lequel porte le paragraphe suivant, voy. F. M. SAWADOGO, op. cit.

de sorte à en faire une discipline particulière. Du droit de la faillite, le législateur français est progressivement arrivé à consacrer celui des entreprises en difficulté en procédant par refonte entière de la matière et en changeant d'orientation quant à la finalité de la procédure. En France, cette évolution a connu différentes étapes. Le code de commerce de 1807 a repris les solutions du droit corporatiste et imposé la présence du juge dont il renforce les prérogatives. Les principaux objectifs sont le paiement des créanciers et la répression du débiteur. Une loi du 4 mars 1889 vient alléger la situation de ce dernier. Cette évolution sera poursuivie par le décret du 20 mai 1955 qui prit le critère de bonne ou mauvaise foi pour frapper ou non d'indignité le débiteur par la procédure de faillite. Une réforme intervient en France en 1967 (loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes). Cette réforme envisage deux procédures, le règlement judiciaire et la liquidation des biens dont le choix repose sur des critères économiques et non moraux. Adoptant une orientation préventive, l'ordonnance n°67-820 du 23 septembre 1967 envisage de « **faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises** » en instituant une procédure de suspension provisoire des poursuites applicables à certaines entreprises en « **situation financière difficile mais non irrémédiablement compromise** ». Le droit des procédures collectives fut introduit en Afrique francophone en l'état de la réforme intervenue en 1955. Hormis les évolutions législatives constatées dans certains Etats, le droit africain est resté statique jusqu'à l'avènement de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Le contexte de l'économie dirigiste expliquait, en partie, cette sclérose législative. La part prépondérante des entreprises publiques, et le peu de cas fait aux entreprises privées contribuaient au déclin du droit des sociétés, notamment, des procédures collectives d'apurement du passif.

L'intervention du législateur s'est notamment manifestée par le rôle accru qu'il accorde au juge, le but étant la sauvegarde d'une unité du tissu économique et la préservation du crédit par la protection des créanciers : les procédures collectives finissent par devenir des procédures correctrices des difficultés. On a cru voir ainsi surgir de véritables « **juges managers** », voire une « **magistrature économique** ». C'est que dans ses différents visages (le tribunal dans sa formation commerciale, le président du tribunal, le juge-commissaire, le procureur de la République) le juge, véritable médecin de l'entreprise, ausculte, prescrit, soigne et, au pire des cas, constate le décès et en délivre l'attestation.

4. **Sources.** Branche du droit des affaires, le droit des procédures collectives y tient une place particulière. Compte tenu de son importance économique et sociale, le législateur lui fournit ses ressources fondamentales. C'est donc, naturellement, dans la loi que ses règles sont posées. En droit français, les sources principales sont issues des réformes de 1984 et de 1985. Celles intervenues en 1994 renforcent la nouvelle orientation. Désormais, ce droit porte, non sur la faillite, mais sur les entreprises en difficultés qu'il entend traiter et espérer non leur règlement, mais plutôt leur redressement. En Afrique francophone les efforts d'unification des règles matérielles ont débouché sur la mise en vigueur de l'acte uniforme Ohada portant sur les procédures collectives d'apurement du passif (J.O. OHADA n°7, 1^{er} juillet 1998, p. 1 et

s.). La nouvelle législation a repris pour l'essentiel, les solutions consacrées par les réformes intervenues en France. La doctrine, florissante, et la jurisprudence importante finissent d'influencer cette matière qui intéresse essentiellement le juriste d'affaire.

5. **Plan.** Le présent enseignement ambitionne d'offrir une introduction synthétique des procédures collectives. Lorsqu'on considère que le législateur OHADA est mu par deux objectifs primordiaux, à savoir la prévention des difficultés de l'entreprise et, si elles apparaissent patentes, leur correction et leur traitement, on pourrait envisager d'appréhender la matière suivant ces deux volets. C'est le choix qu'il convient d'effectuer. Il permet d'étudier, en premier lieu, la prévention des difficultés de l'entreprise (**Première partie**) puis, en second lieu, le traitement des difficultés de l'entreprise (**Deuxième partie**).

BIBLIOGRAPHIE

1. **ANOUKAHA** (François), **CISSE** (Abdoullah), **DIOUF** (Ndiaw), **NGUEBOU TOUKAM** (Josette), **POUGOUE** (Paul-Gérard) ; Ohada : sociétés commerciales et GIE ; Juriscope, Bruyllant, Bruxelles, 2002, 589 pages.
2. **ASSI ESSO** (Anne-Marie), **DIOUF** (Ndiaw) ; Ohada : recouvrement de créance ; Juriscope, Bruyllant, Bruxelles, 2002, 254 pages.
3. **ASSI ESSO** (Anne-Marie), **ISSA-SAYEGH** (Joseph), **LOHOUES-OBLE** (Jacqueline) ; CIMA : droit des assurances ; Juriscope, Bruyllant, Bruxelles, 2002, 506 pages.
4. **BART** (Jean), Histoire du droit privé : de la chute de l'empire romain au XIXème siècle ; Montchrestien, Paris, 1998, 537 pages.
5. **COQUELET** (Marie-Laure) ; Entreprise en difficulté : Instrument de paiement et de crédit ; 2^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2006, pages 455.
6. **DJOGBENOU** (Joseph) ; La compétence du juge des référés en matière de résiliation du bail commercial ; Revue Droit & Lois ; n° 3, pages 22 à 28.
7. **GUYON** (Yves), droit des affaires, tome 1, droit commercial général et sociétés ; Economica, 12^{ème} éd., 2003, 1059 pages.
8. **GUYON** (Yves), droit des affaires, tome 2, entreprises en difficultés, redressement judiciaire - faillite ; Economica, 9^{ème} éd., 2003, 484 pages.
9. **JEANTIN** (Michel), **LE CANNU** (Paul) ; Droit commercial : instruments de paiement et de crédit, entreprises en difficulté ; Dalloz, 5^{ème} éd. Paris, 1999, 691 pages.
10. **LE CORRES** (Pierre-Michel) ; Droit des entreprises en difficulté, Mémentos DALLOZ, 3^{ème} éd., Paris, 2009, 214 pages.
11. **LEVY** (Jean-Philippe), **CASTALDO** (André) ; Histoire du droit, Dalloz, 1^{ère} éd., Paris, 2002, 1554 pages.
12. **MERLE** (Phillipe) ; Droit commercial, sociétés commerciales ; Dalloz, 6^{ème} éd. Paris, 1998, 843 pages.
13. **PEROCHON** (Françoise), **BONHOMME** (Régine) ; Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement ; L.G.D.J, 6^{ème} éd., Paris, 884 pages.

14. **PEYRAMAURE** (Philippe), **SARDET** (Pierre) ; *L'entreprise en difficulté : prévention, restructuration, redressement*, 3^{ème} éd. Delmas, Toulouse, 2002, 294 pages.
15. **PERROT** (Roger), *Institutions judiciaires*, Domat, 8^{ème} éd., Monchrestien, Paris, 547 pages
16. **RIPERT** (G.), **ROBLOT** (R.), sous la direction de DELEBECQUE (Philippe), GERMAIN (Michel) ; *Traité de droit commercial, Tome 2*, L.G.D.J, 16^{ème} éd. 2000 Paris, 1256 pages
17. **RIPERT** (G.), **ROBLOT** (R.), sous la direction de GERMAIN (Michel) ; *Traité de droit commercial*, Tome 1 volume 2, L.G.D.J, 16^{ème} éd. Paris, 2002, 760 pages
18. **RIPERT** (G.), **ROBLOT** (R.), sous la direction de GERMAIN (Michel), VOGEL (Louis) ; *Traité de droit commercial*, Tome 1, L.G.D.J, 17^{ème} éd. Paris, 1998, 1598 pages
19. **SANTOS** (Akuété Pedro), **YADO TOE** (Jean) ; *Ohada : Droit commercial général*, Juriscope, Bruylant, Bruxelles, 2002, 478 pages
20. **SAWADOGO** (Filiga Michel) ; *Ohada : droit des entreprises en difficulté* ; Juriscope, Bruylant, Bruxelles, 2002, 444 pages
21. **SAINT-ALARY HOUIN** (Corinne), *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 5^{ème} éd., Paris, 2006, 827 pages.
22. **SEVE** (René), *Philosophie et théorie du droit*, Cours DALLOZ, Paris, 2007, 389 pages

PREMIERE PARTIE : LA PREVENTION DES DIFFICULTES DE L'ENTREPRISE

Les difficultés de l'entreprise procèdent de signaux dont l'examen et le traitement permettent de prévenir les pathologies plus graves. C'est la comptabilité qui n'est peut-être pas tenue ou qui l'est insuffisamment. Les échéances méconnues pourront ne pas être alors ponctuellement honorées. Le personnel est pléthorique et inadapté, parce que recruté avec complaisance. Les rémunérations et les avantages salariaux sont excessifs. Le patrimoine de la société est confondu avec ceux des dirigeants sociaux ; l'incapacité ou l'incompétence des dirigeants sociaux ; l'insuffisance de fonds propres ; le mauvais fonctionnement des organes sociaux voire leur inexistence de fait etc.

La plupart de ces dérèglements peuvent être traités au plan interne. Ainsi, les associés ou les actionnaires ont un rôle important mais limité dans la prévention des difficultés de l'entreprise. Ils ont la faculté, suivant les circonstances, de mettre en œuvre la procédure d'alerte (acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, art. 150 à 158). L'associé ou l'actionnaire peut, deux fois par exercice, adresser par écrit, des questions au gérant ou au principal dirigeant de la société sur des faits censés compromettre la continuité de l'affaire. La réponse, qui devra intervenir dans un délai d'un mois, est adressée à l'auteur de la question et au commissaire au compte. Le droit d'alerte appartient également au commissaire au compte pour qui l'alerte constitue une obligation. Elle doit être donnée dès que se révèle tout fait de nature à compromettre l'exploitation de l'entreprise.

Ces difficultés peuvent aussi être traitées, pour certaines sociétés, au plan professionnel. Dans ce cadre, les réformes intervenues en matière bancaire et en droit des assurances dans certains Etats africains ont eu pour effet d'instituer des autorités régionales ou communautaires de régulation et de contrôle professionnels. C'est le cas des commissions bancaires instituées au sein des Banques centrales (Afrique de l'Ouest et du Centre) chargée, entre autres, de prévenir et de corriger les dysfonctionnements nés ou à naître. Il en est également de même en matière d'assurance dont les sociétés sont placées sous le contrôle et la surveillance de la commission régionale de contrôle des assurances.

Le droit français issue de la loi du 26 juillet 2005, dite loi de sauvegarde des entreprises, institue des procédures plus souples, de nature à la fois volontariste et judiciaire qui pourraient anticiper sur un traitement judiciaire préventif proprement dit. Il s'agit du mandat ad hoc et de la conciliation antichambre de la procédure de sauvegarde.

Suivant les termes de l'article L. 611-3 du Code de commerce français, « le président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance peut, à la demande du représentant de l'entreprise, déterminer un mandataire ad hoc dont il détermine la mission ». Le mandataire ad hoc a pour mission de rechercher, de proposer des

solutions aux difficultés de l'entreprise et de discuter le cas échéant avec les créanciers. Il rend compte au président du tribunal de sa mission par un rapport. La procédure de conciliation a été substituée à l'ancienne procédure de règlement amiable par les art. L. 611-4 à L. 611-12 du Code de commerce. L'intervention judiciaire est plus significative que dans le cadre du mandat ad hoc. Elle reste cependant mesurée. Il s'agit d'un traitement conventionnel des difficultés de l'entreprise sous le regard du juge.

Finalement, aussi bien en droit français qu'en droit OHADA, c'est au juge qu'il revient d'intervenir dans le sens de l'assainissement de l'entreprise. Dans ce sens, on envisage une intervention aux fins de traitement passager des difficultés, ou en vue de leur traitement approfondi. Saisi par le temps, la prévention des difficultés de l'entreprise conduit le juge à une intervention qui est soit ponctuelle, soit prolongée.

Suivant la gravité des difficultés le juge intervient dans la gestion de l'entreprise, dans sa direction ou dans ses relations avec ses créanciers.

Section première : L'intervention ponctuelle dans la gestion de l'entreprise

S'agissant de la gestion de l'entreprise, on sait que l'acte uniforme portant droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, en ses articles 159 et 169, habilite l'organe judiciaire à procéder à « **la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion** ». ¹¹ Suivant les termes de la loi, « **le président de la juridiction compétente** » ¹² est saisi par un ou plusieurs associés représentant au moins le cinquième du capital social, agissant individuellement, ou en se regroupant sous quelque forme que ce soit.

On déduit de cette disposition qu'il n'est pas fait obligation aux associés regroupés de déclarer leur association. Les associés, regroupés « **sous quelque forme que ce soit** », peuvent donc ne pas déclarer leur association et agir en justice, contrairement aux dispositions des articles 1^{er} et suivant de la loi du 1^{er} juillet 1901 sur la liberté d'association. On voit bien que ce texte admettant spécialement une association non déclarée à ester en justice, allège les conditions traditionnelles de saisine des juridictions. C'est qu'en réalité, la demande d'expertise de gestion est un acte d'administration et non un acte de disposition et prolonge ou complète le droit d'alerte des associés.

C'est donc le Président du tribunal de première instance saisi, en référé ou par voie de requête, qui détermine la mission et les pouvoirs des experts. Ceux-ci établissent un rapport adressé, non à la juridiction saisie, mais aux organes de gestion, de direction et d'administration. L'intervention ponctuelle du juge s'arrête à la désignation et à la fixation de la mission et des prérogatives de l'expert.

¹¹ Art. 159 de l'acte uniforme précité.

¹² Sur la notion de « **juridiction compétente** », nul doute qu'il s'agit, au Bénin, du tribunal de première instance de Cotonou, statuant en matière commerciale. Mais le texte renvoie la désignation de l'expert au « président de la juridiction compétente ». Il détermine donc ainsi une attribution présidentielle mise en œuvre dans notre droit par deux voies : celle gracieuse, débouchant sur une ordonnance à pied de requête et celle contentieuse formalisée par une assignation en référé. A ce sujet, voy. Joseph DJOGBENOU, *la compétence du juge des référés en matière de résiliation de bail commercial* ; Droits & Lois ; n° 2, pp. 22 et s. ; Même auteur, *Droit judiciaire privé*, cours non publié, Université de Parakou, éd. 2004-2005 ; également, *Voies d'exécution*, cours non publié, Université d'Abomey-Calavi, éd. 2004-2005. Sur la compétence du juge des référés, le nombre des experts à désigner et la mission de ceux-ci, voy. Cotonou, arrêt n° 256-2000, du 17 Août 2000, affaire société continentale des investissements, Séfou FAGBOHOUN et autres c/ Etat béninois.

Section II : L'intervention ponctuelle dans la direction de l'entreprise

Lorsque les difficultés surgissent, soit dans la direction de l'entreprise (Paragraphe premier) soit dans ses relations avec les créanciers (Paragraphe deuxième), il peut être également fait ponctuellement appel au juge pour prévenir des risques majeurs.

Paragraphe premier : Le règlement des difficultés de direction

Le juge peut également intervenir de manière ponctuelle dans la direction de la société lorsque des conflits entre associés tendent à paralyser le fonctionnement de celle-ci. C'est l'article 147 de l'acte uniforme portant droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique qui fixe le champ de cette intervention : « **Tout litige entre un ou plusieurs associés et la société relève de la juridiction compétente** ». En application de cette disposition, le juge des référés est apte à désigner un administrateur provisoire.

Les parties peuvent cependant affecter le règlement de leurs litiges à un arbitre par le mécanisme d'une clause compromissoire ou d'un compromis. L'arbitre pourrait même être oint par les parties aux fins de statuer en amiable compositeur (art. 148 et 149 de l'acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique).

Paragraphe II : Le règlement des difficultés relationnelles avec les créanciers

En pareille situation, la juridiction compétente peut agir sur les relations de la société avec ses créanciers en lui accordant, à sa demande, report d'échéance suivant les dispositions de l'article 39 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Le délai de grâce est le temps supplémentaire accordé par le juge au débiteur pour libérer son obligation. C'est le report du terme ou de l'échéance de paiement. Ce report peut être assorti d'un échelonnement de la dette, à charge pour le débiteur d'en respecter les termes.

En droit commun, le délai de grâce est réglé aussi bien dans son principe, dans sa mise en œuvre et dans ses effets par l'article 1244 du code civil. Ce texte pose en effet que : « **Le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même indivisible. les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement, et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses restant en état** ». On reprochait, avec raison, aux dispositions citées de ne recommander au juge que la prise en considération de la situation du débiteur. Or, bien souvent, ce sont les intérêts du créancier qui sont menacés, du fait de l'indisponibilité de sa créance résultant du refus ou du retard du

paiement par le débiteur de la dette. Du reste, cette prescription induisait-elle une injustice, rompant le principe de l'égalité des parties devant le juge. On devra noter en outre que la compréhension manifestée par le législateur en faveur du débiteur était si large qu'elle ne comportait de limites que le pouvoir d'appréciation du juge. Fatalement, le juge disposait des pouvoirs les plus étendus pour fixer le délai, le débiteur pouvant le soulever en toute matière.

L'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution a tenté de rétablir l'égalité entre débiteur et créancier en disposant en son article 39 : « **Le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même indivisible. Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, la juridiction compétente peut, sauf pour les dettes d'aliments et les dettes cambiales, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues dans la limite d'une année. Elle peut également décider que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital. Elle peut en outre subordonner ces mesures à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette.** » Désormais, le juge est tenu de prendre également en considération la situation du créancier. Par ailleurs, l'appréciation du juge est limitée. Sont exclues de la faveur légale, les dettes cambiales et alimentaires. Enfin, le délai ne peut excéder une année et pourrait être assorti de mesures destinées à faciliter ou à garantir le recouvrement.

Il importe de souligner que le législateur Ohada s'est, sans doute, inspiré de l'évolution législative intervenue en France sur le délai de grâce depuis la loi du 9 juillet 1991 sur les procédures civiles d'exécution. L'article 83 de ce texte, l'actuel article 1244-1 du code civil en vigueur dans ce pays dispose : « **Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues. Par décision spéciale et motivée, le juge peut prescrire que les sommes correspondantes aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit qui ne peut être inférieur au taux légal ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital. En outre, il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette.**

Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux dettes d'aliments ».

Cela dit, l'article 39 de l'acte uniforme s'est contenté de fixer le principe du délai de grâce et les modalités de sa mise en œuvre. Ce texte n'a malheureusement pas disposé sur les effets de la mesure. Dans ce cas, on retrouve le droit commun établi par l'article 1244, in fine, du code civil béninois. Il résulte de cette prescription que le bénéfice du délai de grâce emporte la suspension des poursuites, **toutes choses restant en état**. Les effets de cette disposition diffèrent, selon que le délai est accordé **avant** ou **pendant** la mesure d'exécution. Si le délai de grâce est accordé avant la mise en œuvre des voies d'exécution forcée, il produit des effets puissants, le sursis aux poursuites (et donc à l'exécution) étant radical. Par contre, si la mesure intervient pendant le déroulement des voies d'exécution, elle n'emporte suspension que des poursuites à venir, **toutes choses restant en état**, les saisies éventuellement

opérées devant survivre au délai accordé. C'est dans ce sens qu'a décidé la CCJA, dans son arrêt n° 002 du 30 janvier 2003, in C.C.J.A, Recueil de jurisprudence, n°1 Janvier-Juin 2003, pp. 36-40. Dans cette espèce, un débiteur de loyer a été expulsé par décision judiciaire, confirmée en appel et par la Cour suprême. Il a alors sollicité, après l'expulsion, un délai de grâce sur le fondement de l'art. 39 cité et obtient par la même décision, son maintien dans les lieux. La Haute juridiction a censuré sur ce point la décision accordant le délai de grâce au motif que « **ledit article ne prévoit nulle part que la juridiction compétente puisse ordonnée le maintien dans les lieux loués d'un débiteur à l'encontre duquel a été rendue une décision d'expulsion passée en force de chose jugée** ». On remarque bien que le délai de grâce est prévu au profit du débiteur de bonne foi, celui qui n'attend de contraindre le créancier aux voies d'exécution. Dans le cas contraire, la mesure resterait inefficace, consistant seulement en une cause de suspension de l'exécution, les biens devant par ailleurs rester saisis.¹³

Mais le traitement ponctuel pourrait ne pas suffire à prévenir les difficultés de l'entreprise. Celle-ci ferait alors appel à un traitement prolongé, et se met alors à la lisière des procédures collectives.

CHAPITRE II – L'INTERVENTION PROLONGÉE DU JUGE.

Lorsque les difficultés de l'entreprise s'accroissent sans pour autant mettre en péril la continuation de l'entreprise, il peut être procédé à une correction rapide de la situation : c'est le **règlement préventif**. Le législateur (art. 2-1 de l'acte uniforme PCAP) le définit comme la 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.

L'objectif du règlement préventif est clairement affiché : éviter la cessation des paiements et apurer le passif. L'outil est également dégagé : le concordat préventif. Il reste la contrepartie que concède au débiteur l'art. 8 du même acte uniforme : la suspension des poursuites. Il convient de déterminer les conditions d'accès au règlement préventif (**Section première**) avant de se fixer sur la procédure qui le conduit (**Section II**).

Section première : Les conditions d'accès au règlement préventif

¹³En France, la situation a évolué. L'article 1244-2, issue de l'article 83 de la loi du 9 juillet 1991 précitée ayant fait l'option de la suspension des procédures déjà engagées par le créancier. « **La décision du juge, prise en application de l'article 1244-1, suspend les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier. Les majorations d'intérêts ou les pénalités encourues à raison du retard cessent d'être dues pendant le délai fixé par le juge** »

C'est l'article 2-1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qui énonce les conditions de d'accès au règlement préventif. Parmi les conditions d'ouverture, il est fait le départ entre celles qui sont liées à la situation financière de l'entreprise, celles relatives à la forme sociale ainsi que celles relatives à la perspective de règlement des difficultés. Aussi, convient-il d'isoler les conditions liées à la personne du commerçant des autres conditions.

Paragraphe premier : Les conditions relatives au statut personnel

Pour l'essentiel, ces conditions sont relatives aux personnes relevant du règlement préventif (A). Il sera, par la suite, possible de formuler quelques observations (B)

A – LES PERSONNES RELAVANT DU REGLEMENT PREVENTIF

Le siège des personnes relevant du règlement préventif est fixé à l'alinéa 2 de l'article 2-1 de l'Acte uniforme : « ***Le règlement préventif est applicable à toute personne physique ou morale commerçante ou à toute personne morale de droit privé non commerçante, à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé qui, quelle que soit la nature de ses dettes, connaît une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise*** ».

Deux catégories de personnes sont ainsi appelées au bénéfice du règlement préventif : les personnes physiques (1) et les personnes morales (2).

1 – Les personnes physiques

Le texte semble viser des commerçants, personnes physiques, qui pourraient être soumis aux articles 1^{er} et 2 de l'acte uniforme sur le droit commercial général. Il résulte de ce texte que la procédure échappe aux mineurs et aux majeurs incapables, notamment ceux qui sont soumis au régime de la tutelle. Mais, contrairement au droit français, les mineurs non émancipés ont la qualité de commerçant en droit OHADA puisque, au titre de l'article 7 al. 1^{er} de l'acte uniforme sur le droit commercial général, le mineur émancipé peut avoir la qualité de commerçant. Sur ce fondement, le mineur émancipé commerçant est éligible au règlement préventif.

Dans le régime de la communauté, le conjoint de l'époux commerçant peut être saisi par la procédure de règlement préventif, les biens communs étant le gage général des créanciers de l'époux commerçant.

Peuvent aussi demander le bénéfice du règlement préventif des époux ou des concubins qui exercent une exploitation en commun. On peut considérer que chacun d'eux accomplit des actes de commerce de manière répétée. Deux procédures devraient être ouvertes. Mais en cas de confusion de patrimoine, les tribunaux organisent néanmoins une procédure unique.

2 – Les personnes morales de droit privé

Ce sont d’abord les personnes morales. Ce sont ensuite des personnes morales de droit privé.

Ce sont d’abord des personnes morales. Il s’agit de tout groupement, ayant un objet civil ou commercial et doté de la personnalité juridique.

Le texte vise d’abord les sociétés. Il s’agit, notamment, des sociétés commerciales : sociétés de personnes et société de capitaux ; les groupements d’intérêt professionnel. Le texte semble viser aussi les sociétés non commerciales pourvu qu’elles est également une personnalité juridique : les associations déclarées, les syndicats professionnels, les associations sportives, les syndicats de copropriétaires, les associations coopératives etc.

Les groupement sans personnalité morale sont exclus du bénéfice de la procédure. Les sociétés en participation ne peuvent pas bénéficier de la procédure de règlement préventif. Mais leur gérant, commerçant, pourrait y être soumis. Les sociétés créés de fait qui n’ont pas pu acquérir la personnalité morale sont également exclues de la mesure. Il en est ainsi des associations non déclarées, des groupes de sociétés ou une indivision.

Il faut encore préciser, qu’en ce qui concerne les société régulièrement constituées, que la procédure de règlement préventif est possible pendant tout le temps ou elles ont la personnalité morale, c'est-à-dire du jour de leur immatriculation au registre de commerce et du crédit mobilier au jour de leur radiation. C’est ainsi que l’on considère qu’une société dissoute, mais non encore liquidée puisse faire, en théorie, l’objet d’une procédure collective, notamment du règlement préventif. Mais cette considération n’est cependant que théorique puisque l’un des but du règlement préventif est la survie de la société. Or, cet aspect échappe à la société dissoute.

Ce sont ensuite des personnes morales de droit privé. C’est cette précision qui permet d’exclure des procédures collectives et du règlement préventif en particulier, les personnes morales de droit public. Les personnes morales de droit privé ont seul vocation à demander l’ouverture d’une procédure de règlement préventif. Celle-ci ne s’applique pas à l’Etat, aux régions ou aux départements ; aux établissements publics, notamment les universités publiques. Au cas où une personne morale de droit public serait en cessation de paiement, son passif est pris en charge par l’Etat.

Cette énumération appelle quelques observations.

B – LES OBSERVATIONS

Ces observations sont relatives à certaines exclusions (1), puis à l'extension possible de la procédure à d'autres personnes (2).

1 – Les observations tenant à certaines exclusions

En premier lieu, on peut s'interroger sur la justification de l'exclusion des personnes morales de droit public de l'accès aux procédures collectives de manière générale et au règlement préventif à titre particulier. Cela s'expliquerait par l'insaisissabilité de principe des biens des personnes publiques. Mais c'est une approche qu'il faudra nuancer. Le processus de décentralisation en cours dans la majorité des Etats membres de l'OHADA érige les municipalités en personnes morales distinctes de celle de l'Etat. C'est ainsi que le maire agit pour le compte de sa commune et que celle-ci, par l'organe du maire, peut être poursuivi devant les juridictions civiles et commerciales. La commune expose son patrimoine dans le cadre de ses relations avec les tiers. Mais il faut néanmoins reconnaître, à cet égard, que le critère de service public pourrait heurter l'admission d'une commune aux procédures collectives, notamment au règlement préventif.

En second lieu, les professions libérales peuvent-elles être soumises au règlement préventif, voire aux procédures collectives ?

La question n'est pas tranchée. Néanmoins, l'expression « toute personne morale de droit privé non commerçante » appelle la réponse affirmative. Il semble donc possible que les cabinets ou sociétés d'avocats, de notaires, d'experts etc., soient reçues à une telle procédure. Il est vrai que les règles générales posées par l'Acte uniforme sur les procédures collectives rentretrait en concurrence avec les règles spéciales posées par les législations nationales d'organisation de ces professions.

On voit bien, que le règlement préventif, en ce qu'il est porteur de faveurs importantes, couvre très largement les unités commerciales ou les structures assimilées. Le législateur n'a pas voulu restreindre le champ d'application *ratione personae*, son objectif étant de contribuer à l'assainissement de l'espace économique.

Enfin, il y a lieu de souligner que le législateur OHADA semble exclure des procédures collectives et, particulièrement du règlement préventif, les entreprises du secteur informel. Or, celles-ci sont les plus nombreuses dans les Etats membres de l'OHADA. Mais on peut aussi considérer que les dispositions de l'Acte uniforme ont été fixées dans un esprit de stimulation de la formalisation de ces entreprises.

2 – Les observations relatives à l'extension éventuelle de la procédure

Une procédure de règlement préventif ne peut, en principe, être ouverte qu'à l'égard d'un commerçant, personne physique ou personne morale de droit privé, et à sa demande. Mais la jurisprudence avait pour habitude d'étendre, sur le fondement du droit commun, la procédure collective ouverte à l'encontre d'une personne physique

ou morale, à d'autres personnes physiques ou morales au motif qu'elles ont confondues leurs patrimoines ou, en ce qui concerne les personnes morales, que l'une ou plusieurs d'entre elles sont fictives.

Il faut distinguer cette situation au cas où la procédure est étendue aux dirigeants sociaux appelés, à titre personnel, à contribuer aux dettes sociales, en raison des fautes de gestion qu'ils auraient commises.

Cette procédure d'extension présente des intérêts pratiques. En effet, elle permet de soumettre plusieurs sociétés d'un même groupe à la compétence d'un tribunal unique et d'ouvrir une procédure collective même à l'égard de débiteurs qui n'ont pas la qualité de commerçants ou qui n'ont pas cessé leur paiement. Elle permet surtout de retenir une solution unique à travers une même procédure pour plusieurs sociétés d'un même groupe ou, de manière générale, pour plusieurs personnes physiques ou morales en raison de la confusion de leur patrimoine.

Les personnes éligibles devront néanmoins remplir d'autres conditions pour être éligibles à la procédure.

Paragraphe II : Les autres conditions

L'une est relative à la situation économique de l'entreprise, l'autre est liée à l'offre d'un concordat préventif.

A – LA CONDITION ECONOMIQUE

Les candidats à la procédure de règlement préventif ne doivent pas être en cessation de paiement. L'article 261 al. 2 dispose bien qu'il s'agit de toute personne qui « connaît une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise ». En d'autres termes, il s'agirait du débiteur *in bonis* dont l'actif est susceptible de couvrir le passif mais qui connaît des difficultés passagères de règlement. Elles consistent en ce que l'entreprise manque de liquidité pour faire face à ses dépenses immédiates. C'est en raison de ce que, si ces difficultés n'étaient pas levées, il finirait par être en état de cessation des paiements que la mesure préventive lui est ouverte.

Alors que le redressement judiciaire et la liquidation des biens supposent la cessation des paiements, le règlement préventif suppose donc l'absence de cette situation. On observe bien que la ligne de distinction est la cessation des paiements, c'est-à-dire l'insuffisance ou le défaut d'actif disponible pour faire face au passif exigible. Le règlement préventif intervient donc avant la cessation éventuelle des paiements qu'il tend à prévenir et éviter. Mais ici, les difficultés sont plus importantes et nécessitent une intervention plus que ponctuelle du juge.

B – L'OFFRE DE CONCORDAT PREVENTIF

Le concordat est, en quelque sorte, une convention que le débiteur commerçant est appelé à signer avec ses créanciers en vue du traitement des difficultés rencontrées. L'article 7 de l'Acte uniforme dispose bien que le débiteur, lorsqu'il introduit la requête, ou dans les trente jours qui suivent le dépôt de cette requête, doit déposer au président de la juridiction compétente, une offre de concordat préventif.

Le défaut d'une telle offre rend la requête irrecevable. L'offre de concordat indique les mesures et les conditions que le débiteur suggère pour le redressement de l'entreprise. Le contenu de la proposition de concordat est encadré par le législateur. Il doit y figurer :

- Les modalités de continuation de l'entreprise telles que la demande de délais et de remises ; la cession partielle d'actif avec indication précise des biens à céder ; la cession ou la location-gérance d'une branche d'activité formant un fonds de commerce ; la cession ou la location-gérance de la totalité de l'entreprise etc.
- Les personnes qui pourraient être tenues d'exécuter le contrat ; les modalités du maintien de l'entreprise, celles de son financement etc.
- Les licenciements pour motifs économiques qui doivent intervenir dans les conditions prévues au code du travail
- Le remplacement des dirigeants sociaux, le cas échéant.

L'offre de concordat sera soumise, dans la suite de la procédure, à l'acceptation des créanciers et deviendra un concordat. En réalité, le règlement préventif permet l'apurement du passif au moyen d'un concordat.

L'entreprise qui réunit ces conditions est alors apte au règlement préventif et doit se soumettre à la procédure qui y conduit.

Section II : La procédure de mise en œuvre du règlement préventif

Le président du tribunal compétent est au cœur de la procédure. C'est lui qui est saisi par le débiteur pour arbitrer entre ses créanciers et lui en vue de la conclusion d'un accord de règlement de ses dettes appelé concordat préventif contre le bénéfice d'un moratoire. L'exécution de cet accord est également placée sous le contrôle du même juge. Le juge intervient alors aussi bien en amont qu'en aval du processus.

Paragraphe premier : L'intervention judiciaire en amont

En amont, le juge est saisi par une requête émanant du débiteur qu'il examine **(A)**. Il devra, au moyen d'une ordonnance, rendre une décision **(B)**.

A – L'EXAMEN DE LA REQUETE

Dans sa requête, le débiteur expose la situation économique et financière de l'entreprise et présente les perspectives quant à son redressement et à l'apurement de son passif. Le but recherché est de solliciter du président du tribunal qu'il prononce la suspension des poursuites et engage les créanciers à conclure avec lui un concordat de règlement préventif.

Afin de lui permettre d'apprécier quant au fond la demande, le débiteur devra y joindre certaines pièces, datées, signées et certifiées conformes et sincères par lui-même. Il s'agit, notamment, suivant la prévision de l'article 6 de l'acte uniforme, d'un extrait d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier ; des états de synthèse comprenant le bilan, le compte de résultat, un tableau financier des ressources et des emplois ; d'un état de la trésorerie ; de l'état chiffré des créances et des dettes avec indication du nom et du domicile des créanciers et des débiteurs ; de l'état détaillé, actif et passif, des sûretés personnelles et réelles données ou reçues par l'entreprise et ses dirigeants ; de l'inventaire des biens du débiteur avec l'indication des biens mobiliers soumis à revendication par leurs propriétaires et ceux affectés d'une clause de réserve de propriété ; du nombre des travailleurs avec l'indication du montant des salaires et des charges salariales ; du montant du chiffre d'affaire et des bénéfices imposés des trois dernières années ; du nom et de l'adresse des représentants du personnel ; enfin, s'il s'agit d'une personne morale, de la liste des membres solidairement responsables des dettes de celle-ci, avec indication de leurs noms et domiciles ainsi que des noms et domiciles de ses dirigeants. En cas d'empêchement quant à la production de l'un de ces documents, des justifications devront être fournies.

Le dépôt de la requête et des pièces est suivi, au plus tard dans les trente jours suivants, de celui de l'offre de concordat. L'absence du dépôt des propositions concordataires est sanctionnée par l'irrecevabilité de la requête. Le législateur fait obligation au débiteur de produire des pièces lui permettant, sinon de former une opinion sur la situation de l'entreprise, de se rendre compte des intérêts en présence afin de mieux les protéger, ou, à tout le moins, de juger de l'apparente actualité et réalité de la situation présentée par le débiteur.

B – LA DECISION DU PRESIDENT DU TRIBUNAL

La requête qui satisfait aux conditions posées par les articles 2 et suivants de l'Acte uniforme conduit le président du tribunal à rendre une décision qui facilite les négociations entre le débiteur et ses créanciers. Cette décision prévient aussi les poursuites individuelles qu'elle suspend.

La décision de suspension des poursuites individuelles à l'encontre de la société prend la forme d'une ordonnance en raison de ce qu'elle émane du président du tribunal, saisi par voie de requête. Cette décision suspend les procédures déjà introduites et interdit toute procédure nouvelle. Elle est provisoire puisque les poursuites pourront reprendre à la fin de l'opération de redressement ou en cas de

rejet du concordat proposé, à moins que la procédure se poursuive par le redressement judiciaire ou la liquidation des biens.

L'article 9 al. 2 indique que la suspension s'applique aussi bien sur les voies d'exécution que sur les mesures conservatoires. Elle frappe aussi bien les créanciers chirographaires que ceux qui sont munis de privilèges généraux ou spéciaux à l'exception des créances de salaire. Cependant, la mesure de suspension des poursuites ne s'applique pas aux actions tendant à la reconnaissance des droits ou des créances contestées, ni aux actions cambiaires dirigées contre les signataires d'effets de commerce autres que le bénéficiaire de la suspension des poursuites. Enfin, la mesure de suspension interrompt tout délai : déchéance, prescription ou résolution de droits.

Le juge nomme, dans la même décision, un expert qui devra lui soumettre, dans un délai de deux mois, sauf prorogation, un rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise. Le délai de deux mois court à partir de la notification de la décision de suspension des poursuites comportant nomination d'expert dans les huit (8) jours qui suivent sa reddition. Le rapport est déposé, en deux exemplaires, au greffe du tribunal dont l'un est transmis au président et le second au parquet.

Paragraphe II : L'intervention judiciaire en aval

A la suite de cette première phase, commence alors la deuxième. Elle consiste en la saisine du tribunal (**A**) puis dans les suites de la procédure (**B**).

A - LA SAISINE DU TRIBUNAL

Dans les huit jours qui suivent le dépôt du rapport par l'expert, le président du tribunal saisit la « *juridiction compétente* » en convoquant devant elle le débiteur, l'expert rapporteur ainsi que tout créancier qu'il juge utile d'entendre. L'examen du rapport de l'expert échappe à la juridiction présidentielle et est confié au tribunal lui-même.

L'attraction de la discussion du rapport de l'expert et de la concrétisation du concordat devant le tribunal compétent et non devant le président de ce tribunal s'explique par le fait qu'à ce niveau, ce sont les questions touchant au fond qui seront examinées. L'importance de l'enjeu et, parfois, l'âpreté de la discussion autour des intérêts en cause ont conduit le législateur à préférer la saisine de la juridiction du fond.

B - LES SUITES DE LA SAISINE DU TRIBUNAL

A cette audience du tribunal, et à l'examen de la cause, la juridiction saisie peut constater la cessation des paiements. Elle prononce alors d'office et à tout moment le redressement judiciaire ou la liquidation des biens. Mais elle peut constater

également que la situation du débiteur justifie une décision de règlement préventif. Elle homologue alors le concordat en donnant acte aux créanciers des remises effectuées et au débiteur des mesures envisagées pour le redressement de son entreprise. Mais le concordat n'est homologué que lorsque les conditions de validité sont réunies ; ou qu'aucun motif tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public ne paraît de nature à l'empêcher. Il offre de sérieuses possibilités de redressement de l'entreprise et que les délais consentis n'excèdent pas trois ans pour l'ensemble des créanciers et un an pour les créanciers de salaire. La décision homologuant le concordat met fin à la mission de l'expert. Toutefois, le tribunal a la faculté de mettre sous surveillance l'entreprise en nommant un syndic et des contrôleurs chargés de surveiller l'exécution du concordat préventif sous la supervision d'un juge-commissaire également désigné.

Le syndic désigné contrôle l'exécution du concordat et signale tout manquement qu'il constate au juge commissaire. Il rend compte au juge-commissaire tous les trois mois. Ce compte rendu est notifié au débiteur qui dispose d'un délai de quinze jours pour formuler ses observations et contestations éventuelles.

On voit bien que le juge est au centre du règlement préventif de l'entreprise. Il dispose d'un pouvoir étendu d'appréciation et d'action. C'est sous son impulsion et dans la discrétion que les parties s'accordent pour sauver l'entreprise dont les difficultés commencent par se faire sentir. Il est juge de l'usage de l'éventail des mesures mises à sa disposition par le législateur. Il pourra choisir, *in concreto*, de nommer ou non le syndic ou les contrôleurs aux fins d'observer l'entreprise en redressement, sachant, bien entendu, que l'expertise et le contrôle ont un coût qui, à terme, risque de ruiner davantage tout espoir de décollement de l'entreprise.

Cela dit, si la prévention est infructueuse ou inopportune, le législateur autorise des interventions d'ordre curatif.

DEUXIEME PARTIE – LE TRAITEMENT DES DIFFICULTES DE L'ENTREPRISE

Il arrive, bien souvent, que les difficultés de l'entreprise soient telles que toute prévention devienne impossible. Ces difficultés ne sont plus à craindre, c'est-à-dire virtuelles. Elles sont réelles, c'est-à-dire actuelles. L'entreprise devient alors une proie beaucoup plus facile à la merci des créanciers. Ici aussi, le législateur transforme le juge en une force d'interposition, les procédures collectives n'étant ouvertes que sur décision judiciaire. Les règles communes aux procédures judiciaires (**Chapitre premier**) peuvent être isolées des régimes spécifiques à chaque procédure (**Chapitre II**)

CHAPITRE PREMIER – LES REGLES COMMUNES AUX PROCEDURES JUDICIAIRES DE TRAITEMENT DES DIFFICULTES

Il s'agit, en premier lieu, des règles de fond, liées à la cessation des paiements¹⁴ (**Section première**) puis, en second lieu, des règles de procédure (**Section deuxième**)

Section première : Les règles de fond : la cessation de paiement

Il faudra d'abord rechercher le contenu de la notion de cessation des paiements (**Paragraphe premier**) avant d'établir les fonctions qu'elle exerce (**Paragraphe II**).

Paragraphe premier : La notion de cessation des paiements.

La cessation des paiements est l'impossibilité où se trouve le débiteur de faire face à son passif exigible par son actif disponible. Elle n'est pas à confondre avec la situation voisine que constitue l'insolvabilité. La cessation de paiement suppose en effet le non paiement d'une dette certaine, liquide et exigible¹⁵ alors que l'insolvabilité recouvre

¹⁴ En droit français, la loi du 25 janvier 1985 prévoit quatre cas d'ouverture des procédures collectives : la cessation des paiements, le non respect des engagements financiers conclus dans le cadre de l'accord avec l'un de ses créanciers par un débiteur qui a bénéficié d'un règlement amiable (En droit Ohada, le règlement préventif) ; la non-exécution par le locataire gérant de son obligation d'acquérir l'entreprise par voie de cession suivant le plan de cession ; la non-exécution par le débiteur des engagements financiers mis à sa charge par le plan de continuation. Voy. G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, Tome 2, L.G.D.J., 16^{ème} éd. Paris 2000, p. 855, n° 2872. Ces auteurs estiment que chacune de ces situations constitue des cas autonomes d'ouverture des procédures collectives. Mais en réalité, dans la plupart de ces situations, c'est que le débiteur se retrouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible par son actif disponible. On se trouve ainsi dans des espèces de cessation de paiement.

¹⁵ Selon une opinion de la Cour de cassation française, rapportée par F.M. SAWADOGO in op. cit., p. 101 n° 113, pour conduire à la cessation des paiements, la dette ne doit pas être seulement exigible, elle devra être exigé : « le passif à prendre en considération pour caractériser l'état de cessation des paiements est le passif exigible et exigé, dès lors que le créancier est libre de faire crédit au débiteur ». Cass. Com., 28 avril 1998, R.J.D.A., 1998, 773 et s.

l'insuffisance de l'actif (disponible ou non) à répondre du passif (exigible ou non). Cette définition est d'abord jurisprudentielle avant d'être légale. Il était d'abord revenu à la chambre d'accusation de préciser la notion.¹⁶ Critère traditionnel d'ouverture de la procédure collective, la cessation des paiements suppose en elle-même, la réalisation deux conditions : L'exigibilité du passif et l'insuffisance de l'actif disponible.

A - LE PASSIF DOIT ETRE EXIGIBLE

Le passif est considéré comme exigible lorsqu'il n'a pas été payé, alors qu'il aurait dû l'être. Pour que cette condition se réalise, la dette impayée doit être particulièrement caractérisée, peu importe par ailleurs sa nature.

1 – Les caractères de la dette

La dette doit être liquide, c'est-à-dire être évaluée en argent ou résulter d'un titre qui contient cette évaluation.

La dette doit être également exigible, c'est-à-dire échue et, par conséquent, susceptible d'exécution forcée. On ne peut donc pas faire grief à un débiteur de refuser de payer une dette non échue. Mais la dette échue n'est plus exigible s'il intervient un report d'échéance. Le délai de grâce accordé constitue un obstacle à l'ouverture des procédures collectives judiciaires. Mais il ne suffit pas que la dette soit exigible, il faut encore qu'elle soit exigée. La survenance du terme ne suffit pas, à elle seule, à déclencher les procédures. Il faut que la créance soit réclamée. Pour cela, le créancier doit mettre en demeure le débiteur. C'est la mise en demeure qui permet de découvrir la défaillance du débiteur.

Enfin, la dette doit être certaine, c'est-à-dire incontestable et non discutée.

2 – La nature de la dette

Suivant les termes de l'article 25 de l'Acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif, la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens est ouverte, « quelle que soit la nature de la dette ». On en déduit que la dette dont le paiement est échu peut être de nature civile ou commerciale. Cette formulation permet désormais de déclencher l'une ou l'autre de ces procédures à l'occasion du non paiement d'une dette civile comme les impôts ou d'une dette commerciale comme les redevances de la sécurité sociale.

B – L'ACTIF DISPONIBLE DOIT ETRE INSUFFISANT

¹⁶ Com. 14 févr. 1978, D., 1978, Info. rap. 443, note Honorat ; 7 déc. 1983, D., 1984, Info. rap. 280, note Honorat.

On appelle actif disponible, la trésorerie d'une entreprise. Il est constitué des sommes dont l'entreprise peut disposer immédiatement, en raison de ce qu'elles sont liquides ou que leur conversion en liquide pourrait être faite à tout moment. On peut y regrouper les sommes disponibles en caisse, le solde créditeur des comptes bancaires, les effets de commerce ou les valeurs mobilières cotés en bourse etc. L'indisponibilité de l'actif ou son insuffisance peut se manifester de plusieurs manières.

D'abord en cas de cessation matérielle des paiements. Exemples : le débiteur émet des chèques sans provision, accepte des effets qui finissent pas être protestés, ou, cas extrême, ferme son entreprise et disparaît. Dans tous ces cas, le montant de la dette restera impayé. Mais une difficulté accidentelle et temporaire de trésorerie n'est pas caractéristique d'une cessation de paiement. Il appartient au juge, suivant chaque espèce, de déterminer la situation de l'actif. Il caractérisera alors la cessation des paiements à la date du jugement.

Ensuite, l'insuffisance de l'actif ou son indisponibilité peut être induite dans les cas de cessation déguisée des paiements. Le débiteur donne l'impression de faire face à ses échéances alors même que la situation réelle de sa trésorerie est obérée. Il utilise par exemple des moyens frauduleux pour se procurer de la liquidité. Exemple : il vend des marchandises à perte, contracte des emprunts qu'il ne pourra manifestement pas honorer, délivre des effets de complaisance etc.

Afin d'examiner une telle situation, la juridiction compétente est saisie, soit par le débiteur,¹⁷ soit par un créancier,¹⁸ ou d'office, sur la base des informations fournies par le Ministère public, les commissaires au compte, les associés, les institutions représentatives du personnel. Le juge est également saisi lorsqu'un commerçant est décédé en état de cessation de paiement. La saisine a lieu sur déclaration d'un héritier ou sur assignation d'un créancier. Le juge est saisi aussi à la suite de la radiation d'un débiteur du registre de commerce et du crédit mobilier, lorsque la cessation des paiements est antérieure à cette radiation ou en cas de la mention à ce registre du retrait d'un associé tenu indéfiniment et solidairement du passif lorsque la cessation de paiement est antérieure à cette situation. Dans ces cas, la saisine s'effectue d'office ou sur assignation d'un créancier. Dans tous les cas, le juge saisi devra apprécier la réalité de la situation au regard des informations qui lui sont fournies dans certains cas, des délais de leur intervention. Lorsque la cessation des paiements est caractérisée, elle emporte certains effets.

Paragraphe II : Les fonctions de la cessation des paiements

La cessation des paiements permet de faire connaître l'état réel de la trésorerie de l'entreprise. Encore une fois, il ne faut pas confondre la situation de la trésorerie avec la solvabilité de l'entreprise. Celle-ci pourrait bien être solvable mais en état de

¹⁷ Art. 25 à 27 de l'acte uniforme

¹⁸ Art. 28

cessation des paiements. Il suffit que l'actif disponible ne suffise point à satisfaire le passif exigible. Dans bien des cas, la cessation des paiements exprime la situation dans laquelle se trouve une entreprise qui n'est pas en mesure de réaliser à temps ses actifs pour faire face à son passif. La notion d'exigibilité prend ici une dimension importante puisque c'est elle qui détermine à situer si la trésorerie peut faire face aux dettes échues.

L'état de cessation des paiements permet donc de prévenir les risques sérieux d'insolvabilité. Elle autorise à mettre l'entreprise sous surveillance lorsqu'il est permis d'espérer son redressement, ou envisager sa disparition lorsque sa situation est irrémédiablement obérée. Dans tous les cas, elle déclenche un processus judiciaire de protection de tous les intérêts en présence : ce sont les procédures de redressement judiciaire ou de la liquidation des biens.

Section II : Les règles de procédure

Chapitre II : La mise en œuvre des procédures à fin curative : le redressement judiciaire et la liquidation des biens

Procédures fondamentalement judiciaires, collectives en ce qu'elles réunissent les créanciers en une masse dans la vue d'apurer, autant que faire se peut le passif du débiteur en cessation des paiements, le redressement judiciaire et la liquidation des biens ont des caractéristiques communes qu'il convient d'abord d'examiner (**Section première**). Mais ce sera pour mieux relever les sorts spécifiquement réservés à chacune de ces procédures (**Section II**).

Section première : Les caractéristiques communes au redressement judiciaire et à la liquidation des biens

Les caractéristiques communes à ces procédures sont relatives à la saisine de la juridiction compétente, à la décision d'ouverture de la procédure, aux organes ainsi qu'aux effets de la procédure.

Paragraphe premier : La saisine de la juridiction compétente

Plusieurs modes de saisine sont prévus par l'Acte uniforme.

Il s'agit, en premier lieu, de la saisine par le débiteur. Elle a lieu par voie de **déclaration**. Le débiteur saisit alors le tribunal aux fins d'ouverture d'une procédure collective. Sa déclaration écrite doit être déposée au greffe contre récépissé accompagnée des documents prévus pour l'ouverture d'une procédure de règlement préventif. A cette déclaration, devra être également jointe une offre de concordat précisant les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise. Conformément à l'art. 27 de l'AUPC, Les mesures devront porter sur les modalités de continuation de l'entreprise telles que la demande ou l'octroi de délai de grâce et de remises, la cession partielle d'actif avec indication précise des biens à céder, la cession ou la location-gérance d'une branche d'activité formant un fonds de commerce, la cession ou la location-gérance de la totalité de l'entreprise ; les personnes tenues d'exécuter le concordat et l'ensemble des engagements souscrits par elles et nécessaires au redressement de l'entreprise ; les modalités du maintien et du financement de l'entreprise, du règlement du passif antérieurement à la décision d'ouverture, les garanties fournies pour en assurer l'exécution... ; les licenciements pour motifs économiques qui doivent intervenir ; le remplacement des dirigeants etc., la liste n'étant pas exhaustive.

Il s'agit, en deuxième lieu, de la saisine par le créancier : elle intervient par voie d'**assignation**. Le créancier saisissant la juridiction compétente par voie d'assignation précise la nature et le montant de sa créance et indique le titre qui la porte. Quant aux délais, la déclaration faite par le débiteur devra intervenir dans les trente jours de la cessation des paiements et l'offre de concordat au plus tard dans les quinze

jours qui suivent cette déclaration. Il convient de préciser que la saisine du tribunal par un créancier n'est pas entourée de délai, la créance exigible mais non exigée ne devant pas provoquer l'ouverture d'une procédure collective. Seulement, la saisine par voie d'assignation du créancier offre au débiteur la faculté, en défense, de faire la déclaration et la proposition de concordat dans les conditions et délais qui viennent d'être examinées. En revanche, l'ouverture de la procédure contre un débiteur décédé, radié ou retiré en état de cessation des paiements intervient dans le délai d'un an à partir de la survenance de l'événement (art. 30 et 31 de l'acte uniforme).

Il s'agit, enfin, de la saisine d'office par la juridiction compétente. En raison de ce que la santé financière et économique des entreprises intéresse l'ordre public, en ayant des répercussions sociales, la juridiction compétente peut se saisir d'office de l'état d'une entreprise. Elle se saisit à partir de la connaissance personnelle que ses animateurs pourraient avoir de cette situation (journaux, rumeurs, dénonciation de la part des travailleurs etc.) ; ou à partir des informations recueillies auprès des travailleurs. Le président de la juridiction compétente dispose même du pouvoir, au titre de l'article 32 al. 2 de l'Acte uniforme de désigner un juge ou toute personne afin de lui remettre un rapport sur la situation d'une entreprise. Mais si le ministère public ne peut directement saisir la juridiction compétente, la loi met à sa charge de transmettre les informations dont il disposerait au président de cette juridiction afin que celui-ci décide, éventuellement, de se saisir d'office.

La saisine de la juridiction compétente provoque le prononcé de la décision d'ouverture et la mise en place des organes de la procédure.

Paragraphe II : La décision d'ouverture des procédures collectives

Le jugement d'ouverture des procédures collectives d'apurement du passif a pour objectif de déclarer l'état de cessation des paiements du débiteur et de pourvoir aux mesures judiciaires susceptibles de protéger les intérêts des créanciers.

En effet, c'est bien la décision d'ouverture de la procédure collective qui fixe la date de la cessation des paiements et qui détermine la période suspecte à l'intérieur de laquelle certains actes translatifs de propriété sont frappés d'inopposabilité à la masse des créanciers.

C'est également la même décision qui indique la situation du débiteur décédé, radié ou retiré. C'est à la date de la décision que le juge évalue si la situation du débiteur est irrémédiablement compromise ou susceptible d'un redressement judiciaire. Suivant les termes de la loi (art. 34 de l'acte uniforme), la juridiction compétente fixe provisoirement la date de cessation des paiements dans la décision d'ouverture. A défaut, celle-ci est réputée avoir lieu à la date de cette décision. La juridiction saisie a la faculté, au regard des espèces, de faire remonter la date de la cessation des paiements à dix-huit mois de celle du prononcé de la décision d'ouverture. La période qui s'étend du jour de la cessation des paiements à celui du jugement déclaratif est considérée comme la période suspecte.¹⁹ C'est dans le jugement d'ouverture que la juridiction compétente opère le choix de la procédure appropriée. Si la situation de l'entreprise n'était pas irrémédiablement compromise, c'est la procédure de redressement judiciaire qui sera préférée. Dans le cas contraire, c'est la procédure de la liquidation des biens.

C'est pourquoi, dans son dispositif, le jugement qui prononce l'ouverture des procédures collectives constate la cessation des paiements et prononce le redressement judiciaire ou la liquidation des biens (Art. 33 de l'Acte uniforme). Il fixe également, à titre provisoire, la date de la cessation des paiements (art. 34 de l'Acte uniforme). Elle ne peut être antérieure de plus de dix-huit mois au prononcé de la décision d'ouverture. C'est dans cette limite que la cessation des paiements pourra être modifiée jusqu'à l'arrêt de l'état des créances. Mais à défaut par le juge de fixer la date de la cessation des paiements, celle-ci est réputée intervenir à la date de la décision qui la constate. Dans son dispositif, la juridiction compétente nomme un juge-commissaire parmi les juges composant le tribunal. Mais le président ne peut lui-même être désigné juge commissaire que s'il est juge unique. Le même jugement nomme aussi le ou les syndics, sans que leur nombre dépasse trois. Mais si la procédure collective au sens strict a été précédée d'un règlement préventif, l'expert désigné pour le règlement préventif ne peut être nommé en qualité de syndic (art. 59 de l'Acte uniforme). C'est donc le jugement d'ouverture qui institue les organes de la procédure.

¹⁹ Les articles 69 et 69 de l'AUPC déterminent les inopposabilités de droit et celles qui sont facultatives.

Paragraphe III : Les organes de la procédure

On distingue les organes judiciaires d'avec les organes non judiciaires.

A – LES ORGANES JUDICIAIRES

C'est la juridiction compétente, le juge commissaire, et le ministère public.

1 – La juridiction compétente

La juridiction compétente, à laquelle le législateur communautaire fait appel de manière assez vague, est localisée à l'intérieur des Etats à travers, soit le tribunal de première instance, soit le tribunal de grande instance, ou, pour les Etats qui l'ont institué distinctement, le tribunal de commerce. Il s'agit de la juridiction du lieu du siège social. La juridiction compétente a une fonction de haute administration de la procédure. C'est elle qui décide des actes importants cette procédure. Outre le jugement d'ouverture, elle prononce également la clôture de la procédure ; ordonne l'apposition des scellés. Elle nomme et révoque les autres organes de la procédure, notamment le juge-commissaire et le syndic. Elle peut également révoquer les contrôleurs sur proposition du juge commissaire qui procède à leur nomination. La juridiction compétente ordonne la continuation de l'activité en cas de liquidation des biens mais seulement pour les besoins de la liquidation, si cette continuation ne met pas en péril l'intérêt public ou celui des créanciers. C'est elle qui homologue le concordat en cas de redressement judiciaire (art. 127), décide de la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens. Elle centralise et tranche les contestations qui naissent à l'occasion de la procédure (admission de créance, apposition de scellés, recours contre les décisions du juge-commissaire, reddition des compte du syndic, inopposabilités de la période suspecte ; restrictions aux droits des créanciers privilégiés, des propriétaires ou du conjoint ; les sanctions relatives à la faillite personnelle ou l'expansion des procédures collectives aux dirigeants etc.

2 – Le juge-commissaire

Le juge-commissaire veille au déroulement rapide de la procédure et assure la protection des intérêts en présence. Désigné parmi les juges au tribunal, il est placé sous l'autorité de celui-ci.

Il recherche et recueille toutes les informations utiles à la conduite de la procédure et aux décisions appropriées. C'est ainsi qu'il a le droit d'entendre tous les protagonistes de l'environnement de l'entreprise : le débiteur, les dirigeants sociaux, leurs préposés, les créanciers, les conjoints ou les héritiers connus du débiteur décédé en état de cessation de paiement etc. Il a également le droit d'obtenir communication de toutes informations utiles auprès des comptables, des commissaires aux comptes, des organismes publics, des caisses de prévoyance et de

sécurité sociales, les banques et toutes autres institutions dispensatrices de crédit etc. Il établit un rapport sur l'état des contestations à la juridiction compétente.

Le juge-commissaire contrôle l'action du syndic dont il reçoit le rapport. C'est lui qui propose au tribunal le remplacement ou l'adjonction d'une autre personne au syndic. Il peut déterminer les conditions de continuation de l'entreprise, choisir le mode de réalisation des immeubles ; détermine les clauses et conditions auxquelles la vente aura lieu... Il ordonne, s'il y a lieu, la répartition des deniers entre les créanciers, en fixe la quotité et veille à ce que tous les créanciers en soient avertis. En cas de redressement judiciaire, il autorise le syndic à accomplir seul les actes nécessaires à la sauvegarde du patrimoine de l'entreprise au cas où le débiteur ou les dirigeants de la personne morale refusent d'y procéder. Il autorise les licenciements envisagés. Il procède, parmi les créanciers, à la nomination de ceux qui sont chargés de contrôler la procédure. Il peut également ordonner leur révocation et pourvoir à leur remplacement.

Le juge-commissaire prend ces décisions par voie d'ordonnances. Celles-ci peuvent faire l'objet d'un recours devant la juridiction compétente, dans un délai de huit jour à partir de leur prononcé, par déclaration au greffe du tribunal. Le tribunal peut également se saisir d'office.

3 – Le ministère public

En raison de ce que les procédures collectives intéressent l'ordre public et pourraient avoir des répercussions pénales, le ministère public reçoit du juge-commissaire les informations relatives à la procédure. En retour, le juge commissaire reçoit du parquet les renseignements nécessaires à l'administration de la procédure. Il veille particulièrement à l'exécution des sanctions prononcées contre le débiteur ou les dirigeants sociaux. Le ministère public se présente comme la conscience morale de la procédure et le bras armé qui frappera les commerçants mis au ban de leur corps.

B – LES ORGANES NON JUDICIAIRES

Il s'agit du syndic et des contrôleurs.

1 – Le syndic

Le syndic est désigné par le jugement d'ouverture de la procédure. Il peut s'agir d'un syndic unique ou d'un collège de syndics.

Dans le cadre de la liquidation des biens, le rôle fondamental du syndic est de protéger le patrimoine du débiteur. Il procèdera alors à l'apposition des scellés. Il procèdera à l'inventaire des actifs, établira le passif, prendra les mesures conservatoires nécessaires à la protections des intérêts des créanciers ; initiera, à cet

effet, les actions en justice qu'il juge approprier. Il administre les biens du débiteur en procédant au recouvrement des créances de ce dernier. Mais c'est pour mieux liquider l'actif, aux fins d'apurement du passif.

Dans le cas du redressement judiciaire, le syndic ne fait qu'assister le débiteur. Il joue plutôt un rôle de curateur.

Le syndic établit un rapport sommaire sur la situation de l'entreprise, dans le mois de sa désignation, sauf prorogation. Ce rapport est adressé au juge-commissaire. De même, il fait un rapport à l'assemblée des concordataires sur l'état de redressement de l'entreprise en mettant l'accent sur les formalités qui ont été remplies, les opérations qui ont eu lieu ainsi que sur les résultats obtenus pendant la continuation de l'activité.

Lorsque, dans sa mission, le syndic commet une faute civile, il engage sa responsabilité de même nature à l'égard du débiteur, de la masse des créanciers, d'un créancier pris individuellement ou d'un tiers.

Mais il peut engager sa responsabilité pénale si la faute est de cette nature, en vertu du texte de l'article 243 de l'Acte uniforme.

2 – Les contrôleurs

Dans la masse des créanciers, le juge-commissaire désigne un ou plusieurs contrôleurs. Cependant, leur nombre ne doit pas dépasser trois. Il peut s'agir des personnes physiques ou morales. Ils peuvent être choisis respectivement parmi les créanciers munis de sûretés réelles spéciales, mobilières ou immobilières, les représentants du personnel et les créanciers chirographaires.

Les contrôleurs sont chargés de la surveillance et du contrôle de la procédure. Ils procèdent à la vérification de la comptabilité ainsi que l'état de la situation présentée par le débiteur. Ils peuvent demander l'état de la procédure, produire toutes observations appropriées au syndic ou au juge-commissaire. Ils sont consultés sur la continuation de l'activité ou la liquidation des biens.

Paragraphe IV : Les effets de la procédure

L'ouverture des procédures collectives au sens strict produit des effets aussi bien sur le débiteur que sur les créanciers.

A – LES EFFETS SUR LE DÉBITEUR

L'effet le plus important des procédures collectives sur le débiteur est le dessaisissement de ses biens. Il est vrai, d'une part, qu'après le jugement d'ouverture, des mesures conservatoires sont ordonnées par le tribunal, à l'image des scellés que celui-ci fait apposer sur les biens du débiteur auxquelles succède l'inventaire des biens, en vue de leur liquidation éventuelle ou de leur gestion dans la procédure de redressement. Il est aussi vrai, d'autre part, que le législateur communautaire a proscrit la mesure d'incarcération provisoire et préventive à laquelle était soumis le commerçant en état de cessation de paiement.

Le dessaisissement reste donc la mesure essentielle. Il frappe le débiteur dans ces biens. Mais la portée de la mesure varie suivant que l'on est en présence de la liquidation des biens ou du redressement. Dans le premier cas, le syndic est substitué au débiteur et le remplace dans la gestion du patrimoine commercial. Le dessaisissement a alors un effet puissant. En ce qui concerne le redressement judiciaire, le dessaisissement a plutôt un effet relatif. Le syndic assiste le débiteur dans la gestion de ses biens.

Malgré ces effets, il convient de souligner que le dessaisissement ne frappe pas les biens insaisissables ou alimentaires. Sur proposition du syndic, le juge-commissaire pourra autoriser le débiteur à extraire les objets mobiliers nécessaires à l'entretien de sa personne et de sa famille, ainsi que les objets mobiliers nécessaires à l'activité professionnelle du débiteur ou à son entreprise lorsque la continuation de l'activité est autorisée. De même, le juge-commissaire peut ordonner qu'un prélèvement sera effectué sur l'actif en guise de secours alimentaires au profit du débiteur.

Cela dit, les actes accomplis par le débiteur alors qu'il était dessaisi sont inopposables à la masse des créanciers. Le dessaisissement ayant lieu au profit des créanciers constitués dans une masse, ceux-ci, à travers le syndic, se substituent alors au débiteur en ce qui concerne la liquidation des biens et l'assistent en ce qui concerne le redressement judiciaire.

B – LES EFFETS SUR LES CRÉANCIERS

En premier lieu, l'article 72 de l'AUPC décide bien que : « 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 ». Les créanciers sont donc, par l'effet du jugement d'ouverture, constitués en masse, c'est-à-dire en un groupement de personnes, physiques ou morales. Cette masse est constituée par tous les créanciers dont la créance est antérieure à la décision d'ouverture, même si l'exigibilité de cette créance est fixée à une date postérieure à cette décision. Pour les intérêts de la procédure, c'est-à-dire la défense de ceux des créanciers, la masse constitue une

personne morale qui agit par l'organe du syndic. L'admission au sein de la masse est effectuée à l'issue de la procédure de vérification des créances. Chaque créancier est appelé à produire sa créance à partir du jugement d'ouverture, notamment à partir de sa publication. La publication de la décision d'ouverture est assurée au moyen d'insertion dans un journal d'annonce légale et au journal officiel. La production est admise jusqu'au trentième jour qui suit la deuxième insertion.

Le syndic avertit les créanciers connus, c'est-à-dire ceux dont les noms figurent au bilan ou ceux dont les créances ont été inscrites. Cet avertissement intervient au cas où, en dépit de la publication de la décision d'ouverture, ceux-ci ne se seraient pas présentés.

Sauf décision de relevé rendue par le juge commissaire, les créanciers qui n'auraient pas produit leur créance sont frappés de forclusion et, par suite, leurs créances ne sauraient être prises en considération. Les créances produites sont vérifiées et les contestations élevées sont tranchées par le juge-commissaire, les parties non satisfaites pouvant se pourvoir devant le tribunal saisi sur opposition de l'ordonnance du juge-commissaire.

En second lieu, les droits de certains créanciers peuvent souffrir d'une révision par l'effet du jugement d'ouverture. En effet, les droits de ces créanciers pourraient être frappés d'inopposabilité s'ils avaient été consolidés pendant la période suspecte.

La période suspecte est celle qui s'ouvre à partir de la date de la cessation effective des paiements jusqu'à celle de la décision qui la constate. On considère que sentant le naufrage arriver et disposant encore de tous ses pouvoirs à la tête de l'entreprise, le débiteur pouvait bien accomplir des actes d'appauvrissement du patrimoine social au profit de certains créanciers, réels ou fictifs, et aux dépens d'autres. Ce sont les actes accomplis pendant cette période qui sont suspectés de fraude, susceptibles de révocations lorsque l'inopposabilité à l'égard de la masse sera décidée par le juge.

On distingue les inopposabilités de droit de celles qui ne sont que facultatives. Sont inopposables de droits, les actes emportant transmission ou transfert à titre gratuit de propriété, les contrats commutatifs déséquilibrés, les paiements de dettes non échues, les paiements de dettes échues par des procédés anormaux, les sûretés constituées pour la garantie d'une dette antérieure ainsi que l'inscription de sûretés judiciaires conservatoires. Lorsque ces conditions sont réunies, le juge est tenu de décider de l'inopposabilité. En revanche, en ce qui concerne les actes qui ne rentrent pas dans cette catégorie, le juge n'a qu'une faculté. Il peut décider de valider l'acte accompli comme il peut le révoquer. Dans tous les cas, il tiendra compte de ce que l'acte a été accompli pendant la période suspecte ; que le débiteur était au courant de l'état de la cessation des paiements ; qu'enfin, l'acte accompli préjudicie aux droits des autres créanciers.

Après l'exposé sommaire des caractéristiques communes aux procédures collectives au sens strict, il convient, à présent, d'examiner les sorts spécifiques attachés à chacune des procédures.

Section II - Les sorts spécifiques à chacune des procédures

Ces sorts diffèrent, en effet, suivant qu'il s'agit de la procédure de redressement judiciaire (*Paragraphe premier*) ou de la liquidation des biens (*Paragraphe II*).

Paragraphe premier – Les spécificités attachées au redressement judiciaire

Le redressement judiciaire s'inscrit dans une perspective de survie de l'entreprise. Le sort de l'entreprise repose alors sur un acte particulier : le concordat de redressement. Considéré comme une convention conclue entre le débiteur et ses créanciers, et homologué par le tribunal, le concordat de redressement représente le plan de règlement du passif ainsi que du redressement de l'entreprise. C'est un acte juridique collectif, à l'image d'une convention collective de travail, adoptée par une majorité qualifiée de créanciers et homologué par le tribunal.

Il peut être prévu dans le concordat un règlement intégral des créances assortis de délais plus ou moins longs, ou un remboursement partiel immédiat, ou, parfois, la combinaison des deux procédés.

On distingue le concordat ordinaire du concordat comportant une cession d'actif.

En ce qui concerne le concordat ordinaire, on rappelle que la proposition doit être faite avant le jugement d'ouverture. C'est lorsque la juridiction compétente considère que la proposition est sérieuse qu'elle ouvre la procédure de redressement judiciaire. Dans les cas contraires (absence de dépôt des propositions concordataires par le débiteur ou propositions non sérieuses, ou encore retrait des propositions faites par le débiteur) la juridiction compétente prononce l'ouverture de la liquidation des biens ou convertit le redressement judiciaire en liquidation des biens. En vue de permettre au redressement envisagé d'atteindre ses objectifs, le concordat est soumis à un processus spécifique d'élaboration et de ratification. Il s'agit du vote par les créanciers et de l'homologation du concordat par la juridiction compétente.

Le vote intervient à la suite de l'accomplissement des formalités de publicités des propositions concordataires déposées par le débiteur. Il est procédé à cette publicité dans les journaux d'annonce légale. Les créanciers dont les créances sont reconnues ou admises, chirographaires ou munis de sûretés sont invités à l'assemblée des créanciers convoquée par la juridiction saisie. Il s'agit bien des créanciers dans la masse, c'est-à-dire ceux dont les créances sont antérieures au jugement d'ouverture. Le vote du concordat est obtenu à la majorité au si bien du nombre des créanciers présents que du montant total des créances. Il s'agit donc d'une double majorité. Si aucune des majorités requises n'est obtenue, le concordat est rejeté et la juridiction compétente en prend acte et ouvre la liquidation des biens. Mais si seule l'une des majorités est obtenue, une nouvelle assemblée des créanciers est convoquée dans la huitaine.

Ce n'est qu'après le vote des créanciers que la juridiction saisie homologue le concordat, après avoir vérifié sa régularité.

Le concordat comportant une cession d'actif suit la même procédure mais avec l'indication préalable des actifs à céder ainsi que leur évaluation.

Avec l'homologation du concordat, il est mis fin à la procédure de redressement judiciaire. Le débiteur retrouve la direction de son entreprise ou de ses activités et les créanciers, l'initiative des poursuites individuelles. Ils devront cependant se conformer au respect des délais consentis et des remises accordées. Le syndic termine sa mission avec le rapport qu'il dépose au juge-commissaire et celui-ci met également fin à sa mission.

Le concordat disparaît soit avec sa complète exécution, soit avec son annulation ou sa résolution. L'annulation intervient pour cause de dol alors que la résolution a lieu, soit en cas d'inexécution par le débiteur de ses engagements, soit en raison de ce que ce débiteur est frappé de l'interdiction d'exercer une activité commerciale, ou, s'agissant d'une personne morale, lorsque les dirigeants sont frappés d'une interdiction de gérer, de diriger ou d'administrer une entreprise.

Outre le concordat, la procédure de redressement pourrait être interrompue ou clôturée en raison de l'extinction du passif. Il peut arriver, en effet, qu'en cours de procédure, le débiteur trouve des ressources et honore ses engagements. Le syndic établit alors l'existence de ses ressources et assiste le débiteur dans le règlement de ses créanciers. Dans tous les cas, lorsque, avant le terme de la procédure, il n'existe plus de créance exigible, ou que des consignations aient été effectuées à la caisse des dépôt et consignations pour régler, à terme, ses créances, la juridiction compétente rend la décision de clôture pour extinction du passif.

Paragraphe II : Les spécificités attachées à la liquidation des biens

La liquidation des biens prépare la disparition de l'entreprise. Elle peut être ouverte, ab initio, par le jugement d'ouverture, ou par conversion du redressement judiciaire. Dans tous les cas, elle met les créanciers en état d'union (**A**), la clôture pouvant intervenir pour insuffisance d'actif (**B**).

A – L'UNION

L'union est le regroupement des créanciers consécutif à la décision de la liquidation des biens. Le but poursuivi est la réalisation de l'actif en vue de l'apurement du passif. Sous la conduite du syndic, la surveillance des contrôleurs et le contrôle du juge-commissaire, chacune des phases est exécutée dans l'intérêt des créanciers. La sauvegarde de l'entreprise ne constitue plus un enjeu.

En ce qui concerne la réalisation de l'actif, elle porte essentiellement sur les meubles mais intéresse aussi des immeubles. La réalisation peut être perçue comme une voie d'exécution concertée. Le syndic poursuit, à sa seule initiative, la réalisation des actifs. Il a ainsi le pouvoir d'engager ou d'accepter des compromis et de transiger si des contestations naissent au sujet des actions engagées. Le syndic a également le pouvoir, sur autorisation du juge-commissaire, de lever les charges qui pèseraient sur certains biens exposés aux garanties. C'est ainsi qu'il peut choisir de payer le créancier gagiste pour libérer au profit de la masse des créanciers, le bien servant à la garantie. Mais il n'effectuera ce choix que si le bien servant a une valeur substantiellement supérieure à la dette à l'égard de ce créancier. Le créancier gagiste ou nanti reprendra cependant son initiative à la poursuite individuelle, à charge d'en rendre compte au syndic, si, dans le délai de trois mois à compter de la décision de la liquidation des biens, celui-ci n'a pas retiré le gage ou le nantissement ou entrepris une procédure de réalisation appropriée.

En ce qui concerne l'apurement du passif, elle consiste à satisfaire les créanciers. Mais il serait illusoire, particulièrement en ce qui concerne la liquidation des biens, d'espérer que chaque créancier soit complètement satisfait. En réalité, les créanciers sont réglés, dans la mesure du possible, jusqu'à l'épuisement total des actifs réalisés. Le montant des actifs réalisés est réparti entre tous les créanciers. Mais compte tenu des modalités de distribution relatives à l'ordre des créanciers, certains pourraient ne rien recevoir. Il faut souligner cependant que les actifs ne sont répartis qu'après distraction du montant des frais et dépens de la liquidation, notamment, des honoraires du syndic ainsi que du secours accordé au débiteur et à sa famille pour des raisons alimentaires. C'est le juge commissaire qui ordonne la répartition des deniers entre les créanciers en fixant la quotité. Il veille surtout que tous les créanciers soient avertis.

Lorsque la répartition est ordonnée, il revient au syndic d'adresser à chaque créancier un chèque en règlement de son dividende. Périodiquement (une fois par semestre) le syndic dresse un rapport sur l'état de la liquidation. Ce rapport est adressé au juge commissaire.

A la fin des opérations de liquidation, le syndic procède à la reddition des comptes au juge commissaire, en présence du débiteur. Le procès-verbal de compte rendu est communiqué à la juridiction compétente qui prononce la clôture de la liquidation. La décision qui clôture les opérations aura tranché les contestations éventuelles. L'union est alors dissoute de plein droit ainsi que les organes de la procédure. Les créanciers recouvrent leur droit de poursuite individuelle. La décision de clôture est publiée au journal officiel, dans les journaux d'annonces légales et par toutes voies appropriées. Mais la clôture de la procédure peut intervenir de manière prématurée, pour insuffisance d'actif.

B – LA CLOTURE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF

La clôture pour insuffisance d'actif intervient, selon l'article 173 de l'Acte uniforme, si les fonds manquent entretenir et terminer les opérations de la liquidation. Il semble bien que le législateur vise ici la situation d'extrême difficulté de l'entreprise qui ne permet point à celle-ci de faire face même aux frais et dépens que génère la liquidation. Sur les observations dans ce sens du syndic ou à la demande de toute personne intéressée, la juridiction compétente prononce, à tout moment, la clôture pour insuffisance d'actif.

Comme dans le cas précédent, la décision de clôture met fin aux opérations et aux fonctions des organes désignés par le jugement de clôture.

Les créanciers recouvrent leur droit de poursuite individuelle. Leurs créances ayant été admises, ils tiennent un titre exécutoire qu'ils peuvent mettre à exécution lorsque, conformément à leur espérance, le débiteur recouvre une meilleure santé financière. D'autant que lorsqu'il est postérieurement justifié que des fonds nécessaires à la procédure ont été rassemblés ou consignés, la décision de clôture pourra être rapportée à la demande du débiteur ou de toute personne intéressée. On peut donc retenir que, dans le cas de la clôture pour insuffisance d'actif, la décision n'est que provisoire.

CONCLUSION

A l'examen du contenu du droit positif sur les procédures collectives d'apurement du passif, il se dégage que le juge est le principal acteur des soins à apporter à une entreprise en difficulté. Il capte dans son office les intérêts en jeu qu'il manage et dispense au profit des parties en conflit ou en attente de l'être. Afin de mieux encadrer les intérêts en présence, il reçoit du législateur de larges pouvoirs dont la puissance se mesure à la nature juridique des voies de recours prévues ainsi qu'à leur délai d'exercice.

En effet, suivant la force que le législateur entend accorder aux pouvoirs du juge, la censure de l'acte fait l'objet de disposition souple ou rigoureuse. Si la disposition est souple, la décision judiciaire pourra faire l'objet de tous les recours ordinaires dans les formes légales et délais de droit commun. Si la disposition est rigoureuse, la décision judiciaire a plus de puissance, puisque le législateur aura fermé certaines voies de recours ou restreint les délais. En matière de procédures collectives, les décisions judiciaires sont à ranger dans la seconde branche de l'option.

Aussi, en matière de règlement préventif, la décision qui ordonne la suspension des poursuites est-elle insusceptible de recours (art. 22).²⁰ En matière de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, les décisions du juge-commissaires ne sont susceptibles que de l'opposition, par voie de déclaration au greffe, dans un délai de huit jours à partir de leur notification (art. 40) ; la décision de licenciement est susceptible d'opposition dans le délai de quinze jours de leur notification devant la juridiction qui a ouvert la procédure. La décision sur opposition est par ailleurs insusceptible d'appel (art. 111 AUPC) ; la décision d'ouverture peut être cependant frappée d'appel.²¹

Mais le juge devra savoir, au regard de chaque espèce, puiser les ressources juridiques nécessaires pour sauvegarder l'intérêt des parties voire de la société. L'octroi complaisant de délai de grâce peut générer, à la chaîne, la cessation des paiements des créanciers du bénéficiaire, eux-mêmes tenus par des échéances. La multiplication exagérée du nombre des syndics, des experts peut compromettre les chances de survie de la société et mettre en péril celles de recouvrement des créanciers.

Il convient de souligner que l'étendue des pouvoirs judiciaires permet à la juridiction compétente de prescrire des sanctions à l'encontre des dirigeants sociaux. Parmi celles-ci, certaines ont une nature patrimoniale. Il s'agit d'abord de l'action en comblement du passif. Cette action, de nature civile, est orientée contre le dirigeant qui, par son fait, aura accompli des actes qui ont conduits l'entreprise dans l'état de cessation des paiements. L'action en comblement du passif est accueillie par la juridiction saisie de la procédure de redressement ou de la liquidation des biens. Elle est introduite par le syndic et peut atteindre les dirigeants sociaux, en fonction ou ceux qui ont déjà cessé leur fonction. Il s'agit ensuite de l'extension de la procédure collective aux dirigeants sociaux. En réalité, il ne s'agit pas de l'extension de la procédure déjà engagée à ces dirigeants mais plutôt de l'ouverture d'autres procédures collectives contre l'un ou l'autre de ces dirigeants. A l'occasion de ces procédures, les créanciers de l'entreprise sont admis à produire leur créance. Des restrictions peuvent être également prononcées à l'égard des droits de certains associés dont le comportement a pu nuire à l'activité. Ces associés pourraient même perdre la qualité d'associé. Il peut également être prononcé contre le débiteur personne physique commerçante la faillite personnelle. C'est une sanction de nature extrapatrimoniale. Elle frappe obligatoirement le commerçant ou le dirigeant de la personne morale lorsque celui-ci a soustrait, détourné ou dissipé une partie des actifs de l'entreprise ou reconnu des dettes fictives ; lorsqu'il a exercé l'activité dans son intérêt personnelle, soit par personne interposée, soit sous le couvert d'une personne morale ; lorsqu'il a usé du crédit ou des biens de la personne morale

²⁰ Cette décision a la nature juridique de décision préparatoire, en tout cas, rendue en vertu de l'imperium.

²¹ L'acte uniforme est resté muet sur le délai de cette voie de recours, l'article 33 alinéa dernier se contentant d'indiquer que « la décision (d'ouverture) est susceptible d'appel ». On peut déduire de son silence qu'il renvoie au délai de droit commun. Cette position tranche avec l'esprit de célérité qui l'a toujours caractérisé et qui résulte de la matière traitée.

comme de ses biens propres ; lorsque par dol, il a obtenu un concordat annulé par la suite, dans tous les cas de manœuvres ou de fraude etc. La faillite a pour effet l'interdiction de gérer, de diriger, d'administrer ou de contrôler une entreprise commerciale. Elle comporte aussi, à titre accessoire, l'interdiction d'exercer une fonction publique élective ou d'être électeur pour ladite fonction ; l'interdiction d'exercer une fonction administrative, judiciaire ou de représentation professionnelle etc. La faillite personnelle prend fin par la réhabilitation. Mais des sanctions de nature pénale peuvent également être prononcées : il s'agit de la banqueroute et des infractions assimilées à la banqueroute.

En définitive, le juge devient, à travers l'AUPC²² un acteur a posteriori du système économique, ses décisions ayant un impact certain sur le crédit et les affaires.

Abidjan, les 1^{er}-6 décembre 2008.

J. DJOGBENOU

²² Outre l'acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif, ceux relatifs aux procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, au droit des sociétés commerciales et du GIE et au droit commercial général font du juge un témoin privilégié et un maillon essentiel de l'environnement économique des Etats de l'espace OHADA.