

L'ACTE UNIFORME PORTANT ORGANISATION DES PROCEDURES COLLECTIVES D'APUREMENT DU PASSIF

Par Filiga Michel SAWADOGO

Agrégé des Facultés de Droit, Professeur titulaire, Université de Ouagadougou

Introduction n° 1 à 5

**PREMIERE PARTIE : LA PREVENTION DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES
n° 6 à 21.**

Chapitre I : La procédure d'alerte n° 7 à 14.

**Section I : Le préalable : la connaissance des causes et des manifestations des
difficultés des entreprises n° 8 à 10.**

§ I : Les causes des difficultés des entreprises n° 8.

§ II : Les manifestations des difficultés des entreprises n° 9 et 10.

Section II : La mise en oeuvre de l'alerte n° 11 à 14.

§ I : L'alerte par le commissaire aux comptes n° 12 et 13.

A. Dans les sociétés autres que les sociétés anonymes n° 12.

B. Dans les sociétés anonymes n° 13.

§ II : L'alerte par les associés n° 14.

Chapitre II : Le règlement préventif n° 15 à 21.

Section I : La phase préparatoire au règlement préventif n° 16 à 18.

§ I : La requête et l'offre de concordat préventif n° 16.

**§ II : La décision de suspension des poursuites et de désignation d'un
expert n° 17 et 18.**

**Section II : La phase de l'aboutissement : la formation et les effets du règlement
préventif n° 19 à 21**

§ I : La décision relative à l'homologation du concordat n° 19

§ II : Les effets de l'homologation du concordat préventif n° 20 et 21.

**DEUXIEME PARTIE : LE TRAITEMENT DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES
n° 22 à 79.**

**Titre I : Les conditions d'ouverture et les organes des procédures de traitement n° 23 à
38.**

Chapitre I : Les conditions d'ouverture n° 24 à 29.

Section I : Les conditions de fond n° 24 et 25.

§ I : La condition juridique : la qualité du justiciable n° 24.

§ II : La condition économique : la cessation des paiements n° 25.

Section II : La condition de forme ou de procédure n° 26 à 29.

§ I : L'actualité de la « faillite de fait » n° 26.

§ II : Les règles de compétence et de saisine n° 27 et 28.

§ III : Les règles relatives au jugement d'ouverture n° 29.

Chapitre II : Les organes de la procédure n° 30 à 38.

Section I : Les organes judiciaires n° 30 à 34.

§ I : La juridiction compétente n° 31.

§ II : Le juge-commissaire n° 32.

§ III : Le ministère public n° 33 et 34.

Section II : L'organe ambivalent : le syndic n° 35 à 37.

§ I : Le statut n° 35 bis.

§ II : La fonction n° 36

§ III : La responsabilité n° 37

Section II : Les organes des créanciers n° 38.

Titre II : Les effets de la procédure sur le débiteur et sur les créanciers n° 39 à 70.

Chapitre I : Les effets de la procédure collective sur le débiteur n° 39 à 53.

Section I : Les mesures conservatoires et les mesures tendant à connaître l'actif du débiteur n° 39 à 41

§I : Les mesures conservatoires n° 40.

§II : Les mesures tendant à connaître l'actif n° 41.

Section II : Les mesures tendant à l'administration des biens du débiteur : le dessaisissement n° 42 à 53

§I - La nature et le domaine du dessaisissement n° 43 et 44.

A. La nature du dessaisissement n° 43.

B. Le domaine du dessaisissement n° 44.

§II - Les limites au dessaisissement n° 45 et 46.

A. Les limites relatives aux biens et d'ordre procédural n° 45.

B. Les limites relatives aux actes n° 46.

§III - Les effets du dessaisissement n° 47 à 53.

A. Les effets négatifs : l'inopposabilité à la masse n° 47.

B. Les effets positifs : "l'ensainement" de la masse n° 48 à 53.

1. L'assistance du débiteur dans le règlement judiciaire n° 49

2. La représentation du débiteur dans la liquidation des biens n° 50

3. Le sort des contrats en cours n° 51 et 52.

4. Le recours à la location-gérance n° 53

Chapitre II - Les effets de la procédure collective sur les créanciers n° 54 à 70.

Section I : La masse et les créanciers qui la composent n° 54 à 59.

§I - La structure de la masse n° 55 et 56.

A. La notion de masse n° 55.

B. L'uniformisation de la condition juridique des créanciers n° 56

§II - L'admission effective dans la masse : la procédure de vérification des créances n° 57 à 59.

1. La production n° 57.

2. La vérification n° 58.

3. L'admission n° 59.

Section II : La révision des droits des créanciers n° 60 à 62.

§I - Les inopposabilités de la période suspecte n° 60 à 62.

A. Observations générales n° 60.

B. Les cas d'inopposabilité n° 61.

C. Les effets des inopposabilités n° 62.

§II - Les modifications des droits réels et de préférence constitués sans fraude avant le dessaisissement n° 63 et 64

A. Le régime des actions en revendication n° 63

B. Les droits du conjoint du débiteur n° 64.

Section III : Les différentes catégories de créanciers et leurs droits n° 65 à 70

§I - La classification générale fondée sur la date de naissance de la créance n° 66 à 66 ter.

A. Les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture n° 66 bis.

B. Les créanciers postérieurs au jugement d'ouverture n° 66 ter.

§ II : Les créanciers dans la masse n° 67

§ III : L'ordre de paiement des créanciers n° 68 à 70

A. L'ordre en matière immobilière n° 69.

B. L'ordre en matière mobilière n° 70.

Titre III : Les solutions des procédures collectives n° 71 à 79

Chapitre I : Les solutions de survie de l'entreprise n° 72 à 76.

Section I : Le concordat n° 72 à

§ I : La formation du concordat n° 73.

§ 2 : Les effets du concordat n° 74.

§ 3 : La disparition du concordat. n° 75.

Section I : La clôture pour extinction du passif n° 76.

Chapitre II : Les solutions entraînant la disparition de l'entreprise n° 77 à 79.

Section I : L'union n° 78

Section I : La clôture pour insuffisance d'actif n° 79

TROISIEME PARTIE : LES SANCTIONS DANS LE CADRE DES PROCEDURES COLLECTIVES n° 80 à 92

Chapitre I : Les sanctions civiles et commerciales n° 81 à 84

Section I : Les sanctions à caractère patrimonial n° 81 à 84.

§ I : L'obligation de combler le passif social n° 82.

§ II : L'extension de la procédure n° 83.

§ Les restrictions frappant les droits sociaux des dirigeants n° 84.

Section II : Les sanctions à caractère extrapatrimonial : la faillite personnelle n° 85 et 86.

§ I : Le champ d'application n° 85.

§ II : Les effets et la fin de la faillite personnelle n° 86.

Chapitre II : Les sanctions pénales n° 87 à 92.

Section I : La banqueroute proprement dite n° 88 à 90.

§ I : Les cas de banqueroute simple n° 89.

§ II : Les cas de banqueroute frauduleuse n° 90.

Section II : Les infractions assimilées aux banqueroutes n° 91 à 92.

§ I : Les infractions assimilées à la banqueroute simple n° 91.

§ II : Les infractions assimilées à la banqueroute frauduleuse n° 92.

Conclusion n° 93

BIBLIOGRAPHIE : [www/ohada.com/biblio.php](http://www.ohada.com/biblio.php). Mots clés : Procédures collectives.

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

Introduction

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

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

Dans ce sens, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC), adopté à Libreville le 10 avril 1998 et en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1999³, vient réformer et remplacer la législation en vigueur en matière de procédures collectives dans les Etats signataires du Traité pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique⁴, Traité adopté à Port-Louis, Ile Maurice, le 17 octobre 1993. En la forme, cet acte uniforme comprend 258 articles regroupés en 8 titres d'inégale dimension⁵. Au fond, il met en place trois procédures : le règlement préventif (RP) avant la cessation des paiements et qui constitue à ce titre l'une des pièces maîtresses de la prévention ; le redressement judiciaire (RJ) et la liquidation des biens (LB) après la cessation des paiements visant le sauvetage de l'entreprise ou sa liquidation⁶.

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

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

² Droit des affaires, Tome 2 : Entreprises en difficultés, redressement judiciaire, faillite, Economica, 8e éd., 2001, n° 1031.

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

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

⁵ Titre préliminaire (articles 1 à 4) ;

Titre I : Règlement préventif (articles 5 à 24) ;

Titre II : Redressement judiciaire et liquidation des biens (articles 25 à 193) ;

Titre III : Faillite personnelle et réhabilitation (articles 194 à 215) ;

Titre IV : Voies de recours (articles 216 à 225) ;

Titre V : Banqueroute et autres infractions (articles 226 à 246) ;

Titre VI : Procédures collectives internationales (articles 247 à 256) ;

Titre VII : Dispositions finales (articles 257 à 259).

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

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

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

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

Le troisième trait caractéristique réside dans l'**intervention judiciaire** : dans les Etats parties au Traité de l'OHADA, c'est le tribunal de première instance⁷ ou de grande instance, ou le tribunal de commerce, ou encore le tribunal régional pour le Sénégal, qui a reçu compétence en la matière sans distinction suivant la qualité du justiciable. L'AUPC préfère, par prudence, faire état, vaguement, de juridiction compétente en matière commerciale. En France, suivant la qualité de commerçant ou non du justiciable, compétence est dévolue au tribunal de commerce ou au tribunal de grande instance. L'intervention judiciaire est essentielle dans le domaine des procédures collectives : elle est destinée à protéger les intérêts en présence et à assurer l'efficacité et la moralité des procédures ; son intensité varie suivant qu'il y a ou non cessation des paiements et suivant qu'il s'agit du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens.

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

3- Concernant les objectifs, les procédures collectives en poursuivent classiquement trois.

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

Il s'agit ensuite de **punir et d'éliminer le commerçant** qui n'honore pas ses engagements. Cet aspect n'est pas à négliger lorsque l'on considère le caractère dissuasif de la

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

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

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

punition, sa contribution à l'assainissement des professions commerciales et au paiement des créanciers.

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

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

4- L'AUPC a été adopté en tenant compte principalement :

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

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

De l'évolution historique, l'on peut tirer les enseignements suivants : le balancement entre la frénésie à légiférer observée en France¹² ou l'immobilisme caractérisant la plupart des

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

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

¹² Cette histoire mouvementée du droit des procédures collectives amène à conclure à une relative incapacité du droit à juguler les difficultés des entreprises et à assurer un paiement satisfaisant des créanciers. Dans ce sens, un auteur trouve utile d'attirer « l'attention sur la nécessaire modestie que doit ressentir le juriste face aux problèmes économiques ; si la législation ou la réglementation peuvent favoriser ou au contraire gêner une tendance profonde de l'économie, il est douteux qu'elles puissent renverser cette tendance ou en provoquer une

Etats africains ; la primauté de l'objectif de redressement de l'entreprise sur celui de paiement des créanciers, avec cependant une tendance récente au rééquilibrage en faveur des créanciers ; l'élargissement du champ d'application *in personam* des procédures collectives ; une terminologie flottante ou équivoque ; et, surtout, la naissance du droit des entreprises en difficulté ¹³.

5- De l'intitulé de l'AUPC et de ses articles 1^{er} et 2, il ressort explicitement que toutes les procédures instituées visent l'apurement du passif, ce qui autorise à penser que l'AUPC accorde la priorité au paiement des créanciers par rapport au redressement de l'entreprise. Mais celui-ci est loin d'être négligé puisque deux des trois procédures, en l'occurrence le règlement préventif et le redressement judiciaire, visent sa réalisation ¹⁴.

Tableau comparatif des conditions d'ouverture des trois procédures

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

Finalement, l'on peut étudier le contenu de l'Acte uniforme en abordant, d'une part, la prévention des difficultés des entreprises, d'autre part leur traitement avant de terminer par les sanctions applicables aux débiteurs et/ou aux dirigeants de personnes morales, qui peuvent contribuer à la réalisation des deux objectifs principaux des procédures collectives ¹⁵.

autre » (Liénard A., Nouvelles propositions pour réformer la loi du 25 janvier 1985, Revue des procédures collectives, n° 1993- 3, p. 377).

¹³ Nguihe Kanté P., Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, Annales de la faculté de sciences juridiques et politiques de l'Université de Dschang, tome 5, 2001, p. 87 à 103. L'auteur propose un critère précoce et extensif de la notion d'entreprise en difficulté à même de donner une vision des différentes catégories d'entreprises en difficulté au lieu de se contenter du critère classique de la cessation des paiements.

¹⁴ Sur les procédures prévues par l'Acte uniforme, voy. Issa-Sayegh J., Présentation de l'Acte uniforme de l'OHADA sur les procédures collectives d'apurement du passif, op. cit.

¹⁵ Pour un aperçu sur la rare littérature relative aux procédures collectives OHADA, voy. :

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

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

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

- Kacou Alain, Le nouveau droit des procédures collectives, Communication au 1^{er} Colloque de l'Association ivoirienne Henri Capitant (Abidjan, 2 avril 2001) sur « Le nouvel environnement juridique des entreprises dans la zone franc. Quel bilan ? Actes du colloque, p. 140 et s. ;

- Kanté Alassane, Réflexions sur le principe de l'égalité entre les créanciers dans le droit des procédures d'apurement du passif (OHADA), Revue EDJA, n° 52, janvier-février-mars 2002, p. 50 ;

-Makanda Lise Nadine, La liquidation des entreprises publiques en droit camerounais, Penant n° 835, janvier-avril 2001 ;

PREMIERE PARTIE : LA PREVENTION DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES

6- L'on a coutume de dire, à juste titre, que « mieux vaut prévenir que guérir ». Cette vieille sagesse populaire est particulièrement vraie pour les entreprises en difficulté où l'intervention tardive risque d'être totalement inefficace, comme le médecin après la mort pour les personnes physiques. Prévenir, selon le professeur Yves Chaput, « c'est avant tout amener les dirigeants à prendre conscience de la situation actuelle et de l'évolution de l'entreprise. C'est ensuite mettre en place des mécanismes d'alerte, voire de règlement amiable des difficultés naissantes lorsque l'évolution défavorable se confirme »¹⁶.

Malgré son importance avérée ¹⁷, la prévention, qui se situe avant la cessation des paiements, n'appelle pas les mêmes développements que le traitement parce qu'elle est placée sous le signe de la liberté de gestion reconnue aux chefs d'entreprises.

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

¹⁶ Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises, PUF, 1986, n° 2.

¹⁷ L'attention doit être attirée sur l'importance de la prévention des difficultés des entreprises du fait des faibles performances enregistrées par « les mesures curatives » intervenant après la cessation des paiements qui tend à caractériser une situation irrémédiablement compromise.

CHAPITRE I : LA PROCEDURE D'ALERTE

7- Il apparaît, au moins au premier abord, que la mise en oeuvre de l'alerte implique la connaissance des causes et des manifestations des difficultés des entreprises¹⁸.

Section I : Le préalable : la connaissance des causes et des manifestations des difficultés des entreprises

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

§ I : Les causes des difficultés des entreprises

8- S'agissant des causes, elles sont susceptibles d'être classées de multiples façons : causes internes et externes, causes accidentelles et non accidentelles, causes structurelles et conjoncturelles, causes juridiques et non juridiques. Une autre possibilité est le regroupement autour de quatre catégories d'inégale importance sur le plan statistique. Ce sont :

- les causes liées à l'exploitation et à la gestion de l'entreprise comme : la comptabilité non tenue, mal tenue ou non élaborée ; le personnel pléthorique ou les avantages salariaux exorbitants ; les dépenses somptuaires (voitures et locaux luxueux, cadeaux importants) ; l'inadaptation de la politique commerciale ; l'insuffisance des fonds propres ou des investissements ; la confusion patrimoniale ; l'incapacité, l'incompétence, l'incurie ou la mauvaise gestion des dirigeants ;
- les causes liées à l'évolution de l'environnement et de la conjoncture internationale : il en est ainsi en cas d'accroissement de la concurrence, de transformation des facteurs locaux de commercialité, d'accroissement du coût des inputs, de modification de la réglementation dans un sens défavorable, de défaillance d'un partenaire important (débiteur principal, personne cautionnée, fournisseur, client) ;
- les causes purement accidentelles, comme le décès d'un dirigeant influent, le sinistre non couvert par une assurance adéquate, les malversations, les grèves longues ou répétées ou la baisse de la productivité du travail ;
- les causes d'ordre juridique, comme l'inadéquation de la forme juridique choisie et, d'une manière générale, la non-maîtrise des questions d'ordre juridique que l'on pourrait résoudre par un audit juridique.

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

§ II : Les manifestations des difficultés des entreprises

9- Pour ce qui est des manifestations des difficultés, appelées signes ou clignotants, l'on relève leur diversité et leur relativité. En effet, les signes ou clignotants peuvent se manifester à travers, par exemple, le report renouvelé de l'échéance d'un effet de commerce, la notification d'un protêt pour non-paiement d'un effet de commerce ou d'un chèque, l'achat en vue de la revente au-dessous du cours, le non-paiement des impôts ou des cotisations sociales depuis un certain temps, la non convocation ou la non tenue dans les délais des réunions des organes, le refus de certification des comptes par le commissaire aux comptes ou le refus d'approbation de ceux-ci par l'assemblée des actionnaires, le licenciement d'un nombre important de travailleurs, la perte d'une part importante du capital social ou des fonds propres, la réalisation

¹⁸ Voy., sur le droit OHADA de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises, notre ouvrage précité publié par Bruylant, n° 30 et s.

de trois exercices déficitaires, la diminution du crédit fournisseurs et/ou du crédit clients, la vente d'immobilisations ou de stocks de matières premières, le départ volontaire de cadres ou de dirigeants influents, le non-renouvellement de contrats importants arrivés à expiration, la perte d'une position dominante, la maladie ou la mort d'un dirigeant influent.

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

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

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

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

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

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

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

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

Section II : La mise en oeuvre de l'alerte

11- A l'imitation de la France, la procédure d'alerte n'est pas prévue par l'AUPC mais plutôt par celui relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUDSC) dans ses articles 150 à 158¹⁹, ce qui, bien entendu, exclut les entreprises individuelles²⁰.

L'alerte a pour but de mettre les dirigeants sociaux face à leur responsabilité. Elle intervient ou doit intervenir lorsque se produisent un ou plusieurs faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. L'AUPC distingue selon que l'alerte est donnée par le commissaire aux comptes ou par les associés et selon qu'il s'agit de sociétés anonymes (SA) ou de sociétés revêtant d'autres formes juridiques.

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

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

A- Dans les sociétés autres que les sociétés anonymes

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

B- Dans les sociétés anonymes

13- S'agissant des sociétés anonymes, il faut mentionner les particularités suivantes : la demande d'explication est adressée au président du conseil d'administration, au président-directeur général (PDG) ou à l'administrateur général. A défaut de réponse ou si celle-ci n'est pas satisfaisante, le commissaire aux comptes invite, selon le cas, le président du conseil d'administration ou le P.D.G. à faire délibérer le conseil d'administration ou l'administrateur général à se prononcer sur les faits relevés. Dans les 15 jours qui suivent la réception de la lettre du commissaire aux comptes doit être convoqué le conseil d'administration en vue de délibérer sur les faits relevés ou doit être tenue la séance au cours de laquelle l'administrateur général se prononce sur les faits relevés. En cas d'inobservation des dispositions légales ou si la continuité d'exploitation demeure compromise, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial qui est présenté à la prochaine assemblée générale ou, en cas d'urgence, à une assemblée générale qu'il convoque lui-même.

¹⁹ Ces articles forment le titre IV du livre 2 (fonctionnement de la société commerciale) de la Partie 1 (dispositions générales sur la société commerciale).

²⁰ Il revient aux dirigeants de telles entreprises d'être personnellement attentifs aux difficultés de leurs entreprises et de se doter de mécanismes volontaires d'alerte.

Sur un plan d'ensemble, il se pose la question de savoir si le commissaire aux comptes a l'obligation de rechercher systématiquement l'existence de faits devant donner lieu à l'alerte ou s'il suffit de porter à la connaissance des dirigeants les seuls faits relevés à l'occasion de ses diligences normales²¹. La conception large semble préférable.

§ II : L'alerte donnée par les associés

14- S'agissant de l'alerte par les associés dans les SA et dans les autres sociétés, tout associé ou tout actionnaire peut, deux fois par exercice, adresser par écrit des questions au gérant ou au principal dirigeant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La réponse, qui doit être faite dans le délai d'un mois, est adressée avec une copie de la question à l'associé ou à l'actionnaire ainsi qu'au commissaire aux comptes s'il en existe un.

Sur l'ensemble, la différence fondamentale entre les SA et les autres sociétés est que dans ces dernières l'institution du commissaire aux comptes est facultative, sauf dans les grandes SARL²² et dans les groupements d'intérêt économique (article 880). De plus, l'administration des SA offre des possibilités d'option. Enfin, l'alerte implique trois niveaux dans la SA contre seulement deux dans les autres sociétés.

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

L'on peut rapprocher de l'alerte l'expertise de gestion qui permet à un ou plusieurs associés représentant au moins le cinquième du capital social de demander au président de la juridiction compétente du siège social la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. Le juge détermine, s'il fait droit à la demande, l'étendue et les pouvoirs des experts dont les honoraires sont supportés par la société. Le rapport est adressé au demandeur et aux organes de gestion, de direction ou d'administration²³.

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

²¹ Voy. dans ce sens Guyon Y., op. cit., n° 1052.

²² Capital de plus de 10 000 000 F CFA ou chiffre d'affaires annuel supérieur à 250 000 000 F CFA ou encore effectif permanent supérieur à 50 personnes (article 376). Mais même en dehors de ces hypothèses, un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital social peuvent en justice demander la nomination d'un commissaire aux comptes.

²³ Articles 159 et 160 de l'AUDSC. Voy. sur le cas de la France : Guyon Y., Droit des Affaires, tome 1, Droit commercial général et sociétés, Economica, 11e éd., 2001, n°s 447 et 505.

CHAPITRE II : LE REGLEMENT PREVENTIF

15- Le règlement préventif est une procédure qui intervient lorsque l'entreprise connaît de sérieuses difficultés financières et qui vise à éviter que celles-ci ne conduisent à la cessation de ses paiements. Réglementée par les articles 5 à 24 de l'AUPC, le règlement préventif de l'OHADA semble faire un savant dosage de la procédure de suspension provisoire des poursuites de l'ordonnance française du 23 septembre 1967, du règlement amiable de la loi française du 1^{er} mars 1984, du concordat classiquement voté par les créanciers et du concordat amiable librement conclu entre le débiteur et ses créanciers.

Les justiciables du règlement préventif sont les mêmes que ceux du redressement judiciaire et de la liquidation des biens²⁴. La condition fondamentale de cette procédure est que l'entreprise ne doit pas être en état de cessation des paiements.

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

Section I : La phase préparatoire au règlement préventif

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

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

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

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

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

17- Dès le dépôt de la proposition de concordat préventif, celle-ci est transmise sans délai au président de la juridiction compétente qui rend une décision de suspension des poursuites individuelles et désigne un expert pour lui faire rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise, les perspectives de son redressement compte tenu des délais et

²⁴ Voy. les précisions y afférentes au chapitre I de la 2e partie.

remises consentis ou susceptibles de l'être par les créanciers et toutes autres mesures contenues dans les propositions du concordat préventif (article 8).

La suspension des poursuites individuelles concerne les actions engagées avant la décision et non encore définitivement tranchées et les actions qui seraient introduites depuis lors ainsi que les demandes en paiement comme les voies d'exécution. En sont exclues les actions tendant à la reconnaissance de créances ou de droits contestés²⁵ ou les actions cambiaires dirigées contre les signataires autres que le bénéficiaire de la suspension des poursuites (article 9). De plus, les intérêts légaux ou conventionnels, les intérêts moratoires et les majorations continuent de courir²⁶ mais ne sont pas exigibles.

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

- de payer les créances antérieures à la décision et visées par celle-ci ou de désintéresser les cautions qui payent de telles créances ;

- de faire un acte de disposition étranger à l'exploitation normale de l'entreprise ou de consentir une sûreté (article 11).

18- Quant à l'expert, il est informé dans les 8 jours de la décision par le président du tribunal ou le débiteur. Disposant de moyens d'information importants, notamment auprès des administrations publiques et des banques, l'expert est chargé de signaler les manquements du débiteur vis-à-vis des interdictions et surtout de faciliter la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses créanciers. Il doit déposer son rapport dans les deux mois de sa saisine, sauf autorisation motivée du président de la juridiction de proroger ce délai d'un mois. Ce rapport contient le concordat préventif proposé par le débiteur ou conclu entre lui et ses créanciers. On peut considérer que le concordat entre dans sa phase d'aboutissement ou de finalisation avec le dépôt du rapport de l'expert.

²⁵ De telles actions ne rompent pas l'égalité entre les créanciers dans la mesure où les créanciers concernés cherchent à obtenir un titre afin d'être sur un pied d'égalité avec les autres créanciers. Voy. pour une correcte application de l'AUPC sur ce point Cour d'appel de Dakar, Chambre civile et commerciale 1, arrêt n° 397 du 8-9-2000, Les Nouvelles Brasseries Africaines contre la Compagnie Sucrière du Sénégal ; pour la Cour, « si aucune exécution forcée en paiement n'est possible dans les conditions décrites par l'article 8 (de l'AUPC), tout créancier, dans le cas de l'espèce, peut agir en reconnaissance de ses droits ou de sa créance contestée d'autant que, dans la présente procédure, le délai de suspension de trois mois accordé par le premier juge depuis le 17 mai 2000 est présentement expiré sans que les parties aient porté à la connaissance de la Cour la suite réservée à la mission de l'expert si celui-ci a effectué son travail dans les délais prévus par la loi communautaire ».

²⁶ L'explication tient au fait que l'entreprise n'est pas en état de cessation des paiements : le paiement des créanciers n'est pas encore compromis. Il n'y a donc pas lieu de remettre en cause ce qui a été convenu entre les parties.

Section II : La phase de l'aboutissement : la formation et les effets du règlement préventif

Le concordat préventif, s'il est homologué, produit des effets sur les créanciers et sur le débiteur.

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

19- Dans les 8 jours du dépôt du rapport de l'expert, le président saisit la juridiction compétente et convoque le débiteur et tout créancier qu'il juge utile d'entendre, au moins 3 jours à l'avance, ainsi que l'expert à une audience non publique où la juridiction va statuer sur l'homologation du concordat dans le délai d'un mois.

Le concordat ne peut être homologué que si les conditions de validité du concordat sont réunies²⁷, s'il est sérieux et si les délais consentis n'excèdent pas trois ans pour l'ensemble des créanciers et un an pour les créanciers de salaires. Si le concordat ne comporte pas de demande de remise mais seulement une demande de délai n'excédant pas deux ans, la juridiction peut rendre ce délai opposable aux créanciers qui ont refusé tout délai et toute remise. Ce serait faire preuve de prudence pour le débiteur que de prévoir des propositions concordataires respectant ces conditions, qui permettent de passer outre la mauvaise volonté de certains créanciers.

La décision de règlement préventif ou d'homologation du concordat doit être publiée dans les mêmes conditions que celle de RJ ou de LB. Le souci de protéger les créanciers et les tiers a prévalu sur la protection du crédit de l'entreprise que la publicité peut sérieusement détériorer. La même décision met fin à la mission de l'expert rapporteur (qui doit faire un compte rendu et restituer les pièces), désigne un juge-commissaire et peut désigner un syndic et des contrôleurs²⁸.

§ II : Les effets du concordat homologué

20- Le concordat homologué s'impose à tous les créanciers antérieurs sans distinction selon qu'ils sont chirographaires ou munis de sûretés (article 18), dans les conditions de délais et de remises qu'ils ont consenties au débiteur, sauf si, le délai sollicité n'excédant pas deux ans, la juridiction a rendu le concordat opposable même aux créanciers qui ont refusé tout délai et toute remise. Les cautions qui ont acquitté des dettes du débiteur nées antérieurement à la décision sont soumis au concordat. Les créanciers munis de sûretés réelles ne perdent pas leurs garanties mais ils ne peuvent les réaliser qu'en cas d'annulation ou de résolution du concordat auquel ils ont consenti ou qui leur a été imposé. Or une sûreté n'a d'intérêt que si elle garantit le paiement dans le délai convenu. Mais l'on sait que l'exercice prématuré des sûretés aurait constitué un frein ou un obstacle au redressement de l'entreprise. Néanmoins, la situation des créanciers munis de sûretés ne se confond pas avec celle des créanciers chirographaires. La Cour d'appel d'Abidjan semble faire une correcte application de l'opposabilité des délais et des remises du concordat aux créanciers qui n'y ont pas consenti²⁹.

²⁷ Un renvoi est opéré aux règles applicables au concordat de redressement judiciaire.

²⁸ *A priori*, il peut paraître surprenant que ce soit à ce stade que l'on mette en place tant d'organes.

²⁹ L'arrêt n° 1054 du 1^{er} décembre 2000, Jean MAZUET contre Groupement pharmaceutique de Côte d'Ivoire infirme un jugement du Tribunal de première instance d'Abidjan du 22 décembre 1999 qui a implicitement étendu l'opposabilité du concordat préventif à un créancier qui n'avait consenti ni délai ni remise en réservant l'exécution de la condamnation dont il est bénéficiaire. Or l'opposabilité doit répondre à deux conditions : d'une part le concordat ne doit pas comporter de demandes de remises mais seulement des demandes de délais n'excédant pas deux ans, d'autre part la décision de règlement préventif doit avoir expressément procédé à

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

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

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

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

21- En définitive, la procédure de règlement préventif devrait, si elle est correctement appliquée, contribuer à renflouer ou assainir beaucoup d'entreprises et à leur éviter la cessation des paiements, qui conduit inéluctablement au redressement judiciaire ou à la liquidation des biens. Cependant, comme le professeur Didier Martin l'a écrit d'une façon magistrale et imagée, « quels que soient les soins mis à prévenir, contenir et résoudre amiablement les difficultés, il faudra encore souvent se résoudre à organiser plus brutalement le destin de l'entreprise quand, imperméable aux thérapeutiques douces et malgré elles, elle aura franchi le **seuil clinique** de la cessation des paiements. Alors s'imposera le choix entre la médecine (la continuation de son activité sous contrôle), la chirurgie (par amputation partielle ou cession globale) et l'euthanasie (par liquidation judiciaire de ses actifs) »³⁰.

l'extension, certainement à la demande du débiteur. Malheureusement, l'arrêt de la Cour d'appel d'Abidjan n'est pas très explicite.

³⁰ Martin D., Le droit des entreprises en difficultés, Les lois des 1^{er} mars 1984 et 25 janvier 1985, La Revue Banque Editeur, 1985, n° 29 ; Le diagnostic d'entreprise, critère de responsabilité judiciaire, RTDCom., 1979, p. 187, n° 2.

DEUXIEME PARTIE : LE TRAITEMENT DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES

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

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

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

CHAPITRE I : LES CONDITIONS D'OUVERTURE

Les procédures collectives produisent des conséquences graves : elles restreignent les droits des créanciers et limitent les pouvoirs du débiteur. Elles produisent des conséquences économiques et sociales. Dans une certaine mesure, ce sont des procédures de sacrifice ³¹. C'est pourquoi, elles ne peuvent être ouvertes que si des conditions **précises** de fond et de forme sont réunies.

Section I : Les conditions de fond

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

§ I : La condition juridique : la qualité du justiciable

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

L'immatriculation au RCCM entraîne une présomption simple de commercialité. La non-immatriculation n'empêche pas la soumission aux procédures collectives car ce serait primer ceux qui violent la loi que de leur permettre d'y échapper. Il en est de même des interdictions et des incompatibilités qui ne sont pas un obstacle à l'ouverture d'une procédure

³¹ Voy. dans ce sens Guyon Y., Droit commercial (règlement judiciaire, liquidation des biens, suspension provisoire des poursuites, faillite), Les cours de droit, 1978-1979, p.75.

collective. Il en est différemment, en revanche, des incapacités qui visent à protéger l'incapable : mineur non émancipé, majeurs incapables (tutelle, curatelle, protection de justice). Quant au conjoint d'un commerçant, certainement dans le but de protéger le « patrimoine familial », il n'aura la qualité de commerçant que « s'il accomplit les actes visés aux articles 3 et 4 » de l'AUDCG, à titre de profession habituelle et séparément de ceux de son époux (article 7).

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

D'une manière générale, il se pose la question de l'opportunité de soumettre aux procédures collectives, comme l'ont fait certains législateurs, les artisans, les agriculteurs, les professions libérales, les membres du « secteur informel »³² dont on reconnaît la difficulté d'appréhension par le droit, ou tout débiteur comme c'est le cas dans certains pays³³.

Pour les personnes morales, l'AUPC retient d'abord les personnes morales commerçantes : sociétés commerciales par la forme (SA, SARL, SNC, SCS) et toute société ou personne morale ayant la qualité de commerçant (question qui a perdu de son importance au regard du second volet). Il retient ensuite les personnes morales de droit privé. Celles-ci se distinguent des personnes morales de droit public (Etat, collectivités territoriales, établissements publics) et des personnes morales de droit privé qui sont commerciales par leur seule forme. Ainsi en relèvent ou pourraient en relever les sociétés coopératives et groupements pré-coopératifs, les associations et ONG, les sociétés civiles (immobilières, agricoles ou professionnelles), les groupements d'intérêt économique (GIE), les syndicats, les comités d'entreprise, les fondations, les ordres professionnels... Mais pour l'assujettissement aux procédures collectives, l'important est la qualification de personne morale de droit privé et moins de savoir si celle-ci est commerçante ou non. Enfin, l'AUPC vise de façon expresse « toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé ». L'AUPC présente ainsi l'avantage de clarifier la situation des entreprises publiques dont la plupart revêtent en pratique une forme de droit privé, avec même, en général, la qualité de commerçant. Cette tendance s'est renforcée à la faveur des programmes d'ajustement qui ont conduit à la privatisation du capital ou de la gestion des entreprises publiques.

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

³² V. sur le secteur informel : « Les pratiques juridiques économiques et sociales informelles », Actes du colloque international de Nouakchott réunis par Jean-Louis Lespès, 8 - 11 décembre 1988, PUF, collection Université d'Orléans, 559 p. Le rapport de synthèse (présenté par A. S. Ould Boubout) « considère comme informelles les pratiques qui se développent en marge (et quelquefois en violation) de la légalité (étatique ou coutumière) largement acceptées par les intéressés, et ayant vocation à se substituer aux normes et structures officielles ou à être prises en compte par elles » (p. 550) ; Abarchi D., thèse précitée, p. 236 et s.

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

³³ Grande-Bretagne, Pays-Bas, Allemagne, Autriche. Ce système unitaire est généralement considéré comme étant inutilement complexe et coûteux , notamment appliqué au simple particulier, et l'unification des procédures n'est jamais totale.

§ II : La condition économique : la cessation des paiements

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

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

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

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

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

Théoriquement, la cessation des paiements est différente de l'insolvabilité, caractérisée, elle, par le fait que l'actif total est inférieur au passif total. Dans les faits cependant, il arrive fréquemment que la cessation des paiements recouvre une véritable insolvabilité, ce qui rend difficile et même impossible le redressement de l'entreprise et le paiement des créanciers. D'une manière générale, l'on peut estimer que la cessation des paiements, même lorsqu'elle ne recouvre pas une véritable insolvabilité, correspond à une situation qui est irrémédiablement compromise³⁴. De ce fait, le redressement de l'entreprise est rendu très difficile, voire impossible, et les créanciers ont très peu de chance de recevoir un paiement substantiel.

Le critère le plus satisfaisant qui pourrait être substitué à la cessation des paiements paraît être celui de l'existence de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. L'on signale que c'est le critère retenu pour l'alerte aussi bien dans l'AUDSC qu'en France. Cependant, un tel critère peut difficilement être appréhendé par un créancier ou par des personnes ou autorités extérieures à l'entreprise. C'est pourquoi il est suggéré qu'il serve à la saisine de la juridiction compétente par le débiteur ou par les dirigeants de l'entreprise, les autres protagonistes s'en tenant toujours à la cessation des paiements³⁵.

Au demeurant, le critère de la cessation des paiements se défend avec de bons arguments s'il est interprété avec un certain élargissement de la notion et si les juridictions nationales compétentes, à l'instar des tribunaux de commerce belges, se dotent d'un service

³⁴ L'ordonnance française du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises visait « les entreprises en situation financière difficile mais non irrémédiablement compromise », c'est-à-dire qui ne sont pas encore en état de cessation des paiements.

³⁵ Guyon Y., op. cit., n° 1116.

des enquêtes commerciales permettant une information rapide et l'accélération de l'ouverture de la procédure collective³⁶.

En effet, « il serait dangereux, pour la sécurité des transactions commerciales, de permettre à un débiteur d'obtenir une sorte de moratoire qui suspendrait le paiement de ses dettes alors qu'il n'est pas encore en état de cessation des paiements »³⁷, ce qui peut provoquer des difficultés au niveau d'autres entreprises. De plus, la solution de telles difficultés avant la cessation des paiements relève de l'initiative du débiteur ou des dirigeants, ou de solutions plus légères et plus souples comme le concordat amiable toujours possible avant toute saisine du tribunal, le règlement préventif dans l'espace OHADA ou le règlement amiable en France. De telles solutions permettent d'éviter la survenance de la cessation des paiements tout en préservant au mieux les intérêts des créanciers dont le consentement est requis.

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

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

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

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

Pourtant, certains éléments montrent que la faillite de fait a connu une place importante dans le passé³⁸ et demeure d'une certaine actualité :

- d'abord l'ancienne formulation de l'article 437 du Code de commerce selon lequel « tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite » fait penser que la faillite est avant tout une situation de fait qui ne nécessite pas une décision de justice ;
- ensuite, l'article 147 du Code de commerce qui autorise le porteur d'une lettre de change à exercer ses recours contre les signataires avant l'échéance en cas de cessation des paiements du tiré, même non constatée par un jugement³⁹ ;
- puis l'application des règles des procédures collectives (suspension des poursuites individuelles, arrêt du cours des intérêts...) par la jurisprudence française jusqu'en 1955 en l'absence de tout jugement d'ouverture ;
- enfin, l'application, jusqu'à la loi de 1985, des sanctions de la banqueroute à des débiteurs à l'égard desquels aucune procédure n'a été ouverte.

³⁶ Duplat J.L., Les services des enquêtes commerciales des tribunaux de commerce, in « L'entreprise en difficulté », Editions du Jeune Barreau, 1981, p.45 à 76.

³⁷ Ripert et Roblot, op. cit., n° 2873.

³⁸ Voy. pour un approfondissement : SAWADOGO F.M., L'application judiciaire du droit des procédures collectives, op. cit., p.212 et s et Note sous Cour d'Appel de Bobo-Dioulasso, 21 mai 1990 (La dissolution de société produit-elle les mêmes effets que l'ouverture d'une procédure collective ?), Revue Burkinabè de Droit, n° 19, janvier 1991.

³⁹ La loi uniforme sur les instruments de paiements, préparée par la BCEAO et adoptée par les différents Etats de l'UEMOA, reprend en substance cette disposition du Code de commerce. Voy. par exemple loi n° 037-AN du 17 décembre 1997 portant loi uniforme sur les instruments de paiement dans l'UEMOA (J.O.B.F. n° 17 du 15 mars 1998, p. 4071 et s).

L'AUPC, qui condamne la faillite de fait d'une manière générale, la maintient en ce qui concerne la banqueroute. Ainsi, « une condamnation pour banqueroute simple ou frauduleuse ou pour délit assimilé à la banqueroute simple ou frauduleuse peut être prononcée même si la cessation des paiements n'a pas été constatée dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme » (article 236).

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

§ II : Les règles de compétence et de saisine

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

Pour la juridiction territorialement compétente, c'est celle dans le ressort de laquelle :

- le débiteur personne physique a son principal établissement ;
- ou la personne morale a son siège social ou, à défaut, son principal établissement ou, à défaut, son principal centre d'exploitation.

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

A ce sujet, deux théories s'opposent :

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

- la théorie des procédures dites plurales et territoriales, qui permet l'ouverture d'une procédure collective dans tout Etat où le débiteur possède des biens ; cette conception favorise les créanciers des Etats où le débiteur possède beaucoup de biens alors que le nombre des créanciers et, surtout, le montant des créances ne sont pas très élevés ; les procédures ouvertes sur la base de la seconde théorie ne peuvent pas, fort logiquement, obtenir l'exequatur à l'étranger ; c'est d'ailleurs pour cela qu'elles sont dites plurales et territoriales ; selon un auteur, « la territorialité de la faillite est moins un système que l'effet d'une liquidation anarchique du patrimoine dont les éléments se localisent en plusieurs pays »⁴⁰.

La France admet les deux théories opposées en tirant avantage de chacune d'elles⁴¹. C'est dans le même sens qu'il faut situer l'AUPC (articles 4 et 247 à 256) ainsi que les instruments internationaux en vigueur ou non qui traitent des procédures collectives internationales⁴². L'AUPC, d'une part, admet que l'on puisse ouvrir une procédure contre

⁴⁰ Rigaux F., Droit international privé, Larcier, tome 2, 1979, n° 1102.

⁴¹ Guyon Y., Droit des affaires, tome 2, op. cit., n° 1019.

⁴² On relève par exemple : - la convention multilatérale du Conseil de l'Europe sur certains aspects internationaux de la faillite, faite à Istanbul le 5 juin 1990 ; cette convention, qui comporte 44 articles, traite de la plupart des questions que soulèvent les procédures collectives au plan international ; elle s'intéresse aux Etats membres du Conseil de l'Europe mais admet la possibilité d'adhésion d'Etats non membres du Conseil de l'Europe ;

- la convention relative à l'insolvabilité, adoptée le 23 novembre 1995 par le Conseil de l'Union européenne (voy. au sujet de cette convention Vallens J.-L., Le droit européen de la faillite : premiers commentaires de la

une entreprise n'ayant pas son siège social dans l'Etat dont le tribunal est saisi, d'autre part prévoit l'existence d'une procédure principale et d'une ou de plusieurs procédures secondaires. Dans l'intérêt de l'entreprise, des créanciers et du débiteur, il est prévu un devoir d'information réciproque entre les syndics des deux procédures, une collaboration entre les organes des procédures en présence et une hiérarchisation au profit de la procédure principale. Ainsi, les solutions proposées pour la ou les procédures secondaires doivent obtenir l'accord du syndic de la procédure principale, ce qui est de nature à réduire le risque de désordre que fait naître la pluralité de procédures. Mais ce système semble limiter ses effets aux territoires des Etats parties au Traité de l'OHADA ⁴³.

28- Concernant les modes de saisine, l'AUPC retient que la juridiction compétente peut être saisie sur déclaration du débiteur (couramment appelée dépôt de bilan) ou sur assignation d'un créancier possédant une créance certaine, liquide et exigible. Selon l'article 28, l'assignation doit préciser la nature et le montant de la créance et viser le titre sur lequel elle se fonde ⁴⁴. Enfin, elle peut se saisir d'office ⁴⁵. Mais il n'est pas prévu de saisine par le ministère public ⁴⁶. Quel que soit le mode de saisine, la juridiction compétente peut diligenter une enquête préliminaire afin de se prononcer en connaissance de cause. Elle doit rendre sa décision de manière diligente (à la première audience utile), d'où l'interdiction d'inscrire l'affaire au rôle général, ce qui risquerait de retarder son examen. A cet égard, on note que la Cour d'appel d'Abidjan ⁴⁷ mentionne qu'un appel relatif à un règlement préventif a été inscrit au rôle général. Or, il nous semble que la célérité recherchée pour le redressement judiciaire et

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

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

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

⁴³ L'une des rares références au plan du droit positif est assurément le règlement du Conseil de l'Union européenne n° 1346-2000 du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité et qui est entré en vigueur le 31 mai 2000.

⁴⁴ Ce mode de saisine, qui était quasi exclusivement utilisé lorsque le débiteur sollicitait l'ouverture de la procédure de sauvetage, est curieusement de plus en plus utilisé par des débiteurs qui demandent leur mise sous liquidation des biens. Voy. dans ce sens les jugements suivants du Tribunal de grande instance de Ouagadougou : n° 432 du 2 juin 1999 : Société SOVIFAR ; n° 894 du 6 octobre 1999 : Société SOREMIB ; n° 423 du 25 avril 2001 : Société Faso Fani ; n° 779 du 13 septembre 2000 : Société SONAPHARM ; n° 710 du 10 août 2001 : Société CIMAT.

⁴⁵ A cet égard, l'on peut noter que les tribunaux de commerce belges ont organisé un service d'enquêtes commerciales dont l'utilité est évidente pour la saisine d'office. Voy. sur la question Duplat J. L., Les services des enquêtes commerciales des tribunaux de commerce, in « L'entreprise en difficulté », op. cit.

⁴⁶ Celui-ci a seulement la faculté de fournir des informations à la juridiction compétente. Si une étroite collaboration s'instaurait entre la juridiction et le ministère public, l'on ne devrait pas ressentir un vide dû à l'absence de saisine par celui-ci.

⁴⁷ Arrêt n° 1054 du 1^{er} décembre 2000, Jean MAZUET contre Groupement pharmaceutique de Côte d'Ivoire.

la liquidation des biens existe aussi dans le règlement préventif (cela ressort des articles 22 à 24) et elle doit être assurée non seulement en première instance mais aussi en appel.

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

§ III : Les règles relatives au jugement d'ouverture

29- La juridiction compétente choisit la procédure idoine : « elle prononce le redressement judiciaire s'il apparaît que le débiteur a proposé un concordat sérieux. Dans le cas contraire, elle prononce la liquidation des biens » (article 33). Le critère du choix entre le redressement judiciaire et la liquidation des biens est donc le fait de proposer ou de ne pas proposer, dans les délais, un concordat sérieux. Le concordat sérieux est probablement celui qui, tout en préservant l'entreprise et en permettant son assainissement, assure le paiement des créanciers dans des conditions acceptables ⁴⁸. L'adoption du critère de la « situation irrémédiablement compromise » eût été plus indiqué pour éviter que, pour des raisons de délai ou de qualité formelle du dossier soumis, la liquidation des biens ne soit ouverte. Il se peut, en effet, que l'entreprise soit redressable mais que ses dirigeants ne parviennent pas à respecter le délai imparti pour déposer une proposition de concordat sérieux ou que celle-ci, en la forme ou sur le plan technique, présente des déficiences. Dans un tel cas, l'ouverture de la liquidation des biens serait un gâchis économique. A la décharge du législateur OHADA, il faut reconnaître qu'il est difficile de redresser l'entreprise sans les efforts, l'implication et la bonne volonté des dirigeants. Du reste, retarder l'ouverture de la liquidation des biens peut causer un préjudice aux créanciers.

Le jugement d'ouverture :

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

Quant aux voies de recours, elles sont réglementées de manière à ne pas ralentir outre mesure la procédure. Ainsi, l'appel et l'opposition doivent être formés dans les 15 jours (articles 216 à 225)⁴⁹.

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

CHAPITRE II : LES ORGANES DE LA PROCEDURE

30- Les procédures collectives ne peuvent réaliser les finalités poursuivies qu'avec le concours des organes mis en place par le jugement d'ouverture ou à compter de celui-ci.

⁴⁸ Voy. l'arrêt n° 32 du 4 mai 2001 de la Cour d'appel de Ouagadougou qui infirme un jugement du TGI de la même ville n° 100 bis du 24 janvier 2001 ayant refusé de prononcer le redressement judiciaire d'une entreprise au motif que sa proposition de concordat n'était pas viable.

⁴⁹ Voy. l'arrêt de la Cour d'appel de Ouagadougou n° 39 du 5 avril 2002, SONABHY contre Société de pétrole Tagui, déclarant l'appel interjeté contre le jugement d'ouverture d'une liquidation des biens (incorrectement qualifiée de liquidation judiciaire) irrecevable pour forclusion du fait du non respect du délai de 15 jours.

Ainsi, on distingue : les organes judiciaires, les organes ambivalents et les organes des créanciers.

Section I : Les organes judiciaires

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

§ I : La juridiction compétente

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

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

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

§ II : Le juge-commissaire

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

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

Les attributions du juge-commissaire sont nombreuses. Le juge-commissaire joue, au moins théoriquement, un rôle important et des plus actifs. Tout comme en France, « on peut dire du juge-commissaire qu'il est le chef d'orchestre de la procédure nouvelle... il ne devra plus se contenter, comme souvent par le passé, d'être un juge « parapheur » des décisions prises par le syndic »⁵⁰.

D'une manière générale, il contrôle ou surveille l'action du syndic, il autorise les opérations ou prend les décisions qui excèdent la compétence du syndic sans requérir

⁵⁰ Derrida, Godé et Sortais, Droit du redressement et de la liquidation judiciaire des entreprises, Recueil Dalloz-Sirey, 2^e éd., 1986, p. 28.

l'intervention du tribunal (nomination des contrôleurs, choix du mode et fixation de conditions de vente des immeubles, cession globale des biens, admission des créances...).

Il bénéficie de nombreux chefs de compétence en matière contentieuse et gracieuse, généralement à charge d'opposition devant la juridiction compétente. Il en est ainsi pour les réclamations concernant les opérations du syndic et de toute difficulté survenant dans le déroulement de la procédure, du moment que la loi n'a pas attribué compétence à un autre organe. Dans ce cadre, le juge-commissaire prend des ordonnances généralement susceptibles d'opposition dans les 8 jours. Les décisions par lesquelles la juridiction compétente statue sur les recours formés contre les décisions rendues par le juge-commissaire dans les limites de ses attributions ne sont susceptibles ni d'opposition ni d'appel, à l'exception de celles statuant sur les revendications et sur les décisions prévues aux articles 162 et 164 (article 216)⁵¹.

§ III : Le ministère public

33- A ces organes judiciaires classiques s'ajoute le ministère public qui prend une importance croissante dans les procédures collectives du fait du caractère d'ordre public de celles-ci. Cependant, l'AUPC n'a pas fait œuvre révolutionnaire. A titre principal, il prévoit seulement un droit de communication réciproque entre le ministère public et le juge-commissaire. D'ailleurs, le défaut de communication d'un document au ministère public ne peut être invoqué que par le représentant du ministère public. Il n'a pas reçu compétence pour saisir la juridiction aux fins d'ouverture d'une procédure collective.

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

34- En conclusion sur les organes judiciaires, il est nécessaire de souligner que leur rôle est essentiel dans le correct déroulement des procédures collectives et dans l'atteinte des objectifs que celles-ci poursuivent. La tendance est même à l'accroissement de ce rôle si l'on examine les législations récentes (législation française, AUPC). Des auteurs ont même suggéré l'institution d'une magistrature économique⁵². En pratique en Afrique, il nous a semblé que les organes judiciaires n'ont pas totalement pris conscience de la mesure de leur rôle. En effet, passé le jugement d'ouverture où ils font montre d'une certaine légèreté dans l'examen des conditions d'ouverture, ils ne s'intéressent que de très loin à la suite des opérations, ce qui peut permettre à un syndic indécis, peu compétent ou simplement peu soucieux de la préservation des intérêts en présence, de conduire la procédure dans une « voie de garage ». Il n'est pas rare que des procédures judiciairement ouvertes se terminent « en queue de poisson », sans jugement de clôture, sans redressement de l'entreprise et sans paiement des créanciers. Il conviendrait donc, à la faveur du nouveau droit harmonisé, que les juges concernés par une procédure collective, spécialement le président de la juridiction compétente et surtout le juge-commissaire, maîtrisent davantage le droit applicable⁵³ et trouvent un temps

⁵¹ Voy. pour l'application de cette disposition Cour d'appel de Ouagadougou, arrêt n° 67 du 21 juin 2002, Ministère de l'Environnement et de l'Eau contre Syndics liquidateurs de l'ONBAH. La Cour annule une ordonnance d'un juge-commissaire confirmée sur opposition par le tribunal de grande instance parce que le juge-commissaire aurait excédé ses attributions en ce qu'il a décidé que les fonds d'un projet d'Etat géré par l'entreprise en liquidation des biens devaient être versés dans l'actif de la procédure collective.

⁵² Jacquemin A. et Schrans G., Les éléments d'une magistrature économique, R. T. D. Com., 1977, p. 434 et s.

⁵³ La non-maîtrise du droit applicable par les organes judiciaires, relevée, sous l'empire des textes antérieurs à l'Acte uniforme, demeure une réalité malgré l'entrée en vigueur de celui-ci. Ainsi, un jugement du Tribunal de première instance de Ouagadougou n° 894-99 du 6 octobre 1999 prononce la liquidation judiciaire, et non la liquidation des biens, seule reconnue par l'AUPC, de la Société de recherche et d'exploitation minières du Burkina (SOREMIB) sur le fondement de l'AUDSC dont l'article 200, 7°, prévoit que la société prend fin

suffisant à lui consacrer car sont en cause non pas seulement les intérêts du débiteur et des créanciers mais également l'intérêt général⁵⁴.

Section II : L'organe ambivalent : le syndic

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

§ I : Le statut

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

Le syndic est un mandataire de justice rémunéré pour son travail. Mais en règle générale, la fixation de sa rémunération ne fait pas l'objet d'une tarification claire dans les Etats parties au Traité de l'OHADA. En pratique, en l'absence de réglementation, la rémunération est souvent fixée à un niveau si élevé qu'elle est en mesure de ruiner tout espoir de redressement de l'entreprise ou de paiement substantiel des créanciers⁵⁵.

§ II : La fonction

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

Dans les deux procédures, il initie ou prend, avec ou sans le débiteur, toutes les décisions relatives à l'administration et aux solutions de la procédure, à charge, pour les décisions importantes, d'obtenir l'autorisation du juge-commissaire ou du tribunal. En cas de redressement judiciaire, le syndic conduit la procédure de vérification des créances et prépare le vote du concordat en essayant de rapprocher les positions du débiteur et des créanciers. En cas d'adoption du concordat, le syndic peut être maintenu en fonction pour en surveiller l'exécution. Il peut accomplir seul les actes conservatoires. En cas de mauvaise volonté du

notamment par l'effet d'un jugement ordonnant la liquidation des biens de la société. La décision indique expressément que les liquidateurs qu'elle nomme « exécuteront leurs missions en se conformant aux dispositions des articles 227 à 236 de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales » et désigne un « juge-commissaire aux fins de suivre des opérations de liquidation ». L'incongruité est d'autant plus grande que la cessation des paiements est affirmée dans les motifs et constatée dans le dispositif. Dans quel cas s'appliquera donc l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives ? Par ailleurs, l'une des formules de son dispositif, à savoir « prononce son admission au bénéfice de la liquidation judiciaire », semble indiquer que le tribunal applique la liquidation judiciaire de la loi du 4 mars 1889 alors que l'AUPC était déjà en vigueur depuis plus de neuf mois.

⁵⁴ Voy. dans ce sens SAWADOGO F. M., L'application judiciaire des procédures collectives, op. cit., passim.

⁵⁵ Voy. sur l'épineux problème de fixation de la rémunération du syndic l'arrêt de la Cour d'appel de Dakar n° 26 du 27 avril 2001, SCI TERANGA contre Abdoulaye DRAME, qui indique « qu'aucun texte législatif ou réglementaire ne fixe de barème applicable aux prestations expertales » et « qu'il convient dès lors de se référer aux usages en la matière compte tenu de la mission confiée ». En l'espèce, la Cour a fixé la rémunération en fonction du nombre d'heures de travail effectué et du coût unitaire de l'heure de travail.

débiteur ou des dirigeants, il peut être autorisé à accomplir seul certains actes. Dans la liquidation des biens, outre la vérification des créances, il accomplit les opérations liquidatives : recouvrement des créances, vente des biens meubles ou immeubles, séparément ou en bloc, paiement des créanciers selon leur rang... mais il a souvent besoin de l'autorisation du juge-commissaire.

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

§ III : La responsabilité

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

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

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

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

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

A ces incriminations variées s'appliquent les sanctions de l'abus de confiance. A titre d'exemple, l'abus de confiance est puni au Burkina d'un emprisonnement de un à cinq ans et/ou d'une amende de trois cent mille à un million cinq cent mille francs ou de l'une de ces deux peines seulement ⁵⁶. Au sujet de ces incriminations qui sont justifiées, le Professeur Y. Guyon estime utile de rappeler que « la procédure est organisée dans l'intérêt de l'entreprise et des créanciers et non dans celui des auxiliaires de justice »⁵⁷.

La mise en jeu de la responsabilité du syndic, qu'elle soit civile ou pénale, très rare actuellement, devrait intervenir plus souvent si l'on veut moraliser et rendre plus efficace le rôle joué par cet organe si capital au succès des procédures collectives ⁵⁸.

⁵⁶ Loi n° 45-96 ADP du 13 novembre 1996, portant Code pénal, article 487.

⁵⁷ Droit des affaires, tome 2, op. cit., n° 1419.

⁵⁸ On signalera le cas de ce syndic ou administrateur d'une procédure collective, qui contestait sa révocation demandée par le débiteur, révocation qui a été finalement admise par la Cour d'appel qui a relevé qu'« il est

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

Section III : Les organes des créanciers

38- Classiquement, la première finalité des procédures collectives était le paiement des créanciers. La procédure était organisée pour y donner satisfaction. En conséquence, les créanciers jouaient un rôle important dans ces procédures⁵⁹. L'évolution a conduit à faire une place de premier plan au redressement de l'entreprise et aux auxiliaires de justice, que sont les syndics, ainsi qu'au juge-commissaire. Depuis 1935, le rôle des créanciers s'est notablement amoindri⁶⁰.

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

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

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

constant que certains actes de l'administrateur au concordat causent un préjudice au débiteur concordataire et aux créanciers qu'il est censé représenter ; qu'en effet, alors que les honoraires de l'administrateur au concordat devraient être payés sur 6 ans, celui-ci a préféré se payer en une seule fois ; qu'après avoir vendu le stock de produits de la pharmacie, il a préféré se payer lui-même au lieu de payer les salariés ou les fournisseurs ; que ces faits compromettent l'exécution du concordat ; que d'ailleurs la gestion de l'administrateur n'a eu d'autre effet que la fermeture de la pharmacie » (Cour d'appel de Ouagadougou, Chambre civile et commerciale, arrêt n° 33 du 1^{er} avril 1994, in SAWADOGO F. M., L'accès à la justice en Afrique francophone, Revue Juridique et politique, Indépendance et Coopération, 1995, p. 200).

⁵⁹ Ripert et Roblot, Traité élémentaire de droit commercial, L.G.D.J., 1976, p. 652 ; Guyon Y., Une faillite au XIXe siècle, selon le roman de Balzac « César Birotteau », Mélanges Jauffret, Aix 1974, p. 377 et s. ; Thaller E., op. cit., n° 1866 et s.

⁶⁰ La loi française de 1985 a supprimé la masse et confié la représentation des créanciers à un auxiliaire de justice. L'AUPC, de ce point de vue, se rattache plutôt à la réforme française de 1967 et à la loi sénégalaise de 1976.

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

Le jugement qui prononce le redressement judiciaire ou la liquidation des biens produit ses effets à compter de sa date, y compris à l'égard des tiers et avant qu'il n'ait été procédé à sa publicité (article 52). Tout comme en France où existe une semblable formule (décret du 21 avril 1988, article 2), il faut décider que le jugement prend effet dès la première heure du jour où il est rendu. C'est d'ailleurs dans ce sens que se prononçait la Cour de cassation française avant 1960⁶¹. C'est la fameuse règle dite du « zéro heure ». Dans le droit commun des procédures collectives, elle présente l'avantage de supprimer toutes les difficultés ayant trait à la détermination du moment précis du prononcé de la décision d'ouverture, favorisant ainsi le sauvetage de l'entreprise et l'égalité de traitement entre les créanciers. Un règlement récent de l'UEMOA vient y apporter une dérogation en matière bancaire⁶².

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

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

39- La procédure collective, dès son prononcé, produit d'importantes conséquences sur le débiteur, même si l'incarcération, mesure de sûreté, n'est plus prévue⁶³.

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

⁶¹ Voy. par exemple Com. 10 avril 1957, Gaz Pal., 1957.2.64 et Ripert et Roblot, Traité de droit commercial, LGDJ, tome 2, 16^e éd., 2000, par Delebecque P. et Germain M., n° 2909.

⁶² Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement dans les Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine dont les articles 6 et 7 sont ainsi libellés :

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

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

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

⁶³ L'article 455 du Code de commerce prévoyait l'incarcération du débiteur mais celle-ci était plus ou moins tombée en désuétude. Il reste tout de même, si des fautes sont commises, les sanctions de la faillite personnelle et de la banqueroute qui ne sont pas prononcées à l'ouverture mais bien plus tard (voy. infra, 3^e partie).

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

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

§I - Les mesures conservatoires

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

S'agissant de l'apposition des scellés, c'est une mesure qui peut être prescrite par le jugement d'ouverture. Elle porte sur les caisses, coffres, portefeuilles, livres, papiers, meubles, effets, magasins et comptoirs du débiteur. S'il s'agit d'une personne morale comportant des membres indéfiniment responsables des dettes de la personne morale, l'apposition des scellés va automatiquement embrasser les biens de chacun d'eux. L'AUPC comporte une innovation consistant dans la possibilité de prescrire l'apposition des scellés sur les biens des dirigeants des personnes morales. Cette mesure contribue à une plus grande efficacité des sanctions patrimoniales qui pourraient être prononcées contre les dirigeants de ces personnes morales (article 59).

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

- les objets mobiliers et effets indispensables au débiteur et à sa famille sur l'état qui lui est soumis ;
- les objets soumis à déperissement prochain ou à dépréciation imminente ;
- les objets nécessaires à l'activité professionnelle du débiteur ou à son entreprise quand la continuation de l'exploitation est autorisée.

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

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

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

- l'inscription d'hypothèques sur les immeubles des débiteurs du débiteur, et, d'une manière générale, l'inscription ou le renouvellement des sûretés ;
- l'exercice de l'action oblique ;
- la vente des biens sujets à déperissement ou à dépréciation rapide.

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

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

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

§II - Les mesures tendant à connaître l'actif.

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

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

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

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

Au total, l'inventaire est une opération importante. Il conditionne la suite de la procédure, notamment l'apurement du passif. Mais le syndic dispose de peu de prérogatives pour découvrir les biens que le débiteur ne serait pas disposé à laisser appréhender par des tiers, si bien que l'inventaire se révèle assez souvent décevant. L'efficacité de l'inventaire supposerait une moralité « angélique » de la part du débiteur, comme du temps de César Biroteau⁶⁴. En effet, sauf s'il fait preuve de beaucoup de naïveté et d'abnégation, le débiteur ne sera guère disposé à révéler la consistance de ses biens ou de sa fortune au syndic. Il paraît indiqué, en vue de favoriser l'atteinte des objectifs des procédures collectives, de rechercher un système qui contraindrait le débiteur à déclarer l'ensemble de ses biens.

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

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

⁶⁴ Voy. dans ce sens Guyon Y., Une faillite au XIX^e siècle, selon le roman de Balzac « César Biroteau », op. cit.

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

§I - La nature et le domaine du dessaisissement

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

A - La nature du dessaisissement

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

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

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

B - Le domaine du dessaisissement

44- Le dessaisissement a un domaine vaste.

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

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

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

§II- Les limites au dessaisissement

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

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

45- Le dessaisissement ne concerne pas les biens insaisissables ou alimentaires comme les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du débiteur et de sa famille. Il est prévu en

plus la possibilité d'octroi judiciaire de secours alimentaires au débiteur et à sa famille. Par ailleurs, le jeu normal des règles des régimes matrimoniaux n'est pas considéré comme un avantage anormal à remettre en cause.

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

B - Les limites relatives aux actes

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

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

- en second lieu, l'article 103, concernant la revendication de marchandises ou d'objets mobiliers consignés ou remis au débiteur pour être vendus avec une clause de réserve de propriété, autorise la revendication, en cas d'aliénation, contre le sous-acquéreur, du prix ou de la partie du prix dû si celui-ci n'a été ni payé en valeur ni compensé en compte courant entre le débiteur et le sous-acquéreur ;

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

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

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

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

§III - Les effets du dessaisissement

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

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

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

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

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

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

48- L'intensité de l'« ensaisinement » de la masse varie selon qu'il s'agit de la liquidation des biens ou du redressement judiciaire puisque, dans le premier cas, il y a représentation du débiteur tandis que dans le second il y a une simple assistance de celui-ci⁶⁵. Dans les deux cas, mais surtout dans le redressement judiciaire, se pose en plus le problème du sort des contrats en cours et, éventuellement, de la mise du fonds en location-gérance.

1. L'assistance du débiteur dans le redressement judiciaire.

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

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

Si le concordat est voté, la procédure prend fin⁶⁶. Sinon la procédure est convertie en liquidation des biens.

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

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

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

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

⁶⁵ A cet égard, la loi française du 25 janvier 1985 offre plus de possibilités au tribunal puisqu'elle ajoute la surveillance à l'assistance et à la représentation.

⁶⁶ Sur le concordat voy. *infra* n° 72 et s.chap. IV, section I, § I.

La vente des biens meubles se fait de la façon jugée la plus appropriée. La vente des immeubles nécessite l'intervention du juge-commissaire qui fixe les modalités de la vente (enchères publiques, adjudication ou gré à gré) ainsi que les conditions ou éléments essentiels de la vente (fixation du prix ou de la mise à prix, modalités de paiement du prix). La cession globale de tout ou partie de l'actif fait appel aux offres parmi lesquelles le syndic choisit l'offre qui lui paraît la plus sérieuse et la soumet, ainsi que les avis du débiteur et des contrôleurs, au juge-commissaire. Le règlement du passif se fait conformément à l'ordre de paiement prévu par les articles 166 et 167⁶⁷.

3. Le sort des contrats en cours.

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

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

Pour l'AUPC, « hormis les contrats conclus en considération de la personne du débiteur et ceux prévus expressément par la loi de chaque Etat partie, la cessation des paiements déclarée par décision de justice n'est pas une cause de résolution et toute clause de résolution pour un tel motif est réputée non écrite » (article 107)⁶⁸. La continuation d'activité, automatique en cas de redressement judiciaire, fait l'objet d'une réglementation restrictive et prudente, dictée par l'intérêt des créanciers en cas de liquidation des biens. Elle doit être autorisée seulement si elle est justifiée par les besoins de la liquidation, par exemple pour transformer un stock de matières premières en produits finis ou pour maintenir en bon état une unité de production dont la cession est envisagée.

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

Le syndic peut être contraint d'exercer son option ou de fournir la prestation promise (article 108, alinéa 3). La résolution est encourue dès lors que le syndic n'est pas en mesure de fournir la prestation promise⁶⁹. Il en est de même si le syndic ne manifeste pas son intention d'imposer la continuation du contrat après avoir été mis en demeure de le faire par le cocontractant. Ce dernier pourra prétendre à des dommages-intérêts mais il sera, à ce titre, **créancier dans la masse**. Il ne pourra pas compenser les acomptes reçus pour des prestations non encore fournies avec les dommages-intérêts dus pour la résolution. Toutefois, la juridiction saisie de l'action en résolution peut prononcer la compensation ou l'autoriser à

⁶⁷ Sur ces questions de liquidation, voy. *infra* n° 68 et 77 et s.

⁶⁸ En France, tous les contrats en cours peuvent être poursuivis, y compris ceux conclus *intuitu personae*.

⁶⁹ Voy. pour le cas de la France, C. cas., Com. 16 novembre 1993, Rev. Proc. coll. 1994-45, observations Mestre et Laude.

différer la restitution des acomptes jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les dommages-intérêts. L'on peut penser que cela permettra aux dommages-intérêts de remplir les conditions de la compensation afin que celle-ci puisse opérer. Du reste, l'AUPC semble assez favorable à la compensation⁷⁰.

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

Au contrat de bail et autres contrats continués s'applique une distinction devenue classique des contrats entre **créanciers de la masse** bénéficiant d'un traitement favorable pour les prestations postérieures (paiement au comptant ou refus d'exécuter la contre-prestation ou, à défaut, rang relativement intéressant dans le paiement) et **créanciers dans la masse** pour les prestations antérieures pour lesquelles **les cocontractants sont astreints** à la production.

52- Le contrat de travail. La question qui se pose pour les salariés est moins celle de la continuation des contrats de travail, qui est automatique, que celle des licenciements. Il y a lieu d'y procéder le plus tôt possible s'ils sont indispensables à la survie de l'entreprise, laquelle permet de conserver une partie des emplois, faute de quoi la disparition de l'entreprise entraînera celle de tous les emplois. La procédure de licenciement pour motif économique fait intervenir le syndic qui établit l'ordre des licenciements, les délégués du personnel qui doivent donner leur avis et leurs suggestions sur les licenciements par écrit, l'Inspection du travail qui reçoit communication de la lettre de consultation des délégués du personnel et de leur réponse, et le juge-commissaire dont le rôle est essentiel dans les licenciements pour motifs économiques. Tous les documents (ordre des licenciements, avis des délégués du personnel, lettre de communication à l'Inspection du travail) lui sont transmis et il autorise en tout ou en partie les licenciements envisagés s'ils sont nécessaires au redressement de l'entreprise ou refuse son autorisation. La décision du juge-commissaire autorisant ou refusant les licenciements est susceptible d'opposition dans les quinze jours devant la juridiction compétente qui rend sa décision, sans appel, dans la quinzaine.

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

4. Le recours à la location-gérance.

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

La location-gérance peut constituer une heureuse solution d'attente surtout si la cause des difficultés tient essentiellement à la mauvaise gestion du débiteur ou des dirigeants sociaux. Cependant, elle présente des inconvénients tenant au fait que les locataires-gérants, souvent, ne **disposant** pas de fonds propres suffisants, peuvent être tentés de « vider la substance de l'entreprise » ou de permettre au débiteur de reprendre son entreprise en sous-main. C'est pourquoi l'AUPC ne l'admet que si la disparition ou la cession de l'entreprise est

⁷⁰ Voy. par exemple articles 68 et 103.

de nature à compromettre son redressement ou de causer un trouble grave à l'économie nationale, régionale ou locale dans la production et la distribution de biens et de services⁷¹ et en s'entourant du maximum de garanties, comme l'exigence de l'indépendance du locataire-gérant vis-à-vis du débiteur, le respect de la durée **maximale** de deux ans, l'offre de garanties fiables, sans doute en matière de préservation de la consistance de l'entreprise et de paiement de la redevance.

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

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

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

Il faut rappeler que l'une des finalités principales des procédures collectives est la préservation des intérêts des créanciers. Pourtant, l'ouverture de la procédure entraîne plutôt une réduction de leurs droits, ce qui paraît plutôt paradoxal. L'explication de cette situation est simple : il s'agit de traiter de manière égalitaire les créanciers antérieurs et de s'assurer que leurs droits sont fondés. C'est ainsi que la procédure entraîne le regroupement des créanciers antérieurs en une masse (Section I), la révision des droits de certains créanciers (Section II), ainsi qu'une situation complexe nécessitant une classification des différentes catégories de créanciers et de leurs droits (Section III).

Section I : La masse et les créanciers qui la composent

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

§I - La structure de la masse.

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

A - La notion de masse

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

⁷¹ Voy. dans ce sens Ripert et Roblot, Traité de droit commercial, L.G.D.J., tome 2, 16^e éd., 2000, par Ph. Delebecque et M. Germain, n^os 3067 et 3207 où les auteurs évoquent la grande méfiance des rédacteurs de la loi de 1985 à l'égard de la location-gérance.

S'agissant de la personnalité morale de la masse, le Professeur Thaller affirmait avec force déjà en 1922 que « la masse, le noyau des créanciers groupés afin de liquider le gage commun, forme une véritable personne morale tenue des engagements du syndic »⁷². La jurisprudence française a, de façon régulière, proclamé la personnalité juridique de la masse à partir de 1956 en s'inspirant de l'arrêt de principe de la Cour de cassation rendu à propos des comités d'établissement : « la personnalité morale n'est pas une création de la loi ; elle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés »⁷³.

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

B - L'uniformisation de la condition juridique des créanciers

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

Il y a, en premier lieu, la règle de **l'exigibilité des créances à terme ou de la déchéance du terme**, mais elle est partiellement abandonnée. Classiquement, l'exigibilité des créances à terme était considérée comme une maigre consolation pour les créanciers qui subissent de nombreux désagréments à compter du jugement d'ouverture. Désormais, la décision d'ouverture ne rend exigibles les dettes non échues qu'en cas de liquidation des biens et à l'égard du débiteur seulement (article 76).

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

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

Enfin, il y a l'importante règle de **la suspension des poursuites individuelles** à compter du jugement d'ouverture. Peu importe que l'action soit engagée avant le jugement d'ouverture ou soit introduite depuis lors ou qu'il s'agisse d'une demande en paiement ou de l'exercice d'une voie d'exécution, pourvu qu'elle n'ait pas encore produit son principal effet juridique. La suspension ne s'applique toutefois pas aux actions en nullité ou en résolution ni aux actions tendant à la reconnaissance de droits ou à la fixation de leur montant. L'exercice de cette seconde catégorie d'actions est reprise ou initiée après la production en cas de rejet définitif ou d'admission provisoire ou partielle.

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

⁷² Thaller E., par Percerou, op. cit., n°1701.

⁷³ Civ., 28 janvier 1954, JCP 1954, 2, 7978 ; Dalloz 1954, 217, note Levasseur.

L'évolution en France conduira à la reconnaissance d'un patrimoine de la masse dont l'actif fera l'objet d'un régime particulier ne reconnaissant pas les droits de préférence (sûretés) ainsi qu'à une complexité accrue du désintéressement des créanciers et, finalement, à la suppression de la masse par la loi du 25 janvier 1985.

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

A - La production.

57- La production consiste à faire une déclaration du montant des sommes réclamées accompagnée d'un bordereau récapitulatif des pièces remises constituant titre. Elle commence à partir de la décision d'ouverture et prend fin à l'expiration d'un délai de 30 jours suivant la deuxième insertion dans un journal d'annonces légales. Elle concerne tous les créanciers, qu'ils soient chirographaires ou munis de sûretés. Les créanciers inscrits qui n'ont pas produit dans les 15 jours sont personnellement avertis par le syndic par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite.

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

B - La vérification.

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

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

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

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

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

C - L'admission.

59- L'admission s'analyse comme un contrat judiciaire qui produit les conséquences d'une décision de justice à laquelle est attachée l'irrévocabilité, ce qui met la créance à l'abri de toute contestation ultérieure. Elle ne joue que dans la mesure de ce qui a été vérifié et admis. Il n'y a pas d'effet novatoire : la créance va subsister avec l'ensemble de ses caractéristiques.

En cas de clôture de l'union ou de clôture pour insuffisance d'actif, les créanciers dont les créances sont admises recevront un titre exécutoire.

Section II : La révision des droits des créanciers

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

§I - Les inopposabilités de la période suspecte.

Les inopposabilités de la période suspecte appellent quelques observations préliminaires, puis des précisions sur les cas d'inopposabilité et, enfin, sur les effets des inopposabilités.

A - Observations générales.

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

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

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

B - Les cas d'inopposabilités.

61- Les termes utilisés (sont inopposables, peuvent être déclarés inopposables) permettent de distinguer les inopposabilités de droit des inopposabilités facultatives.

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

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

2° *Tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie.* Il s'agit de neutraliser les libéralités déguisées ou tout au moins les déséquilibres prononcés au détriment du débiteur et par voie de conséquence de ses créanciers.

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

4° *Tout paiement de dettes échues fait autrement qu'en espèces, effet de commerce, virement, prélèvement, carte de paiement ou de crédit ou compensation légale, judiciaire ou conventionnelle de dettes ayant un lien de connexité entre elles ou tout autre mode normal de*

paiement. L'inopposabilité concerne les modes ou procédés anormaux de paiement, comme la cession de créance, la délégation, la dation en paiement. Afin de tenir compte de l'évolution, l'Acte étend la liste des modes de paiements normaux et opère une ouverture en visant expressément « tout autre mode normal de paiement ».

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

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

Quant aux **inopposabilités facultatives**, elles se caractérisent par le fait que même si les conditions sont réunies, le juge dispose d'un pouvoir souverain pour prononcer ou refuser de prononcer l'inopposabilité. Il y a donc une certaine souplesse par rapport aux inopposabilités de droit. Les actes doivent avoir été accomplis pendant la période suspecte, ou six mois avant en ce qui concerne les libéralités, et ils doivent causer un préjudice à la masse (pas d'intérêt, pas d'action).

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

C - Les effets des inopposabilités.

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

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

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

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

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

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

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

A - Le régime des actions en revendication

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

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

Le vendeur de marchandises peut les retenir s'il ne les a pas encore expédiées et même en cours de route tant qu'elles ne sont pas encore dans les magasins du débiteur. Les clauses de réserve de propriété jusqu'à complet paiement du prix sont valables à condition d'être stipulées dans un écrit et d'être régulièrement publiées au registre du commerce et du crédit mobilier ⁷⁴.

B - Les droits du conjoint du débiteur.

64- L'évolution historique, éclairante à plus d'un titre, est marquée par une indulgence croissante à l'égard du conjoint du débiteur en état de cessation des paiements ou en faillite, étant indiqué que, pendant longtemps, le débiteur commerçant était toujours l'homme et le conjoint du débiteur, la femme. Le Code de commerce de 1807 était sévère pour la femme du failli. On la soupçonnait d'être responsable, dans une certaine mesure de la faillite, notamment par son train de vie, et on estimait qu'« à tout le moins elle devait partager la misère de son mari puisqu'elle avait profité des années heureuses »⁷⁵. Le Code établissait donc entre les époux une certaine solidarité dans le malheur.

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

⁷⁴ Classiquement, les clauses de réserve de propriété étaient paralysées par l'ouverture de la procédure collective. La Cour de cassation, sous l'empire des textes alors en vigueur en Afrique, décidait que la revendication se heurtait à cette règle de droit qui interdit aux vendeurs de marchandises ou de matériel commercial de reprendre, au préjudice de la faillite, les choses livrées antérieurement par l'exécution d'une vente, même conditionnelle, et devenues, par leur entrée dans les magasins de l'acquéreur, des éléments de la solvabilité apparente de celui-ci (Civ., 28 mars et 22 octobre 1934, Dalloz 1934, I, 151 note Vandamme).

⁷⁵ Ripert et Roblot, op. cit., n° 3165.

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

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

Parmi les problèmes importants qui se posent en cas d'ouverture d'une procédure collective figure la situation des créanciers d'un époux *in bonis* commun en biens de l'autre époux placé en redressement judiciaire ou en liquidation des biens ⁷⁶.

Section III : Les différentes catégories de créanciers et leurs droits

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

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

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

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

A - Les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture.

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

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

⁷⁶ Voy. sur ce problème : JADAUD B., Droit commercial, Règlement amiable, redressement et liquidation judiciaires des entreprises, Montchrestien, 1997, p.151 à 164 ; PERRODET A., Le conjoint du débiteur en redressement judiciaire, RTDCom., 1999, p. 1 à 61.

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

B - Les créanciers postérieurs au jugement d'ouverture

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

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

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

§II - Les créanciers dans la masse

67- Les créanciers dans la masse ou créanciers formant la masse sont les créanciers antérieurs qui ont produit et ont été admis. Ils sont soumis à la discipline collective : arrêt des poursuites individuelles, arrêt du cours des intérêts, absence partielle de déchéance du terme, arrêt des inscriptions. Ils peuvent prendre part au vote du concordat et aux dividendes concordataires en fonction des dispositions concordataires ou aux dividendes de la liquidation des biens en fonction de leur rang selon les articles 166 et 167.

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

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

Les créanciers munis de sûretés réelles, malgré leurs sûretés, se voient appliquer les règles de la discipline collective. Afin de faciliter les opérations de réalisation de l'actif mobilier et immobilier, le droit individuel de poursuite des créanciers gagistes⁷⁷, nantis ou hypothécaires est suspendu mais seulement jusqu'à l'expiration d'un délai de 3 mois suivant le jugement de liquidation des biens. Passé ce délai, si le syndic n'a pas réalisé les biens concernés, les créanciers peuvent reprendre l'exercice de leur droit de poursuite à charge de rendre compte au syndic (articles 149 et 150). L'AUPC concilie ainsi le souci de permettre au syndic de réaliser l'ensemble de l'actif dans les meilleures conditions sans livrer les créanciers munis de telles sûretés à l'inertie ou à l'attentisme prolongé du syndic.

Les créanciers titulaires de privilèges généraux sont astreints à la discipline collective ; en particulier, ils doivent produire ; ils peuvent prendre part au vote du concordat. Leur ordre de paiement préférentiel figure aux articles 166 et 167. L'Acte uniforme sur les sûretés restreint et clarifie les privilèges généraux. En cas de retard prolongé dans la vente des biens, le Trésor public, l'Administration des douanes et les organismes de sécurité sociale bénéficient des mêmes droits que les créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales. Parmi

⁷⁷ On signalera que l'Acte uniforme organisant les sûretés (articles 41 à 43) fait du droit de rétention une sûreté d'application générale, parfaite et achevée. Il confère au rétenteur la situation d'un créancier gagiste aussi bien pour le droit de suite que pour le droit de préférence.

les créanciers privilégiés, les salariés occupent une place à part. Sans doute en raison du caractère alimentaire de leurs créances, outre le bénéfice du privilège et du super privilège, l'article 96 prévoit leur paiement diligent. Mais en l'absence d'un système de garantie du paiement, comme l'Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés (A. G. S.) en France, ce mécanisme, bien que cohérent, risque de se révéler, dans la plupart des cas, peu efficace quant au paiement effectif.

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

§ III : L'ordre de paiement des créanciers

68- L'ordre de paiement des créanciers présente tout son intérêt dans l'union ou dans la clôture pour insuffisance d'actif. Malgré les efforts faits par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS) et par l'AUPC en matière de clarification et de simplification, l'ordre de paiement des créanciers et la distribution pour les créanciers venant à rang égal demeurent des questions relativement complexes. En droit commun, il est fixé par l'AUS dans ses articles 148 pour les immeubles (de 1° à 6°) et 149 pour les meubles (de 1° à 8°). S'agissant des procédures collectives, l'ordre figure dans l'AUPC aux articles 166 pour les immeubles et 167 pour les meubles.

A- L'ordre en matière immobilière

1. Principes.

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

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

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

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

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

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

6°) aux créanciers chirographaires.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Illustrations

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

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

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

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

somme disponible 4M

$$\frac{\text{créances exigibles}}{6\text{M}} = \frac{\text{-----}}{\text{-----}} = \frac{2}{3}$$

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

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

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

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

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

B- L'ordre en matière mobilière.

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

- 1°) aux créanciers des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution du prix ;
- 2°) aux créanciers de frais engagés pour la conservation du bien du débiteur dans l'intérêt du créancier dont les titres sont antérieurs en date ;
- 3°) aux créanciers de salaires super privilégiés en proportion de la valeur du meuble par rapport à l'ensemble de l'actif ;
- 4°) aux créanciers garantis par un gage selon la date de constitution du gage ;
- 5°) aux créanciers garantis par un nantissement ou par un privilège soumis à publicité, chacun suivant le rang de son inscription au registre du commerce et du crédit mobilier ;
- 6°) aux créanciers munis d'un privilège mobilier spécial, chacun sur le meuble supportant le privilège ;
- 7°) aux créanciers de la masse tels que définis par l'article 117 ci-dessus ;
- 8°) aux créanciers munis d'un privilège général selon l'ordre établi par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ;
- 9°) aux créanciers chirographaires.

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

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

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

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

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

TITRE III : LES SOLUTIONS DES PROCEDURES COLLECTIVES

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

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

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

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

CHAPITRE I : LES SOLUTIONS DE SURVIE DE L'ENTREPRISE

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

Section I : Le concordat

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

§ I : La formation du concordat

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

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

La première question qui se pose est de savoir quelles catégories de créanciers prennent part au vote du concordat. Assurément, les créanciers chirographaires (article 122). Egalement les créanciers dont la sûreté est contestée qui y sont admis à titre chirographaire (article 123). Les créanciers munis d'une sûreté réelle spéciale qui n'ont pas fait la déclaration

prévue à l'article 120 (indication du délai et/ou de la remise qu'ils entendent accorder et qui diffèreraient de ceux résultant de la proposition concordataire) peuvent prendre part au vote sans renoncer à leur sûreté et consentir des délais et remises différents de ceux proposés par le débiteur ; ils sont censés accepter le concordat si, dûment appelés, ils ne participent pas au vote de l'assemblée concordataire. La situation des créanciers munis de privilèges généraux est énigmatique puisque l'AUPC ne contient aucune disposition fournissant un éclairage sur leur situation. De l'interprétation de l'article 134 qui rend le concordat obligatoire pour tous les créanciers antérieurs sauf les créanciers munis d'une sûreté réelle spéciale qui ne sont obligés que par les remises et délais par eux consentis, on peut en déduire que les créanciers munis de privilèges généraux sont autorisés à prendre part au vote du concordat mais sans que cela entraîne la perte de leurs sûretés.

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

Le vote du concordat est acquis s'il obtient la majorité en nombre des créanciers représentant 50 % des créances en sommes (article 125)⁷⁸. Si une seule des majorités seulement est acquise, le vote est reporté sous huitaine mais il ne concernera que la majorité non acquise. Si aucune des majorités n'est acquise ou si la majorité manquante n'est pas obtenue, il n'y a pas de concordat. Si les deux majorités sont acquises, le concordat est valable. L'AUPC prévoit une innovation de taille : en effet, il institue un concordat simplifié qui ne fait pas appel à l'accord des créanciers lorsque la proposition concordataire ne comporte pas de demande de remise ni de demande de délai supérieur à deux ans.

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

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

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

§ II : Les effets du concordat

74- Le concordat met fin à la procédure collective de redressement judiciaire dès que le jugement d'homologation a acquis force de chose jugée. Il en résulte que le débiteur retrouve la libre administration et disposition de son patrimoine ; la masse est dissoute : le syndic rend compte, remet les pièces et documents et cesse ses fonctions ; les créanciers recouvrent leurs

⁷⁸ Le Code de commerce exigeait une majorité en nombre des créanciers représentant les 2/3 des créances en sommes.

droits de poursuite individuelle mais ils doivent respecter les délais et remises stipulés dans le concordat. Mais il y a des survivances de la procédure collective : d'une part, l'hypothèque de la masse demeure et permet aux créanciers concordataires de primer les nouveaux créanciers sur les immeubles du débiteur ; d'autre part, la juridiction compétente peut désigner ou maintenir en fonction les contrôleurs pour surveiller l'exécution du concordat (ils deviennent des contrôleurs à l'exécution du concordat) ou, à défaut de contrôleurs, le syndic.

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

- les créanciers munis de sûretés réelles spéciales ne sont obligés que par les remises et délais particuliers qu'ils ont consentis, sauf dans le cas où le concordat ne comporte qu'une demande de délais n'excédant deux ans ; ces délais peuvent leur être opposés si ceux qu'ils ont consentis sont inférieurs⁷⁹ ;

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

§ III : La disparition du concordat

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

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

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

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

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

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

Section II : La clôture pour extinction du passif

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

Le fondement de ce mode de clôture est simple : la procédure est ouverte parce qu'il y a cessation des paiements, autrement dit impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible. Il paraît donc raisonnable que la procédure soit clôturée s'il n'y a plus de

⁷⁹ Les créanciers munis de sûretés réelles ne perdent pas leurs garanties mais ne peuvent les réaliser qu'en cas d'annulation ou de résolution du concordat de redressement auquel ils ont consenti ou qui leur a été imposé.

passif exigible⁸⁰. Il en est ainsi lorsque tout le passif est réglé ou qu'il y a abandon de dettes ou lorsque le syndic dispose de deniers suffisants pour y faire face. Ce mode de clôture intervient à toute époque de la procédure sur demande du débiteur ou du syndic ou même d'office. Il entraîne une réhabilitation automatique du débiteur si la faillite personnelle avait été prononcée à son encontre.

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

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

Section I : L'union

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

Dans le mois de son entrée en fonction, le syndic remet au juge-commissaire un état évaluatif de l'actif et du passif (chirographaire et privilégié) ainsi que, s'il s'agit d'une personne morale, tous renseignements sur une éventuelle responsabilité du ou des dirigeants de celle-ci. Le syndic procède à l'établissement de l'état des créances même s'il lui apparaît que les deniers à provenir de la réalisation de l'actif seront entièrement absorbés par les frais de justice et les créances privilégiées (article 146)⁸¹. Le seul intérêt de la règle de l'OHADA est de clarifier la situation du passif et de permettre l'établissement éventuel de la responsabilité civile ou pénale du débiteur ou des dirigeants de la personne morale.

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

Le paiement des créanciers se fait selon l'ordre fixé par les articles 166 et 167 de l'AUPC⁸².

Lorsque les opérations de liquidation sont terminées, le syndic rend ses comptes au juge-commissaire qui constate par un procès-verbal la fin des opérations. La juridiction

⁸⁰ Avant la légalisation de ce mode de clôture, les juridictions profitaient, lorsque les voies de recours n'étaient pas encore expirées, pour se rétracter ou pour réformer la décision d'ouverture sur opposition ou appel. D'autres se permettaient de rapporter la décision malgré l'autorité de la chose jugée. De façon plus exacte, des juridictions se fondaient sur le défaut d'intérêt de la masse d'où la première appellation de ce mode de clôture.

⁸¹ L'AUPC prend ainsi le contre-pied de la loi française du 25 janvier 1985.

⁸² Voy. sur l'ordre de paiement *supra* n°s 68 et s.

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

Section II : La clôture pour insuffisance d'actif

79- Réglementée par les articles 173 à 177, la clôture pour insuffisance d'actif est un mode de clôture qui peut intervenir à toute hauteur de la procédure. Cette clôture s'explique par la finalité de la procédure collective : elle tend au paiement des créanciers dans les meilleures conditions possibles. Si le paiement devient impossible, il n'y a pas d'intérêt à maintenir la procédure ouverte. A le faire, on risque d'accroître le passif (frais d'administration de la procédure). Dans ce sens, c'est un diminutif de l'union.

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

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

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

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

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

TROISIEME PARTIE : LES SANCTIONS DANS LE CADRE DES PROCEDURES COLLECTIVES

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

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

CHAPITRE I : LES SANCTIONS CIVILES ET COMMERCIALES

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

Section I : Les sanctions à caractère patrimonial

81- Ce sont des sanctions qui s'appliquent aux dirigeants de sociétés ou d'autres personnes morales de droit privé. Elles trouvent leur origine dans la législation française de 1935 et de 1940. Auparavant, la personnalité morale de la société constituait un bouclier protecteur infranchissable⁸³. Ces sanctions comprennent le comblement du passif social et l'extension de la procédure ainsi que des limitations aux droits d'associés des dirigeants sociaux.

§ I : L'obligation de combler le passif

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

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

Ce qu'il faut noter, c'est que, depuis son institution en 1940 jusqu'à la loi française du 25 janvier 1985, l'action en comblement du passif a toujours fonctionné sur des présomptions : présomption de faute des dirigeants et présomption de lien de causalité entre la faute et le dommage que traduit l'insuffisance d'actif, si bien qu'il était difficile pour les dirigeants d'y échapper. La preuve de l'absence de faute ne suffisait pas, il leur fallait, en effet, prouver

⁸³ Voy. dans ce sens : Delebecque Ph. et Germain M., Traité de droit commercial de Georges Ripert et René Roblot, L.G.D.J., tome 2, 16e éd., 2000, n° 3278.

qu'ils ont apporté aux affaires sociales toute l'activité et la diligence d'un mandataire salarié. Or, avec le ralentissement de la croissance et le développement de la concurrence, il y a de plus en plus d'entreprises dont les difficultés n'incombent pas à leurs dirigeants. C'est pourquoi, s'inspirant de la loi française du 25 janvier 1985 et pour ne pas décourager les initiatives, l'Acte uniforme exige que soient prouvés, conformément au droit commun, le dommage, la faute et le lien de causalité.

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

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

§ II : L'extension de la procédure

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

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

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

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

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

L'on peut rapprocher de ces sanctions les conséquences de l'action en responsabilité civile exercée sur le fondement de l'article 1382, qui a fait couler beaucoup d'encre ⁸⁴. L'AUPC prévoit en effet que « les tiers, créanciers ou non, qui, par leurs agissements fautifs, ont contribué à retarder la cessation des paiements ou à diminuer l'actif ou à aggraver le passif du débiteur peuvent être condamnés à réparer le préjudice subi par la masse sur action du syndic agissant dans l'intérêt collectif des créanciers » (article 118). Il précise que la

⁸⁴ En France, cette responsabilité a surtout concerné le banquier dispensateur de crédit, qui a été admise pour la première fois par l'arrêt de principe de la Cour de Cassation du 7 janvier 1976 (Chambre commerciale, Dalloz 1976, 277, note Derrida et Sortais). Pour un cas africain, voy. SAWADOGO F.M., Note sous Tribunal de première instance de Ouagadougou, 13 juin 1984, Revue Burkinabè de Droit, n° 12 - décembre 1987, p. 501 à 518.

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

§ III : Les restrictions frappant les droits sociaux des dirigeants

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

- inaccessibilité automatique des titres sociaux dès le jugement d'ouverture, sauf autorisation du juge-commissaire, et dépôt des titres entre les mains du syndic qui est chargé de leur garde (articles 57 et 58) ; le fait pour le dirigeant de ne pas remettre les titres au syndic est une infraction⁸⁵ ;

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

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

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

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

Section II : Les sanctions à caractère extrapatrimonial : la faillite personnelle

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

§ I : Le champ d'application

85- La faillite personnelle s'applique :

- aux commerçants personnes physiques, ce qui est classique ; les sanctions étaient même automatiques avant la loi de 1967 ;

- aux personnes physiques dirigeantes de personnes morales assujetties aux procédures collectives ;

- aux personnes physiques représentantes permanentes de personnes morales dirigeantes de personnes morales assujetties aux procédures collectives.

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

⁸⁵ Art. 231, 7°.

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

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

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

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

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

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

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

CHAPITRE II : LES SANCTIONS PENALES

87- Elles n'appellent pas beaucoup de développements. Il suffira de préciser que l'AUPC incrimine un certain nombre d'actes au titre de la banqueroute proprement dite, des infractions assimilées à la banqueroute ou des infractions commises par d'autres personnes à l'occasion d'une procédure collective⁸⁶. Il renvoie aux lois internes pour les peines.

Section I : La banqueroute proprement dite

88- Elle s'adresse aux commerçants personnes physiques, autrement dit aux entrepreneurs individuels ayant la qualité de commerçants et aux associés des sociétés commerciales qui ont la qualité de commerçants, en l'occurrence ceux qui sont tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Les faits incriminés entraînent, soit la banqueroute simple, soit la banqueroute frauduleuse, distinction fondée sur la gravité des fautes et la nécessité d'une

⁸⁶ Ces infractions seront négligées, sauf à préciser qu'elles concernent toute personne (conjoint, ascendant, descendant, collatéraux ou alliés du débiteur, créancier) qui aurait soustrait, recelé ou dissimulé des biens, qui aurait frauduleusement produit... (articles 240 à 244) et tout particulièrement le syndic qui aurait commis le délit de malversation, notamment en disposant des biens et du crédit du débiteur comme des siens propres, en dissipant les biens du débiteur, ou en poursuivant abusivement et de mauvaise foi, dans son intérêt personnel, soit directement, soit indirectement, une exploitation déficitaire de l'entreprise du débiteur, ou encore en se rendant directement ou indirectement acquéreur des biens du débiteur (article 243).

répression proportionnée. Ils supposent que le commerçant personne physique ou la personne morale dont on est tenu des dettes est en état de cessation des paiements.

§ I : Les cas de banqueroute simple

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

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

§ II : Les cas de banqueroute frauduleuse

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

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

Section II : Les infractions assimilées aux banqueroutes

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

§ I : Les infractions assimilées à la banqueroute simple

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

aux poursuites de la personne morale en état de cessation des paiements ou à celles des associés ou des créanciers de la personne morale (article 231).

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

§ II : Les infractions assimilées à la banqueroute frauduleuse.

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

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

- de mauvaise foi, présenté ou fait présenter un compte de résultats ou un bilan ou un état des créances et des dettes ou un état actif et passif des privilèges et sûretés, inexact ou incomplet ;
- sans autorisation du président de la juridiction compétente, accompli des actes interdits par l'article 11.

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

La principale question qui se pose concernant la banqueroute, les délits assimilés et les autres infractions ainsi que de manière générale toutes les sanctions, est surtout celle de leur effectivité qui exerce un effet dissuasif et moralisateur sur le monde des affaires et qui accroît l'efficacité des procédures collectives.

Conclusion

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

son caractère uniforme que vient renforcer le caractère relativement détaillé et directement applicable de la plupart de ses dispositions.

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