



**HAL**  
open science

## Le concordat préventif en droit Ohada

Kokou Serge Evelamenou

► **To cite this version:**

Kokou Serge Evelamenou. Le concordat préventif en droit Ohada. Droit. Université Paris-Est; Université de Lomé (Togo). Faculté de droit, 2012. Français. NNT: 2012PEST0046 . tel-00826568

**HAL Id: tel-00826568**

**<https://theses.hal.science/tel-00826568>**

Submitted on 25 Nov 2014

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ DE LOMÉ  
TOGO  
FACULTÉ DE DROIT

Laboratoire de recherche  
Centre de Droit des Affaires

UNIVERSITÉ PARIS-EST VAL-DE-MARNE  
FRANCE  
FACULTÉ DE DROIT

Laboratoire de recherche  
Centre OBM (Obligations, Biens, Marchés)

Cotutelle de thèse pour l'obtention du grade de Docteur en Droit  
**Option: Droit privé**

Titre:

# LE CONCORDAT PRÉVENTIF EN DROIT OHADA

Présentée et soutenue publiquement le 18 décembre 2012  
À l'Université Paris-Est  
Par **SERGE KOKOU EVELAMENOU**

**Sous la codirection de :**

AKUÉTÉ SANTOS  
Agrégé des Facultés de Droit  
Professeur à l'Université de LOMÉ  
Directeur du Centre de Droit des Affaires  
Doyen de la Faculté de Droit, UL

et

PHILIPPE DUPICHOT  
Agrégé des Facultés de Droit  
Professeur à l'Université Paris-Est  
Directeur du Master 2 "Droit des  
contrats et des pratiques commerciales"  
Avocat à la Cour

**Autres membres du jury:**

AUGUSTIN AYNÈS, Agrégé des Facultés de Droit,  
Professeur à l'Université Paris-Est, France (**Examineur, Président du Jury**)

KOFFI AGBENOTO, Agrégé des Facultés de Droit,  
Professeur à l'Université de Kara, Togo (**Rapporteur**)

FRÉDÉRIC BICHERON, Agrégé des Facultés de Droit,  
Professeur à l'Université de Nantes, France (**Rapporteur**)

***Les universités de Lomé et de Paris-Est n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse.***

***Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.***

Mes sincères remerciements aux  
Professeurs AKUÉTÉ SANTOS et  
PHILIPPE DUPICHOT, mes directeurs  
de thèse, pour leurs conseils, leur  
disponibilité et leur confiance.

A  
Dela, Béni et Johan, mes amis et ma  
famille, qui ont commencé et  
soutenu avec moi cette aventure.

## LISTE DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABRÉVIATIONS

Act. jur.	Actualité juridique
Act. proc. coll.	Actualité des procédures collectives
AGS	Assurance garantie des salaires
AJ	Actualité de jurisprudence
AJDI	Actualité juridique Droit immobilier
AJPI	Actualité juridique Propriété intellectuelle
Al.	Alinéa
Amend.	Amendement
Ann. Univ. (Toulouse)	Annales de l'Université de Toulouse
Art.	Article
AUCE	Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises
AUDCG	Acte uniforme relatif au droit commercial général
AUPC	Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif
AURV	Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution
AUS	Acte uniforme portant organisation des sûretés
AUSC	Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique
Banque et droit	Revue banque et droit
Banque	Revue banque
BCEAO	Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest
BICC ou <i>Bull. inf. C. cass.</i>	Bulletin d'information de la Cour de cassation
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
Bull. Joly	Bulletin Joly
C. cass.	Cour de cassation (France)
C. civ.	Code civil (France)

C. com.	Code de commerce (France)
C. com. Lib.	Code de commerce (Liban)
C. mon. fin.	Code monétaire et financier (France)
C. org. jud.	Code de l'organisation judiciaire (France)
C. rur.	Code rural (France)
C. trav. fr.	Code du travail (France)
CA	Cour d'appel
CCC	Revue Contrats, concurrence, consommation
CCJA	Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA.
Cf.	Confère
Chron.	Chronique
CIMA	Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances
Circ.	Circulaire
Civ.	Cour de cassation, chambre civile
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le Droit commercial International
Coll.	Collection
Coll. dr. unif. afric.	Collection droit uniforme africain
Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Comm.	Commentaire
Comp.	Comparer
Concl.	Conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel (France)
<i>Contra</i>	En sens contraire
D. aff.	Dalloz affaires
D. crit.	Dalloz critique
D.	Dalloz
DA	Dalloz-Action
DH	Dalloz hebdomadaire
Dict. perm.	Dictionnaire permanent (Difficultés des entreprises)
Dir.	Sous la direction de

Doc. AN	Document Assemblée Nationale (France)
Doc. Sénat	Document Sénat (France)
Doct.	Doctrine
DP	Dalloz périodique
Dr. et patri.	Revue Droit et patrimoine
Dr. soc.	Revue Droit social
Éd.	Édition
Ex.	Exemple
F CFA	Franc de la Communauté financière africaine
Fasc.	Fascicule (Revue Lamy)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Gaz. proc. coll.	Gazette des procédures collectives
In	Dans
<i>Infra</i>	Plus bas
Interv.	Intervention (Assemblée nationale française)
IR (Dalloz)	Rubrique information rapide (Recueil Dalloz)
J.-Cl. ou J.-cl. Com.	Juris-Classeur
J.O.R.F.	Journal officiel de la République française
J.O.R.T.	Journal officiel de la République togolaise
JCP CI	Juris-Classeur périodique, édition commerce et industrie
JCP E	Juris-Classeur périodique, édition entreprise
JCP G	Juris-Classeur périodique, édition générale
JCP N	Juris-Classeur périodique, édition notariale et immobilière
JCP S	Juris-Classeur périodique, édition sociale
JCP	Juris-Classeur périodique
JO Sénat	Journal officiel Sénat. Débats, compte-rendu intégral
JOAN	Journal officiel Assemblée Nationale (France)
<i>Jur. ou jurispr.</i>	Jurisprudence
Jur. soc. (Lamy)	Lamy jurisprudence sociale
Jurid. Joly	Les éditions Juridictionnaires Joly
L.	Loi
Lamy dr. aff.	Lamy droit des affaires

LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LME	Loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 (France)
LPA	Les Petites affiches
Mél.	Mélanges
Meritius	Publication d'un cabinet d'avocats du même nom (Belgique)
n° spéc.	Numéro spécial
n°	Numéro
Obs.	Observations
Obs. crit.	Observations critiques
OCED	Observatoire consulaire des entreprises en difficulté
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
Ohadata	Banque numérique de données juridiques de l'OHADA
op. cit.	<i>opere citate</i> (dans l'ouvrage précédemment cité)
Ord.	Ordonnance
p.	Page
Pacioli	Bulletin de l'Institut Professionnel des Comptables et Fiscalistes Agréés (IPCF, Belgique)
PUAM	Presses de l'Université d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
Quot. Jur.	Quotidien juridique
Rapp.	Rapport
Rapp. C. cass.	Rapport de la Cour de cassation
RCCM	Registre du Commerce et du Crédit Mobilier
Rép. Civ. D.	Répertoire civil Dalloz
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. crit. dr. inter. privé	Revue critique de droit international privé
Rev. dr. banc. et bourse	Revue de droit bancaire et de la bourse
Rev. dr. banc. fin.	Revue de droit bancaire et financier
Rev. Fr. Compta.	Revue française de comptabilité
Rev. int. dr. comp.	Revue internationale de droit comparé
Rev. proc. coll.	Revue de procédures collectives



Rev. sc. crim.	Revue de science criminelle
Rev. Sociétés	Revue des sociétés
Rev. tog. dr. aff. arb.	Revue togolaise de droit des affaires et d'arbitrage
RJ. Com. ou Rev. jurisp. com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJF	Revue de jurisprudence fiscale
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RRJ	Revue de la recherche juridique
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	suivant
Soc.	Cour de cassation, chambre sociale
somm.	Sommaire
somm. comm.	Sommaire commenté
spéc.	Spécialement
ss.	Sous
supp.	Supplément
<i>Supra</i>	Plus haut
T.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
TPI	Tribunal de première instance
TRHC	Tribunal régional hors classe
Trib. com.	Tribunal de commerce
Trib. confl.	Tribunal des conflits
UEMOA	Union Économique et Monétaire Ouest Africaine
V.	Voir
§	Paragraphe

## SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	9
PARTIE 1	
L'ÉLABORATION DU CONCORDAT PRÉVENTIF.....	30
TITRE 1	
UNE PHASE PRÉPARATOIRE INADAPTÉE.....	31
<i>CHAPITRE 1: UNE PHASE SOUMISE À LA SEULE VOLONTÉ DU DÉBITEUR.....</i>	<i>32</i>
<i>CHAPITRE 2: UNE PHASE TRIBUTAIRE DE LA SITUATION DU DÉBITEUR.....</i>	<i>80</i>
TITRE 2	
UNE PHASE DE FORMATION TARDIVE.....	126
<i>CHAPITRE 1: LE PRONONCÉ TARDIF DE LA SUSPENSION DES POURSUITES .....</i>	<i>128</i>
<i>CHAPITRE 2: L'EFFET LIMITÉ DE L'HOMOLOGATION DU CONCORDAT.....</i>	<i>155</i>
PARTIE 2	
L'EXÉCUTION DU CONCORDAT PRÉVENTIF.....	196
TITRE 1	
L'EXÉCUTION NORMALE DU CONCORDAT PRÉVENTIF.....	197
<i>CHAPITRE 1: LA MISE EN ŒUVRE DES MODALITÉS DE CONTINUATION.....</i>	<i>198</i>
<i>CHAPITRE 2: LE CARACTÈRE TARDIF DES MESURES DE RESTRUCTURATION ET DE FINANCEMENT.....</i>	<i>265</i>
TITRE 2	
LES INCIDENTS D'EXÉCUTION DU CONCORDAT PRÉVENTIF.....	298
<i>CHAPITRE 1: LA POSSIBILITÉ D'UNE MODIFICATION DU CONCORDAT PRÉVENTIF .....</i>	<i>299</i>
<i>CHAPITRE 2: LA DISPARITION QUASI-INÉLUCTABLE DU CONCORDAT PRÉVENTIF .....</i>	<i>325</i>
CONCLUSION.....	367

## INTRODUCTION

1. « Messieurs, il nous était dû à tous en bloc un million ; nous avons dépecé notre homme comme une frégate sombrée : les clous, les fers, les bois, les cuivres ont donné trois cent mille francs. Nous avons donc trente pour cent de nos créances. Heureux d'avoir trouvé cette somme quand notre débiteur pouvait ne nous laisser que cent mille francs, nous le déclarons un Aristide, nous lui votons des primes d'encouragement, des couronnes, et proposons de lui laisser son actif, en lui accordant dix ou douze ans pour nous payer cinquante pour cent qu'il daigne nous promettre. Voici le concordat, passez au bureau, signez-le ! »<sup>1</sup> Telle était, en France, la formule générale par laquelle les syndics faisaient rapport à l'assemblée des créanciers dans le régime des faillites en vigueur sous la Restauration, un système que Balzac entrepris de dénoncer et qu'il résuma ainsi : « Il y a donc deux faillites : la faillite du négociant qui veut ressaisir les affaires, et la faillite du négociant qui, tombé dans l'eau, se contente d'aller au fond de la rivière »<sup>2</sup>. Ce qui, déjà, est une certaine *humanisation* de la procédure, puisqu'elle permettait au commerçant dont le concordat est homologué de redevenir « *négociant* », de reprendre ses affaires, lui évitant ainsi « *la mort civile* », qui s'exécutait au « *moyen d'un contrat d'union* »<sup>3</sup>. C'était, sans doute, une amorce d'évolution du droit de la faillite qui deviendra plus tard le droit des entreprises en difficulté.
2. **Histoire - La faillite.** Avant que l'on ne parle de « difficultés des entreprises », le concept directeur était celui de faillite<sup>4</sup>, c'est-à-dire de défaillance d'un débiteur qui ne parvient plus à tenir ses engagements. On dit que le débiteur a failli.

---

<sup>1</sup> BALZAC (Honoré de), *Histoire de la grandeur et de la décadence de César Birotteau*, in *La Comédie humaine, Etudes de mœurs, Scènes de la vie parisienne*, T. II, Paris, 1844, p. 595.V. aussi GUYON (Y), *Une faillite au XIX<sup>e</sup> siècle selon le roman de Balzac, « César Birotteau »*, in *Mélanges Jauffret*, Aix, 1974, p. 377 ; BAUCHY (J.-H.), *Balzac juriste, V, La faillite de César Birotteau*, JCP, éd. N. 1997, p. 567.

<sup>2</sup> BALZAC (Honoré de), *Histoire de la grandeur et de la décadence de César Birotteau*, op. cit., p. 596.

<sup>3</sup> C'est ce qui se passait lorsque le concordat proposé par le débiteur n'est pas accepté. « *Les créanciers nomment alors des Syndics définitifs, prennent des mesures exorbitantes en s'associant pour exploiter les biens, le commerce de leur débiteur, saisissant tout ce qu'il aura, la succession de son père, de sa mère, de sa tante, etc.* » Cf. BALZAC (Honoré de), *Histoire de la grandeur et de la décadence de César Birotteau*, op. cit., p. 596. Ce système n'est abandonné qu'après la réforme de 1985. V. CORNU G. (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, 9<sup>ème</sup> éd. Quadrige/PUF, 2011, p. 1041.

<sup>4</sup> PAILLUSSEAU (J), *Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté...*, MéL. HOUIN, 1985, p. 109 ; HILAIRE (J), *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986, p. 305 et s. ; CHAPUT (Y), *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, PUF, 1986 ; SZRAMKIEWICZ (R), *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, Domat, 1989, n° 71, 435, 750, qui observe que dans les premiers temps, la faillite était une procédure portant sur le débiteur lui-même ; DUPOUY (C), *Le droit des faillites en France avant le Code de commerce*, LGDJ, Paris, 1960 ; DESURVIRE (D), *Banqueroute et faillite. De l'antiquité à la France contemporaine*, Les Petites Affiches 1991, n° 104 ; SOINNE (B), *Traité des procédures collectives*, 2<sup>ème</sup> éd. Litec, 1995, n° 1 et s. ; JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup>

3. Le failli a trahi la confiance de ses créanciers et encourait de ce fait « *la venditio bonorum* »<sup>5</sup> qui se caractérisait par l'infamie et se traduisait par la vente collective des biens du débiteur pour payer ses créanciers. On s'accorde à donner au droit de la faillite, qui s'appliquait au commerçant comme au non-commerçant, une origine médiévale<sup>6</sup>. Le droit médiéval de la faillite était, en effet, « fondé sur une conception particulière de l'insolvabilité dans laquelle la défaillance est étroitement associée à l'idée de fraude »<sup>7</sup>. Ce qui explique la sévérité des sanctions pénales (banqueroute<sup>8</sup>) appliquées. Cette situation conduisit à une multiplication des tentatives pour éviter l'application du droit de la faillite, surtout par la généralisation de « traités particuliers » conclus entre le débiteur et ses principaux créanciers<sup>9</sup>.
4. **Droit moderne.** Aujourd'hui, à la défaillance d'un débiteur (la « faillite ») a succédé le concept plus flexible de « difficultés ». À la répression des mauvais débiteurs (notamment par le délit de banqueroute et les mesures d'interdiction) ont succédé la prévention et le redressement des entreprises<sup>10</sup>. Ces modifications de la terminologie, en apparence formelle, révèlent, en réalité, une évolution très profonde de la matière qui, d'une discipline orientée vers le désintéressement des créanciers d'un commerçant qui cesse ses paiements, devient un ensemble de règles destinées à prévenir et à traiter les défaillances d'entreprises<sup>11</sup>.

---

éd., op. cit., n° 151 ; RIPERT (G) et ROBLOT (R), par DELEBECQUE (PH) et GERMAIN (M), *Droit commercial*, T. 2, 17<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2004, n° 2790 et s.; SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, Domat, 2009, n° 9 et s. ; PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, 8<sup>ème</sup> éd. LGDJ, 2009, n° 2 et s. ; JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd. Litec, 2011, n° 1 et s.

<sup>5</sup> V. not. SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, précité, selon qui la procédure d'exécution était longue et précise, réglementée par le prêteur à partir de 118 av. J.-C. Elle commence par une mainmise des créanciers sur les biens du débiteur : *missio in possessionem*. Le prêteur qui doit autoriser cet envoi en possession désigne alors un curateur aux biens qui contrôle le patrimoine du débiteur qui en est, en quelque sorte, dessaisi. Il s'agit de prendre des mesures conservatoires pour empêcher la dispersion de l'actif et d'interdire au débiteur de contracter de nouvelles dettes. Puis, le prêteur nomme un créancier en qualité de "*magister bonorum*", maître des biens. Celui-ci doit dresser un état des biens du débiteur et organiser leur aliénation. La vente a lieu aux enchères publiques et porte sur la totalité du patrimoine, actif et passif, du débiteur. Le plus offrant en devient l'acquéreur – *emptor bonorum* – et est substitué au débiteur dans la propriété des biens ainsi que dans les contrats et actions en justice. Le débiteur devient alors infâme.

<sup>6</sup> RENAUT (M.-H.), *La déconfiture du commerçant*, RTD com. 2000, 533.

<sup>7</sup> HILAIRE (J), *Introduction historique au droit commercial*, précité, p. 311; GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, *Entreprises en difficultés – Redressement judiciaire – Faillite*, 9<sup>ème</sup> éd. Economica, 2003, n° 1008: Celui qui avait failli à ses engagements était présumé être un fraudeur ("*faillitus, ergo fraudator*").

<sup>8</sup> "*Banca rotta*", symbolisée par l'exclusion du monde des marchands auquel le failli appartenait et la rupture de son comptoir, de son banc. V. CORNU G. (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, 9<sup>ème</sup> éd. Quadrige/PUF, 2011, p. 122; GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, op. cit., n° 1008: On brisait solennellement le banc du failli à l'assemblée des marchands, d'où l'expression encore en vigueur de banqueroute.

<sup>9</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, ... 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 2 et s.

<sup>10</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n°1, p. 1.

<sup>11</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1, p. 1.

- 5. Domaine de la recherche : variétés de concordat.** En matière de prévention des difficultés des entreprises<sup>12</sup>, une action collective des créanciers est le moyen le plus sûr de redresser l'entreprise en difficulté<sup>13</sup>. Il n'est pas interdit à un débiteur, pour éviter la faillite, de rechercher et de conclure avec tous ses créanciers ou certains d'entre eux, un accord destiné à empêcher les poursuites intempestives et la survenance de la cessation des paiements, par l'obtention de délais de paiement et/ou de remises de dettes<sup>14</sup>. L'accord conclu porte divers noms : concordat amiable, concordat préventif, pacte amiable, pacte d'atermolement ou moratoire général<sup>15</sup>.
- 6.** Le débiteur, confronté à des difficultés, peut en effet, pour établir de nouvelles modalités de règlement de son passif, contacter, soit l'ensemble de ses créanciers et obtenir leur accord sur un plan collectif ; il s'agit alors d'un concordat amiable également appelé « pacte d'atermolement » ou « moratoire général »<sup>16</sup>. Il peut aussi contacter l'un ou l'autre de ses créanciers et conclure avec lui des accords bilatéraux. Il peut enfin contacter quelques-uns de ses créanciers, mais sans intervention de la totalité de ceux-ci, la pratique appelant cet accord « moratoire amiable »<sup>17</sup>. Le concordat est donc un acte issu de la pratique ; il intervient en dehors de tout contrôle du juge et ne fait l'objet d'aucune homologation par le tribunal qui n'a pas à approuver une convention privée<sup>18</sup>.
- 7.** Cette convention n'est cependant réglementée ni dans le Code de commerce, ni dans le Code civil, ni dans aucun texte spécial. Sa recherche comme sa conclusion ne sont soumises à aucune règle particulière. Né de l'accord entre le débiteur et ses créanciers, le concordat amiable ou le pacte amiable ou encore le moratoire est soumis aux dispositions générales du

<sup>12</sup> La formule est empruntée au titre de l'ouvrage d'Y. CHAPUT, *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, précité.

<sup>13</sup> MARCUS (M), *Le concordat préventif de la faillite*, thèse, Paris, 1915 ; AIZIC (F), *Le concordat préventif dans le droit roumain*, thèse, Paris, 1931 ; LUPAS (S), *Du concordat préventif de faillite*, thèse, Université de Paris, 1936 ; STEIN (P), *Le règlement amiable homologué*, thèse, Université de Paris, 1938 ; HELOU SAADE (M.-C.), *Le concordat préventif en droits français, libanais et belge comparés*, thèse Paris I, 1984 ; POCANAM (M), *Le concordat préventif, remède aux difficultés des entreprises au Togo ?*, Presses de l'Université du Bénin, Lomé, 1994, p. 207 ; GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, op. cit., n° 1084, p. 90.

<sup>14</sup> TOUJAS (G), *Du concordat amiable*, JCP. 1942, I, 255 ; HOUIN, note sous Trib. Com. Seine, 18 fév. 1959, D. 1959, 41 ; DERRIDA (F), *Concordat préventif et droit français*, Mélanges Hamel, 1961, p. 489 ; JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 67 ; BAUCHY (J.-H.), *Balzac juriste, V, La faillite de César Biroteau*, JCP, éd. N. 1997, p. 567.

<sup>15</sup> V. Lamy, *Droit commercial*, éd. 2003, fasc. 2331, p. 1090 ; TOUJAS (G), *Du concordat amiable*, JCP. 1942, I, 255 ; DERRIDA (F), *Concordat préventif et droit français*, op. cit., p. 489.

<sup>16</sup> Sur l'ensemble de ces terminologies, voir Dictionnaire permanent, Difficultés des entreprises, Bulletin 167, 7 janvier 1998, p. 73.

<sup>17</sup> Dictionnaire permanent, Difficultés des entreprises, op. cit., p. 73

<sup>18</sup> TOUJAS (G), *Du concordat amiable*, op. cit ; Lamy, *Droit commercial*, éd. 2003, fasc. 2331, p. 1090, op. cit.

droit des contrats et aux conditions de validité des conventions<sup>19</sup>, dans les termes des dispositions des articles 1108 et suivants du Code civil, à savoir un consentement éclairé, la capacité pour agir, un objet certain et une cause licite. Ainsi, si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol, le concordat peut être annulé. Il peut être également résolu, si le débiteur n'exécute pas ses engagements.

**8. Inconvénients de la procédure amiable.** Le concordat amiable est, en pratique, une solution très difficile à mettre en œuvre et présente certains dangers<sup>20</sup>. La recherche d'un tel accord est, en effet, longue et aléatoire, car, aucune règle d'égalité n'étant imposée aux créanciers, chacun s'efforce d'obtenir un meilleur sort et des garanties. Le consentement de tous que nécessite un tel accord est quasiment impossible à obtenir d'autant que les créanciers publics ne participent jamais aux côtés des autres créanciers à un accord de cette nature<sup>21</sup>. Même les créanciers privés se montrent inégalement conciliants étant donné que leur situation est très différente<sup>22</sup>. Aussi, pour obtenir l'adhésion des intransigeants, le débiteur devra-t-il consentir des avantages particuliers, sans compter la possibilité d'autres fraudes, telles les dissimulations d'actif, l'admission de créanciers de complaisance<sup>23</sup>, etc. D'où l'intervention du législateur, qui transformera en procédure essentiellement judiciaire, la procédure d'obtention du concordat qui, pendant longtemps, était demeurée une procédure purement contractuelle.

**9. Institution d'une procédure judiciaire.** Dans presque tous les systèmes de droit moderne, le législateur est intervenu pour réglementer la pratique du concordat amiable, sous diverses appellations, ces dernières étant, la plupart du temps, empruntées au nom donné à la procédure au cours de laquelle l'accord est obtenu. C'est le cas de la France où l'idée de prévention de la faillite est bien plus ancienne qu'on pourrait le croire. L'ordonnance de

---

<sup>19</sup> DERRIDA (F), *Concordat préventif et droit français*, op. cit., p. 489; TOUJAS (G), *Du concordat amiable*, op. cit.; Lamy, *Droit commercial*, éd. 2003, fasc. 2331, p. 1090, op. cit.

<sup>20</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, t. 2, op. cit., n° 1084 et s.; JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd., 1999; DERRIDA (F), *Concordat préventif et droit français*, op. cit.; PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté, ... 8<sup>ème</sup> éd.* op. cit. n° 56 et s.

<sup>21</sup> Lamy, *Droit commercial*, éd. 2003, fasc. 2331, p. 1090, op. cit.

<sup>22</sup> DERRIDA (F), *Concordat préventif et droit français*, op. cit.

<sup>23</sup> THALLER énonçait au 19<sup>ème</sup> siècle : "On n'image pas toutes les fraudes et tous les abus de ces concordats amiables, le débiteur présente un faux bilan qu'on se dispense de vérifier. Les créanciers ne se rendent pas eux-mêmes aux convocations. Puis ils s'y font représenter par des courtiers... à tout instant, on déroge au principe de l'égalité non pas ostensiblement, sans doute, mais au moyen de contre-lettres". Cité par HAEL (J), *Les techniques de renflouement des entreprises en difficultés*, Litec 1981, n° 136, p. 112; v. aussi DERRIDA (F), *Concordat préventif et droit français*, op. cit.

commerce de Colbert, sous le règne du Roi Louis XIV a créé déjà dès 1673 « *des lettres de répit* »<sup>24</sup> émises par le Roi qui pouvait accorder des délais et même ordonner la suspension des poursuites à l'encontre du débiteur de bonne foi<sup>25</sup>, ce dernier devant, pour ce faire, abandonner ses biens au profit de ses créanciers. Toutefois, la France n'a connu de procédures préventives que par intermittence.

10. En effet, le Code de Commerce promulgué le 22 septembre 1807 ne comportait aucune disposition s'y référant et c'est seulement entre 1848 et 1870 que fut institué le concordat amiable, qui, selon certains auteurs, était en réalité un concordat judiciaire préventif<sup>26</sup>. Puis, successivement, la loi du 2 juillet 1919 instaure le règlement transactionnel qui sera supprimé le 10 janvier 1923 ; suivra ensuite la loi du 31 août 1937 sur le règlement amiable homologué, qui ne vivra que jusqu'au 31 décembre 1938. Toutes ces procédures n'ont en réalité été instituées qu'en période de crise, et leur caractère éphémère les a privées de tout succès<sup>27</sup>.
11. C'est la loi du 13 juillet 1967 relative au règlement judiciaire et à la liquidation des biens qui, pour faciliter le redressement économique et financier du débiteur, a instauré avec l'ordonnance du 23 septembre 1967, la procédure spéciale de suspension provisoire des poursuites, dès lors que la situation de l'entreprise n'était pas irrémédiablement compromise. Cependant, cette procédure n'était réservée qu'à des entreprises d'importance nationale ou régionale, et seuls 10 tribunaux pouvaient en connaître. Il a fallu encore attendre près de 20 ans la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984, puis celle du 25 janvier 1985, toutes deux modifiées le 10 juin 1994, pour voir évoluer la loi dans un sens beaucoup plus économique et social que juridique, et que soit enfin institué un véritable droit des entreprises en difficulté. La loi de 2005, dite de Sauvegarde, a préféré la terminologie de plan, pour désigner l'accord conclu entre le débiteur et ses créanciers, que ce soit dans la procédure de conciliation ou dans celle de sauvegarde, les deux procédures ayant pour but d'éviter le dépôt de bilan.

---

<sup>24</sup> AURIEAU, *Les lettres de répit*, thèse, Bordeaux, 1910: "Le répit est une surséance qui s'accorde par le roi aux débiteurs qui, par des accidents fortuits et imprévus, se trouvent hors d'état de payer leurs dettes dans le temps qu'ils sont poursuivis par les créanciers et qui, ayant plus d'effets que de dettes, n'ont besoin que de quelques délais pour s'acquitter par la vente de leurs biens et par le recouvrement de ce qui leur est dû".

<sup>25</sup> BOURRIE-QUENILLET (M) et STEPHANY (E), *La prévention des entreprises en difficultés*, Presses Universitaires de Montpellier II, v. <http://perso.orange.fr/cgtribc/publifile>

<sup>26</sup> LUPAS (S), *Du concordat préventif de faillite*, thèse, op. cit., p. 27 et s.; DERRIDA (F), *Concordat préventif et droit français*, op. cit.

<sup>27</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, op. cit., n° 1010 et s.

- 12. Droit OHADA : Genèse - Objectif.** L'Acte uniforme de l'OHADA, portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, a institué une procédure dite de règlement préventif devant déboucher sur un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers, désigné sous le nom de concordat préventif. En effet, ayant compris que « seules des économies regroupées dans un espace juridique pourront capter les investissements des opérateurs nationaux et des investisseurs étrangers de manière encadrée »<sup>28</sup>, des Etats africains ont signé le 17 octobre 1993, à Port-Louis<sup>29</sup>, en Île Maurice, le Traité relatif à l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, en abrégé, OHADA. Leur objectif, tel que précisé dans le préambule du Traité, est la création d'un « *droit des affaires, harmonisé, simple, moderne et adapté, afin de faciliter l'activité des entreprises* »<sup>30</sup>.
- 13.** Pour atteindre cet objectif, le Traité confie à l'OHADA<sup>31</sup> le soin de prendre des actes pour l'adoption de règles communes, qualifiés d'Actes uniformes<sup>32</sup>, qui couvrent un vaste domaine des affaires, tel que le statut du commerçant, le droit des sociétés, le droit comptable, le droit des sûretés, le recouvrement des créances ou encore le régime du redressement et de la liquidation des entreprises<sup>33</sup>, aujourd'hui appelé le « *droit des entreprises en difficulté* »<sup>34</sup>.
- 14. Prévention des difficultés en droit OHADA.** Il est prévu, au titre de l'Acte uniforme relatif au droit des procédures collectives d'apurement du passif, trois procédures, applicables aux commerçants, personne physique, et aux personnes morales de droit privé : une, de prévention

---

<sup>28</sup> MARTOR (B), *L'harmonisation du droit en Afrique: une expérience unique, une consécration pour l'OHADA et les autres organisations régionales*, Cahier de droit de l'entreprise, n° 1, janv.-févr. 2010, Dossier, p. 20.

<sup>29</sup> Le Traité de Port-Louis a été signé, à l'origine, par 14 États : le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la République Centrafricaine, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée Équatoriale, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad et le Togo. Après ratification par sept États (Sénégal, Centrafrique, Mali, Comores, Burkina Faso, Bénin, Niger), le traité est entré en vigueur le 18 septembre 1995. Les autres États l'ont progressivement ratifié entre 1996 et 1999. La Guinée-Bissau, dès 1995, puis la Guinée, en 2000, ont ensuite rejoint l'Organisation qui comptait 16 Etats-membres au 31 décembre 2000. Un dix-septième Etat vient d'intégrer l'Organisation: la République Démocratique du Congo, qui a déposé ses instruments de ratification le 13 juillet 2012 auprès du Sénégal, Etat dépositaire du Traité de Port-Louis, conformément aux dispositions de l'article 57 du Traité. Ce qui ouvre la voie à la mise en application, sur ce territoire, des Actes uniformes dans les 60 jours qui suivent. Le Sao Tome et Principe a également manifesté son intérêt en vue d'une adhésion prochaine.

<sup>30</sup> V. OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, 3<sup>ème</sup> éd., Juriscope, 2008, p. 21.

<sup>31</sup> Article 3, Traité de Port-Louis: L'OHADA comprend un Conseil des Ministres et une Cour commune de justice et d'Arbitrage. Le Conseil des Ministres est assisté d'un Secrétariat permanent auquel est rattaché une Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature.

<sup>32</sup> Article 5, Traité de Port-Louis.

<sup>33</sup> L'article 2 du Traité de Port-Louis précise le domaine du droit des affaires couvert.

<sup>34</sup> CHAPUT (Y), *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit. ; JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2007, n° 1.



des difficultés, le règlement préventif, les deux autres étant destinées au traitement des difficultés, à savoir le redressement judiciaire et la liquidation des biens.

- 15.** Le règlement préventif se présente schématiquement de la manière suivante<sup>35</sup> : la juridiction compétente est saisie par requête du débiteur exposant sa situation économique et financière et présentant les perspectives de redressement de l'entreprise et d'apurement du passif. La requête est adressée au Président de la juridiction compétente et déposée au greffe de cette juridiction contre récépissé. Elle indique les créances pour lesquelles le débiteur demande la suspension des poursuites individuelles. En même temps que le dépôt de la requête ou, au plus tard, dans les trente jours qui suivent celui-ci, le débiteur doit, à peine d'irrecevabilité de sa requête, déposer une offre de concordat préventif précisant les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise, notamment les modalités de continuation de l'entreprise.
- 16.** 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 redressement compte tenu des délais et remises consentis ou susceptibles de l'être par les créanciers et toutes autres mesures contenues dans les propositions du concordat préventif. Cette décision, qui suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement des créances désignées par le débiteur et nées antérieurement à ladite décision, concerne aussi bien les voies d'exécution que les mesures conservatoires. En contrepartie, il est, sauf autorisation motivée du président de la juridiction compétente, interdit au débiteur, sous peine d'inopposabilité de droit, de payer, en tout ou en partie, les créances nées antérieurement à la décision de suspension des poursuites individuelles et visées par celle-ci. Il est également interdit au débiteur de faire aucun acte de disposition étranger à l'exploitation normale de l'entreprise, de consentir aucune sûreté ou de désintéresser les cautions qui ont acquitté des créances nées antérieurement à la décision de suspension des poursuites.
- 17.** Au plus tard dans les deux mois de sa saisine, l'expert commis dépose au greffe, en double exemplaire, son rapport contenant le concordat préventif proposé par le débiteur ou conclu

---

<sup>35</sup> Articles 5 à 24, AUPC

entre lui et ses créanciers. L'expert est tenu de respecter ce délai, sous peine d'engager sa responsabilité auprès du débiteur ou des créanciers, sauf autorisation motivée du Président de la juridiction compétente de proroger ledit délai d'un mois. Un exemplaire du rapport est transmis au représentant du Ministère Public par le greffier en chef. Dans les huit jours du dépôt du rapport, le président saisit la juridiction compétente et convoque le débiteur à comparaître devant cette juridiction pour y être entendu en audience non publique. Il doit, également convoquer à cette audience l'expert rapporteur ainsi que tout créancier qu'il juge utile d'entendre. Le débiteur et, éventuellement, le ou les créanciers sont convoqués par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite, trois jours au moins à l'avance. La juridiction compétente statue en audience non publique. Si elle constate la cessation des paiements, elle prononce, d'office, et à tout moment, le redressement judiciaire ou la liquidation des biens. Lorsque la situation du débiteur le justifie, elle rend une décision de règlement préventif et homologue le concordat préventif en constatant les délais et remises consentis par les créanciers et en donnant acte au débiteur des mesures proposées pour le redressement de l'entreprise. Les délais et remises consentis par les créanciers peuvent être différents. La juridiction compétente homologue le concordat préventif si les conditions de validité du concordat sont réunies, si aucun motif tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public ne paraît de nature à empêcher le concordat, si le concordat offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise, de règlement du passif et des garanties suffisantes d'exécution, et si les délais consentis n'excèdent pas trois ans pour l'ensemble des créanciers et un an pour les créanciers de salaires. Dans le cas où le concordat préventif comporte une demande de délai n'excédant pas deux ans, la juridiction compétente peut rendre ce délai opposable aux créanciers qui ont refusé tout délai et toute remise sauf si ce délai met en péril l'entreprise de ces créanciers. Les créanciers de salaires ne peuvent consentir aucune remise ni se voir imposer un délai qu'ils n'ont pas consenti eux-mêmes.

- 18.** Si la juridiction compétente estime que la situation du débiteur ne relève d'aucune procédure collective ou si elle rejette le concordat préventif proposé par le débiteur, elle annule la décision de suspension des poursuites. Cette annulation remet les parties en l'état antérieur à cette décision. La décision de la juridiction compétente homologuant le concordat préventif met fin à la mission de l'expert rapporteur. La juridiction compétente peut désigner un syndic et des contrôleurs chargés de surveiller l'exécution du concordat préventif dans les mêmes conditions que celles prévues pour le concordat de redressement judiciaire. Elle désigne également un Juge-commissaire. La juridiction compétente doit se prononcer dans le mois de

sa saisine. La décision de règlement préventif est publiée par insertion au registre du commerce et du crédit mobilier et dans un journal habilité à recevoir les annonces légales.

- 19. Domaine de la recherche : définition du concordat préventif.** Classiquement, le concordat préventif est un accord destiné à empêcher les poursuites et la survenance de la cessation des paiements, par l'obtention de délais de paiement et/ou de remises de dettes. Au sens de l'Acte Uniforme, le concordat préventif est un « *accord* » conclu entre le débiteur et ses créanciers, destiné « *à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise* »<sup>36</sup>. Il doit donc être distingué du concordat de redressement prévu par le droit uniforme et qui est accordé au « *débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible* » et qui a fait « *une déclaration de cessation des paiements aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire* »<sup>37</sup>.
- 20.** En effet, contrairement au concordat de redressement, qui est un concordat judiciaire, le concordat préventif requiert que le débiteur parvienne avec chacun des créanciers à un accord sur les délais ou les remises qu'il consent. Tel ou tel créancier peut donc refuser tout délai et/ou toute remise, sans que cela empêche la formation du concordat<sup>38</sup>. Il ne s'agit pas ici de réunir l'ensemble des créanciers et de leur faire voter les propositions du débiteur, comme dans le cas du concordat judiciaire<sup>39</sup>. D'ailleurs, l'article 15-2, AUPC<sup>40</sup>, précise expressément que « *les délais et remises consentis par les créanciers peuvent être différents* ».
- 21.** Le concordat préventif ne doit pas non plus être confondu avec le concordat amiable. Il est un peu plus qu'un simple accord purement privé, mais un peu moins qu'un plan de redressement arrêté par une autorité judiciaire<sup>41</sup>. Il s'agit d'une institution de caractère hybride, car, si la loi fixe ses conditions de mise en application, ses effets demeurent essentiellement contractuels, même si les pouvoirs du tribunal y sont renforcés. Ce qui l'apparente au concordat préventif du droit libanais des procédures collectives, mais dont il se distingue par son mécanisme<sup>42</sup>.

---

<sup>36</sup> Art. 12-3 et 2-1, AUPC

<sup>37</sup> Art. 2 et 25, AUPC

<sup>38</sup> SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, Bruylant, 2002, p. 70, n° 78.

<sup>39</sup> GAVALDA (C) et MENEZ (J), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, JCP 1985, éd. G, n°3196.

<sup>40</sup> Acte uniforme portant droit des procédures collectives d'apurement du passif.

<sup>41</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, Tome 2, op. cit., n°1084, p. 92

<sup>42</sup> La différence fondamentale entre le concordat du droit libanais et celui de l'Acte uniforme réside principalement en deux caractéristiques fondamentales. D'une part, le concordat du droit libanais peut être demandé, soit avant la cessation des paiements, soit dans les dix jours qui suivent la cessation des paiements (Art. 459, C. com. lib.), d'autre part, le simple dépôt de la demande de concordat préventif emporte *de facto* suspension immédiate des poursuites individuelles. De ce point de vue, le concordat préventif en droit libanais

- 22.** Ainsi présenté, le concordat préventif du droit 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<sup>er</sup> mars 1984, du concordat voté par les créanciers et du concordat amiable librement conclu entre le débiteur et ses créanciers<sup>43</sup>. Il constitue la clef de voûte de la procédure destinée à éviter le dépôt de bilan, l'instrument qui, d'après les termes mêmes du législateur, est le « *moyen* » mis à la disposition du débiteur pour, d'une part, lui permettre d'« *éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité* », d'autre part, favoriser « *l'apurement de son passif* »<sup>44</sup>. Il fait donc partie des « mesures préventives » de la faillite<sup>45</sup>, par opposition aux mesures « curatives » de la faillite qui, elles, ne devraient être déployées qu'après le dépôt de bilan ou, à tout le moins, qu'après la constatation de l'état de cessation des paiements.
- 23. Les axes de la recherche.** Prévenir vaut mieux que guérir, dit-on ; ce qui traduit l'idée d'anticipation. L'on n'attend pas l'apparition des difficultés pour agir ; la procédure est mise en branle dès les premiers « signaux », les premiers signes de manifestation des symptômes. Tout dépend donc du caractère précoce<sup>46</sup> du déclenchement de la procédure et de la rapidité<sup>47</sup> dans le traitement des difficultés constatées. Ces deux préoccupations sont de plus en plus prises en compte dans la quasi-totalité des législations modernes, la plupart prenant exemple de la procédure américaine de réorganisation dite du *chapitre 11*.
- 24. L'exemple du droit américain.** La procédure américaine du *chapitre 11* se caractérise principalement par la possibilité qu'elle offre aux débiteurs de s'en prévaloir rapidement, avant même la survenance de la cessation des paiements, par l'immédiateté et l'étendue de la suspension des poursuites qu'elle entraîne et par la faculté qu'elle octroie au tribunal d'imposer le plan de redressement aux créanciers dissidents<sup>48</sup>. De plus, cette procédure repose sur trois principes<sup>49</sup>. Le premier est qu'il est plus avantageux pour le débiteur, les créanciers et les

---

s'apparente à la procédure américaine dite du *chapitre 11*. Cf. sur l'ensemble de la question, NAMMOUR (F), *Les procédures collectives en droit libanais*, Rev. Proc. Coll., n° 4, décembre 2007, p. 183 s.; Code de commerce du Liban, issu du décret-loi n° 304 du 24 décembre 1942. V. *infra*, n° 18 et 21.

<sup>43</sup> SAWADOGO (F. M.), note sous TGI, Ouagadougou, 25 mai 2004, Rev. Burkina. dr., n° 45; Ohadata J-05-249

<sup>44</sup> Article 2-1, AUPC

<sup>45</sup> DERRIDA (F), *Concordat préventif et droit français*, op. cit.

<sup>46</sup> Lamy, *Droit commercial*, éd. 2003, op. cit., p. 1098 ; GUYON (Y), *Droit des Affaires*, t. 2, op. cit., n°1030.

<sup>47</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, t. 2, op. cit., n°1030, p. 38.

<sup>48</sup> Doc. Sénat n° 135, *Etude de législations comparées*, juin 2004, La sauvegarde des entreprises en difficulté, p.5

<sup>49</sup> STANKIEWICZ MURPHY (S), *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté*, thèse, Strasbourg, 2011, p. 6.

actionnaires que l'entreprise survive aux difficultés financières plutôt que de faire l'objet d'une liquidation. Ensuite, le débiteur, qu'il s'agisse d'une personne morale ou d'un individu, doit avoir le droit à une « seconde chance » ou « *fresh start* », après l'apurement de ses dettes. Le troisième principe est que les personnes les plus à même de réorganiser l'entreprise sont celles qui l'ont gérée avant l'ouverture de la procédure. Aussi, le *chapitre 11* prévoit-il le maintien des dirigeants à la tête de l'entreprise, tout au long de la procédure, un administrateur ou *trustee* n'étant nommé que dans des cas exceptionnels.

- 25.** Toutefois, le législateur américain n'a pas perdu de vue que l'un des objectifs du droit de la faillite est le paiement des créanciers. Aussi mise-t-il sur le consensualisme pour résoudre les difficultés financières de l'entreprise en permettant aux créanciers de participer à l'élaboration du plan de réorganisation. Le « plan doit chercher à désintéresser les créanciers, tout en maintenant l'entreprise à flot, en préservant les emplois et en accordant aux actionnaires la chance de récupérer au moins une partie de leurs investissements »<sup>50</sup>.
- 26. Autres exemples de droit comparé.** Afin de faciliter la sauvegarde des entreprises en difficulté, différents pays ont réformé leurs procédures collectives au cours des dernières années, en y introduisant l'un ou l'autre des éléments de la procédure américaine, même lorsque le législateur n'a pas expressément cherché à greffer les dispositions du *chapitre 11* sur le droit national. Du reste, l'analyse des règles américaines semble constituer un préalable à toute modification du droit des entreprises en difficulté, notamment dans les pays anglo-saxons<sup>51</sup>. Les nouvelles lois allemande et espagnole tendent notamment à favoriser les ouvertures précoces. La loi allemande de 1994, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1999, a en effet introduit un nouveau critère d'ouverture de la procédure d'insolvabilité : « *l'incapacité de payer imminente* »<sup>52</sup>, dont seul le débiteur peut se prévaloir. De même, la loi espagnole de 2003 permet au débiteur en état d'insolvabilité « *imminente* » de présenter au tribunal une demande d'ouverture de la procédure<sup>53</sup>.
- 27.** De façon similaire, la réforme de l'administration adoptée en Grande-Bretagne en 2002 devrait faciliter le recours rapide à cette procédure, puisque la mise sous administration,

---

<sup>50</sup> GROPPER (A. L.) et BELTZER (H), *International Insolvency*, Juris Publishing, vol. 2, part. 2, U.S., p. 7. Cité par STANKIEWICZ MURPHY (S), thèse, op. cit., p. 6 et 7.

<sup>51</sup> Sénat Fr., *Etude de législations comparées*, n° 135, juin 2004, op. cit. p. 5 et s.

<sup>52</sup> Code allemande de l'insolvabilité (*Insolvenzordnung*) du 5 octobre 1994, § 18.

<sup>53</sup> Loi n° 22 /2003 du 9 juillet 2003 relative à la réforme du Concours (*Concurso*), article 2, al. 3.

possible pour les entreprises insolvable ou susceptibles de le devenir, peut désormais s'effectuer sans qu'une décision du tribunal soit nécessaire. Quant à la Belgique, la loi sur la continuité des entreprises adoptées le 31 janvier 2009 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril de la même année, « vise à organiser une véritable procédure préventive qui permet aux entreprises, pouvant être assainies, de se placer suffisamment à temps sous la protection de la loi, de manière à obtenir un sursis pour élaborer et mettre en œuvre le redressement de leurs affaires »<sup>54</sup>. Cette loi abroge celle du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire et introduit plusieurs nouveautés et changements, notamment une procédure de réorganisation judiciaire similaire à celle américaine<sup>55</sup>, qui est ouverte dès que la continuité de l'entreprise est menacée, à bref délai ou à terme, et qu'a été déposée par le débiteur, la requête prévue à cet effet<sup>56</sup>.

- 28.** Le droit libanais<sup>57</sup>, de son côté, prévoit depuis 1942, deux types de procédures collectives<sup>58</sup> : le concordat préventif, procédure judiciaire, mais reposant sur un accord de volonté entre le débiteur et ses créanciers, visant à éviter une faillite imminente, et la faillite réservée aux commerçants en cessation des paiements. Le concordat peut être demandé, soit avant la cessation des paiements, soit dans les dix jours qui suivent la cessation des paiements<sup>59</sup>. Ainsi, le législateur libanais tient, non seulement compte de la réelle menace d'une faillite imminente, mais permet au débiteur dont la situation financière connaît des améliorations, d'échapper à la faillite résultant de la cessation des paiements<sup>60</sup>.
- 29.** En ce qui concerne le caractère immédiat de la suspension des poursuites, en Allemagne, le tribunal peut prendre des mesures conservatoires, parmi lesquelles la suspension des poursuites, et ce, avant même de se prononcer sur la recevabilité et sur la validité de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La réforme de 1992 de la loi canadienne sur la faillite et l'insolvabilité permet au débiteur insolvable d'anticiper la suspension des poursuites. Auparavant accordée automatiquement au moment du dépôt d'une « proposition concordataire » visant à modifier les modalités de remboursement des dettes, la suspension

---

<sup>54</sup> EVEREST (G. R.), *La loi relative à la continuité des entreprises*, PACIOLI n° 274.

<sup>55</sup> Loi belge du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, article 16 et s.

<sup>56</sup> Article 23, Loi du 31 janvier 2009, relative à la continuité des entreprises.

<sup>57</sup> NAMMOUR (F), *Les procédures collectives en droit libanais*, op. cit., p. 183 s.

<sup>58</sup> Décret-loi n° 304 du 24 décembre 1942.

<sup>59</sup> Art. 459, C. com. lib. – L'art. 665, C. com. lib. prévoit même que dans les sociétés en nom collectif et dans les sociétés en commandite, tous les associés peuvent formuler la proposition de concordat dans les vingt jours qui suivent la cessation de paiements.

<sup>60</sup> NAMMOUR (F), *Les procédures collectives en droit libanais*, op. cit., p. 184.

des poursuites peut désormais commencer plus tôt : dès le dépôt par le débiteur d'un avis d'intention de déposer une telle proposition.

30. En Grande-Bretagne, depuis la réforme de 2000, il est possible d'obtenir une suspension des poursuites dans le cadre d'un arrangement volontaire. Auparavant, cette procédure n'entraînait une suspension des poursuites que si elle était couplée avec une mise sous administration.
31. Au Liban, le simple dépôt de la demande de concordat préventif emporte *de facto* suspension immédiate des poursuites individuelles. Ainsi, aucun créancier antérieur ne peut, à peine de nullité, commencer ou poursuivre une procédure d'exécution, acquérir un droit de préférence quelconque sur les biens du débiteur, ni faire inscrire une hypothèque<sup>61</sup>. Ce qui apparente le concordat préventif en droit libanais à la procédure américaine du *chapitre 11*.
32. En droit français, le législateur du 26 juillet 2005 adapte en droit national la procédure de réorganisation du *Chapitre 11*, permettant de sauver l'entreprise tout en rassurant ses partenaires<sup>62</sup>. Selon un homme politique français, la procédure de sauvegarde des entreprises privilégie, par rapport à une logique juridique et comptable traditionnelle, une logique économique et sociale. L'objectif est que les chefs d'entreprise puissent s'appuyer – de manière anticipée et partenariale avec leurs créanciers – sur les mécanismes innovants de cette procédure pour sauver au maximum l'activité économique et les emplois qui lui sont attachés, soit environ 200 000 emplois chaque année<sup>63</sup>. Il est, en effet, désormais possible de demander l'ouverture d'une procédure collective sans être en cessation des paiements, critère qui, jusqu'à présent, marquait la distinction entre les procédures de prévention, mandat *ad-hoc* et règlement amiable, et les procédures collectives de redressement et de liquidation judiciaires.
33. Une ordonnance destinée à réformer la procédure de sauvegarde, afin d'en renforcer l'attractivité, est prise le 18 décembre 2008<sup>64</sup>, puis en 2010, la loi sur la régulation bancaire et financière introduit une nouvelle procédure collective répondant à un besoin pragmatique : la

---

<sup>61</sup> NAMMOUR (F), *Les procédures collectives en droit libanais*, op. cit., p. 184.

<sup>62</sup> STANKIEWICZ MURPHY (S), *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté*, thèse, Strasbourg, 2011, op. cit. p. 14.

<sup>63</sup> Dominique Perben, *Communiqué du Conseil des ministres du 12 avril 2004*.

<sup>64</sup> Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, J.O. 18 déc. 2008.

procédure de sauvegarde financière accélérée<sup>65</sup>. Cette procédure calquée sur le modèle américain du plan préétabli ou *prepackaged plan*, en abrégé « *prepack* », permet de restructurer financièrement l'entreprise dans des délais très courts<sup>66</sup>.

- 34.** Toutes ces réformes visant à intégrer les caractéristiques du droit américain dans le droit national n'ont qu'un seul objectif : encourager le débiteur à se mettre le plus tôt possible sous protection judiciaire, afin de favoriser une résorption rapide des difficultés auxquelles il est confronté.
- 35. Difficultés du mécanisme institué par le droit OHADA.** En effet, la situation financière d'une entreprise peut se dégrader très vite ; aussi une grande souplesse de la procédure de prévention, ainsi qu'une intervention rapide du juge sont-elles souhaitables pour rendre l'opération de sauvetage plus efficace. Cependant, en raison de l'importance du secteur informel et du fait qu'en Afrique beaucoup de citoyens répugnent à recourir à la justice, il est à craindre que l'action du tribunal, telle que prévue par le droit uniforme, soit retardée ou qu'elle n'ait jamais lieu, puisque seul le débiteur a le monopole de la saisine dans le cadre du règlement préventif. De fait, ainsi que le souligne un auteur, en Afrique, beaucoup d'entreprises commerciales en état de cessation des paiements ou même d'insolvabilité, vivent, végètent et disparaissent sans qu'aucune procédure collective ait été ouverte<sup>67</sup>. C'est également au nom de cette crainte que l'on regrettera le fait que le législateur OHADA ait conditionné le prononcé par le juge de la suspension provisoire des poursuites individuelles à l'encontre du débiteur au dépôt par celui-ci d'une proposition de concordat, qui peut n'intervenir qu'un mois après la saisine du juge. Il y a un risque que pendant ce laps de temps, le reste des biens encore disponibles et nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise ne fasse l'objet de saisies ou de protêts diligentés par des créanciers habiles<sup>68</sup>.
- 36.** En outre, pour qu'une action en faveur d'une entreprise qui aborde l'ère des difficultés puisse être engagée avec une chance de réussite, il faut être averti en temps utile<sup>69</sup>. Tout dépend donc

---

<sup>65</sup> Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010, portant régulation bancaire et financière.

<sup>66</sup> MENJUCQ (M), *Adoption de la "sauvegarde financière accélérée" : consécration du "prepackaged plan" en droit français*, Rev. Proc. Coll., n° 6, Nov.-Déc. 2010, p. 1 ; THÉVENOT (C), *Une piste pour améliorer le plan de sauvegarde*, La Tribune, 30 août 2007, p. 31.

<sup>67</sup> SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 7, p. 5.

<sup>68</sup> SAWADOGO, *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 7, p. 5.

<sup>69</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, t. 2, op. cit., n°1030, p. 38.



de la précocité de l'information et de son efficacité<sup>70</sup>. Malheureusement, l'Acte Uniforme ne prévoit aucun mécanisme d'information en faveur du président de la juridiction compétente. Hormis le règlement préventif, les seuls procédés de prévention prévus par l'OHADA se limitent aux procédures d'alerte instituées par l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique<sup>71</sup>, qui peuvent être initiées par les commissaires aux comptes, d'une part, et les associés, d'autre part. Mais, dans l'un comme dans l'autre cas, ces procédures ne vont pas au-delà de l'assemblée générale de la société commerciale. C'est dire qu'avant sa saisine par le débiteur aux fins d'obtenir un concordat préventif, la juridiction compétente ignore totalement la situation financière du débiteur et ne peut, donc, prendre aucune initiative pour lui venir en aide. Or, il répugne souvent au débiteur de reconnaître sa situation et il ne fait, dans la plupart des cas, appel au juge que lorsque la situation financière de l'entreprise est critique, parfois même la cessation des paiements a déjà eu lieu.

- 37.** En effet, lorsqu'une entreprise donne des signes de défaillance, en règle générale, ses dirigeants et associés en prennent conscience et tentent de trouver par eux-mêmes, les solutions permettant de la sauver<sup>72</sup>. Celles-ci sont multiples et résultent, le plus souvent, de mesures individuelles qui reposent sur le concours des membres de l'entreprise<sup>73</sup>. C'est ainsi que dans l'immense majorité des cas, le débiteur a déjà, avant de recourir à la justice, épuisé toutes ses possibilités de fournir des garanties: ses immeubles sont déjà hypothéqués, son fonds de commerce et son matériel d'équipement sont déjà nantis, etc.<sup>74</sup>. La procédure de règlement préventif risque dans ce contexte de ne pas produire le résultat escompté.
- 38.** D'ailleurs, les statistiques parlent d'elles-mêmes. Sur 100 demandes d'intervention du juge en matière de procédures collectives, dans l'espace OHADA,  
55 concernent la liquidation des biens,  
17, le redressement judiciaire,  
28, le règlement préventif.

---

<sup>70</sup> Lamy, *Droit commercial*, éd. 2003, op. cit., fasc. 2345, p. 1098.

<sup>71</sup> Articles 150 à 158, AUSC.

<sup>72</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 276, p. 151.

<sup>73</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 276, p. 151.

<sup>74</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 115, p. 71.

- 39.** Sur les 17 procédures de redressement judiciaire, 10 ont été plus tard converties en liquidation des biens ; quant aux 28 procédures de règlement préventif, 8 seront directement converties en liquidation des biens<sup>75</sup>, en cours de procédure, tandis que dans les autres cas, le concordat issu de la procédure n'a pu être exécuté jusqu'au bout. Ce qui révèle à quel point la procédure devant aboutir au concordat préventif est tardivement ouverte. En effet, la phase de formation et la phase d'exécution du concordat sont étroitement liées, celle-ci dépendant de celle-là. Ainsi, lorsque la procédure est ouverte suffisamment tôt, le concordat conclu a de fortes chances d'être réalisé, le débiteur disposant encore d'assez de ressources. En revanche, dans la plupart des cas où la procédure est ouverte de façon tardive, l'exécution du concordat se trouve gravement compromise, la cessation des paiements qu'elle a précisément pour but d'éviter, étant déjà survenue. Cette situation peut être due à l'imprécision des critères d'ouverture du règlement préventif, en l'occurrence, la qualification de la situation financière et économique du débiteur.
- 40.** En effet, aux termes de l'article 2-1, al. 2, AUPC, « *le règlement préventif est applicable à toute personne physique ou morale commerçante et à toute personne morale de droit privé non commerçante, à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé qui, quelle que soit la nature de ses dettes, connaît une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise.* » Que faut-il entendre par « *situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise* » ? Sur quels critères le débiteur doit-il fonder l'analyse de sa situation, puisque c'est en effet à lui seul qu'est donné le monopole d'initier la procédure en se présentant au juge comme celui qui « *connaît une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise* » ? Ce qui est certain, c'est que de par les dispositions de l'article 2-1, al. 1, AUPC, qui précise le but assigné à la procédure de règlement préventif, et celles de l'article 15-1, AUPC, qui donne pouvoir au juge de prononcer « *d'office, et à tout moment* » de la procédure, le redressement judiciaire ou la liquidation des biens, s'il constate la cessation des paiements du débiteur, celui-ci ne doit pas être dans cet état de cessation des paiements au moment où il introduit la requête.
- 41.** Cependant, il a été observé que les motifs avancés à l'appui de différentes requêtes en règlement préventif démontrent que le débiteur était déjà en état de cessation des paiements

---

<sup>75</sup> L'ensemble de ces décisions sont sur le site [www.ohada.com](http://www.ohada.com).

au moment où il sollicitait l'ouverture de la procédure de prévention<sup>76</sup>. À titre d'exemple, la requête présentée en 2006 devant le Tribunal de commerce de Bamako, par la société STA Mali<sup>77</sup>, indiquait qu'après de nombreuses années de résultats excédentaires, ses comptes ont connu des déficits très importants, à la suite d'une restructuration et de lancements de projets hasardeux. La requérante soutenait qu'en outre, certaines de ses représentations, faute de contrôle de gestion, avaient contribué à creuser le déficit au niveau de la trésorerie ; de sorte que, quand bien même disposant d'un actif disponible lui permettant largement de faire face à son passif, elle ne disposait plus d'une trésorerie suffisante pour lui permettre de faire face aux échéances de paiement de ses principaux créanciers.

42. Cette argumentation révèle, non seulement les lacunes de l'auteur de la requête en ce qui concerne la notion d'*actif disponible*, mais également le fait que la société débitrice était déjà en état de cessation des paiements, puisque la situation évoquée correspond précisément à la définition que donne l'article 25, AUPC : « *le débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible doit faire une déclaration de cessation des paiements aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, quelle que soit la nature de ses dettes.* » Au lieu de solliciter l'ouverture d'une procédure de règlement préventif, c'est plutôt à une déclaration de cessation des paiements que devait procéder la débitrice.
43. On retrouve la même argumentation dans une autre affaire portée devant le Tribunal Régional Hors Classe de Dakar<sup>78</sup>. En l'espèce, la société débitrice, après plusieurs mises en demeure

---

<sup>76</sup> FENEON (A), *Le règlement préventif : analyse critique*, Penant, n° 870, Janv.-mar. 2010, p. 15-27, spéc. p.17.

<sup>77</sup> Cité par FENEON (A), *Le règlement préventif : analyse critique*, Penant, n° 870, précité.

<sup>78</sup> Jugement. com. n° 6 du 9 janvier 2004, IPRES c/ Société EURAFRICAINNE D'INDUSTRIES, Ohadata J-04-259 : « *Attendu que la défenderesse fait observer à l'appui de sa requête aux fins de règlement préventif que sa situation quoique difficile, n'est pas pour autant irrémédiablement compromise car l'activité de l'entreprise est viable eu égard aux perspectives qui s'offrent à elle notamment :*

*La plupart des clients continuent à faire confiance à son savoir-faire technique et à la qualité de son personnel.*

*Des contrats sont en cours d'exécution pour un montant de 774.199.126 francs*

*D'autres sont en cours de négociation dont un confirmé avec une société (X...) pour un montant de 6.566.393.000 francs sans compter les créances détenues sur des clients solvables pour un montant de 413 618 221 francs et enfin des actifs bien plus importants que le passif auquel elle fait face actuellement.*

*Attendu qu'aux termes de l'article 25 de l'AUPCAP, est en cessation de paiements, le débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible ;*

*Qu'il résulte du rapport d'expertise établi par M. X... que la Société Eurafricaine d'Industries connaît au 31-07-2003 un bénéfice intermédiaire de 134.837.884 francs avec un chiffre d'affaires correspondant de 513.600.000 ;*

*Que s'agissant des perspectives, l'homme de l'art fait noter que sur des contrats en cours de négociation pour 15 666 millions, 10 493 millions sont confirmés, soit 67%.*

restées sans effet, a été assignée en liquidation des biens par le créancier poursuivant. En guise de défense, la débitrice introduit une requête en règlement préventif, que le juge a favorablement accueillie au motif que la situation de la défenderesse, « *quoique difficile, n'est pas pour autant irrémédiablement compromise car l'activité de l'entreprise est viable eu égard aux perspectives qui s'offrent à elle ...* »

44. Une fois de plus, l'on est devant une situation où le débiteur aurait dû être déclaré en cessation des paiements et soumis, au moins, à une procédure de redressement judiciaire, puisque malgré toutes ces perspectives qui s'offrent à lui, il ne dispose pas de trésorerie suffisante pour régler, ne serait-ce qu'une seule de ses dettes, pour laquelle il est poursuivi. On peut multiplier les exemples, et lors de chacune de ces requêtes, le juge a accordé le bénéfice du règlement préventif<sup>79</sup>. Ce qui est aussi révélateur des difficultés qu'éprouvent les magistrats dans la maîtrise du droit OHADA<sup>80</sup> ; le résultat étant qu'environ 1/3 des procédures de règlement préventif ont dû être directement converties, en cours d'instance ou pendant l'exécution du concordat, en liquidation des biens.
45. **Problématique.** Il se pose dès lors la question de savoir si le concordat préventif tel que prévu par le droit uniforme OHADA permet effectivement d'éviter la cessation des paiements des entreprises qui y ont recours, et s'il favorise l'apurement effectif de leur passif. Cette question soulève le problème de l'efficacité du concordat préventif du droit OHADA en matière de prévention des difficultés des entreprises.
46. En effet, le traitement des difficultés de l'entreprise est d'autant plus efficace qu'il intervient tôt, car, ainsi que le souligne un auteur, la meilleure façon de résoudre les difficultés des entreprises est, assurément de les tuer dans l'œuf<sup>81</sup>. Aussi est-il indispensable d'intervenir rapidement, notamment en saisissant le plus tôt possible le président de la juridiction compétente, dès que les premiers indices de défaillance apparaissent<sup>82</sup>. Dès lors, pour assurer

---

*Qu'il résulte de tout cela que l'actif de la Société Eurafrique d'Industries est de loin supérieur à son passif exigible, qu'il n'est néanmoins contesté que celle-ci connaît au vu du rapport d'expertise une situation économique et financière difficile mais dont elle peut se tirer à court ou moyen terme ; Qu'elle n'est par conséquent pas en état de cessation des paiements ; qu'il échet par conséquent de l'admettre au règlement préventif ».*

<sup>79</sup> Voir notamment les autres décisions citées par A. FENEON, article précité.

<sup>80</sup> Ce qui n'a pas échappé au Prof. SAWADOGO F. M. (note sous TGI, Ouagadougou, 25 mai 2004, Revue burkinabé de droit, n° 45.)

<sup>81</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, ... 8<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 28

<sup>82</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 140

une précocité de saisine du juge et une rapidité d'intervention de celui-ci en vue d'une efficacité de l'opération de sauvetage, il convient, d'une part d'assouplir les conditions d'admission à la procédure, notamment en en précisant clairement les critères d'admissibilité, tout en délimitant nettement les frontières entre ces critères et celui de la cessation des paiements. D'autre part, il conviendra de prévoir des moyens d'information du juge, dont la formation dans cette matière ne doit pas être négligée, puisque seul le juge peut décider de l'ouverture de la procédure et seul lui peut y mettre fin.

- 47.** En outre, les mécanismes mis en place ne doivent pas être de nature à intimider le débiteur, les dirigeants d'entreprise. Au contraire, ils doivent plutôt encourager le débiteur à demander l'ouverture de la procédure le plus tôt possible, en impliquant les créanciers, mais aussi les salariés ; surtout les créanciers, dont le rôle, sans pour autant être négligeable, ne doit pas être excessif au point de paralyser ou handicaper la réussite de l'opération. Car, en effet, les dispositions actuelles de l'Acte uniforme donnent presque pouvoir à certains créanciers de faire échec à la procédure de règlement préventif, dès lors que leurs créances ne sont pas visées dans la requête introductive ou dès lors qu'ils ne sont pas appelés à la formation du concordat devant être homologué<sup>83</sup>.
- 48. Justification du plan.** En dépit d'un effort louable d'intégration sous-régionale en matière de législation, on ne peut s'empêcher de regretter les nombreuses imprécisions des dispositions relatives aux conditions et effets de l'ouverture du règlement préventif<sup>84</sup>. La conséquence pourrait en être que certains débiteurs n'utilisent cette procédure qu'à des fins dilatoires ou que certains créanciers ne bénéficient de faveurs peu justifiés, ce qui risquerait de rendre difficile l'adoption d'un concordat préventif sérieux. Car, en définitive, le succès d'un traitement préventif par cet instrument dépendra, non seulement, du débiteur, dont la prise de conscience suffisamment rapide de ses difficultés qui va de pair avec une excellente connaissance de sa situation comptable et financière<sup>85</sup>, est indispensable, mais aussi des créanciers, ainsi que du président du tribunal et de l'expert. Cette constatation mérite une étude particulière.

---

<sup>83</sup> Articles 5 et 9, AUPC.

<sup>84</sup> ROUSSEL-GALLE (Ph), *OHADA et difficultés des entreprises, Etude critique des conditions et effets de l'ouverture de la procédure de règlement préventif*, RJ. Com., fév. 2001, n° 40, p. 69.

<sup>85</sup> ROUSSEL-GALLE (Ph), *OHADA et difficultés des entreprises, Etude critique*, op. cit., p. 69.

**49.** Aussi, convient-il, afin d'en déterminer l'efficacité, de ne pas dissocier l'étude du concordat préventif de celle du règlement préventif, procédure dans laquelle il est enchâssé et dont il est l'aboutissement nécessaire. Le sujet intitulé « *le concordat préventif en droit OHADA* » sera donc abordé dans une démarche simple, c'est-à-dire linéaire, en étudiant dans un premier temps, les modalités de formation du concordat, ce qui permettra d'examiner les critères d'admissibilité à la procédure de prévention, mais aussi le rôle des différents acteurs intervenant dans le processus de conclusion de l'accord. Il faudra, ensuite, dans un second mouvement, examiner l'exécution du concordat préventif, c'est-à-dire, la manière dont les mesures concordataires sont mises en œuvre, en vue du redressement de l'entreprise et de l'apurement du passif. Cela permettra d'apprécier, à la fois dans son élaboration et dans son application, l'efficacité de cet instrument de sauvegarde des entreprises en difficulté institué par le droit OHADA.

**50. Plan.** Première partie: L'élaboration du concordat préventif.  
Deuxième partie: L'exécution du concordat préventif.

## PARTIE 1

### L'ÉLABORATION DU CONCORDAT PRÉVENTIF

- 51.** Il a été démontré, en droit français notamment, que le nombre impressionnant de disparitions d'entreprises est dû, en grande partie, à une saisine tardive des juridictions<sup>86</sup>, parce que les chefs d'entreprise hésitent toujours à déposer leur bilan ou à avouer les difficultés auxquelles ils sont confrontés. Lorsqu'ils se résignent à le faire ou que les créanciers lancent une assignation, la cessation des paiements est déjà consommée. Partant de cette observation, le législateur français a mis en place un processus de prévention des difficultés permettant d'intervenir et donc de redresser la situation de l'entreprise avant qu'il ne soit trop tard.
- 52.** C'était animé des mêmes soucis que le législateur OHADA a institué le règlement préventif, une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif. En suivant le plan du législateur et de façon plus classique le schéma des actes juridiques, il y a une phase préparatoire et une phase de formation proprement dite du concordat. Seulement, les deux phases paraissent, l'une inadaptée (titre 1<sup>er</sup>), l'autre tardive (titre 2) pour pouvoir permettre à l'accord conclu d'atteindre son objectif.

---

<sup>86</sup> V. SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 95, qui fait état de 50 000 à 60 000 disparitions par an.

## TITRE 1

### UNE PHASE PRÉPARATOIRE INADAPTÉE

- 54.** Le règlement préventif, dispose l'article 2-1, al. 1, AUPC, est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif. Un tel objectif commande une certaine célérité dans le déclenchement de la procédure et nécessite, non seulement un critère d'ouverture bien clair qui ne laisse place à aucune équivoque, mais également une certaine répartition des pouvoirs en matière de saisine aux fins d'ouverture, afin de vaincre toute inertie préjudiciable à la réussite de l'opération de sauvetage. Or le règlement préventif ne peut être initié que par le débiteur, qui seul peut juger de l'opportunité ou non de saisir la juridiction compétente afin de bénéficier d'un concordat préventif. Ce qui explique en partie que dans la plupart des cas, la procédure est ouverte de façon tardive, en contradiction totale avec l'objectif recherché, à savoir éviter la cessation des paiements et la cessation d'activité.
- 55.** En outre, aux termes de l'article 2-1, al. 2, AUPC, la procédure n'est applicable qu'au débiteur qui connaît une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise. Ainsi, pour être admis au bénéfice du concordat préventif, il faut non seulement justifier de sa qualité de débiteur, mais également éprouver des difficultés de nature économique et financière, lesquelles difficultés ne doivent pas être irrémédiables. Une telle exigence paraît incompatible avec le souci d'éviter la survenance de la cessation des paiements, et se révèle en pratique inconciliable avec des préoccupations de prévention des difficultés. Autant de raisons qui justifient que la phase préliminaire à la formation du concordat préventif est inadaptée, inadaptée parce que soumise à la seule volonté du débiteur (chapitre 1), mais aussi conditionnée par sa situation économique et financière (chapitre 2).



## CHAPITRE I

### UNE PHASE SOUMISE À LA SEULE VOLONTÉ DU DÉBITEUR

- 56.** Le concordat préventif repose sur un mécanisme contractuel<sup>87</sup>. À l'instar du règlement amiable du droit français, le règlement préventif du droit OHADA a ainsi été conçu comme un processus purement volontaire<sup>88</sup>, du moins, dans sa phase de déclenchement. Aux termes de l'article 5, AUPC, « *la juridiction compétente est saisie par requête du débiteur...* ». C'est donc au débiteur et à lui seul de requérir l'ouverture du règlement préventif. Le président ne peut ni se saisir d'office, ni être saisi par le procureur de la République, par un créancier, par un actionnaire, par le comité d'entreprise ou par le commissaire aux comptes<sup>89</sup> ; ce qui n'est pas sans risque pour la réussite de la procédure. Car, si l'exclusion notamment des créanciers paraît fondée, celle du ministère public et du président de la juridiction compétente paraît plus discutable, étant donné le caractère d'intérêt général que représente la survie ou la disparition d'une exploitation commerciale<sup>90</sup>.
- 57.** Cependant, bien que l'initiative de la procédure relève de la seule « volonté » du débiteur (section 1), sa réussite dépend dans une large mesure du « bon vouloir » des créanciers, dont l'étendue des pouvoirs est assez variée : tandis que certains jouent un rôle relativement effacé, d'autres au contraire détiennent presque le pouvoir de mettre fin à la procédure (section 2).

#### SECTION I

#### LE MONOPOLE DU DÉBITEUR

- 58.** Le concordat préventif est un « outil à anticiper »<sup>91</sup> offert par la loi aux chefs d'entreprise. Seul le débiteur peut demander au président du tribunal l'ouverture de la procédure du règlement préventif, lorsqu'il rencontre des difficultés économiques et financières. C'est un monopole qui lui est reconnu, le rendant « maître » de la procédure.

---

<sup>87</sup> Pour un exemple, v. DUPICHOT (PH), *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, L.G.D.J. 2005, n° 552 s. et 3 s.; v. aussi ADJITA (A.S.), *L'interprétation de la volonté des parties dans la vente commerciale (OHADA)*, Penant, n° 841, octobre-décembre 2002, p. 473.

<sup>88</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit Commercial, Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté*, 5<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 476, p. 310

<sup>89</sup> SAWADOGO (F. M.), obs. sous TGI, Ouagadougou, 25 mai 2004, Rev. Burkinabé de droit, n° 45.

<sup>90</sup> HOULETTE (E), *Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde*, JCP E 2005, n° 1514, p. 1772.

<sup>91</sup> LE CORRE (P.-M.) et LE CORRE-BROLY (E), *Droit du commerce et des affaires – Droit des entreprises en difficulté*, 2<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2006, n° 71, p. 72.

Cependant, quand bien même l'ouverture de la procédure relève de l'initiative exclusive du débiteur (§-2), toutes les catégories de débiteur n'ont pas accès à la procédure; certaines en sont exclues (§-1).

### **§.1 - Le débiteur justiciable de la procédure**

- 59.** Les dispositions de l'article 2-1, al. 2, AUPC, n'accordent le bénéfice du concordat préventif qu'aux commerçants personnes physiques ainsi qu'aux personnes morales de droit privé. Certaines catégories professionnelles en sont donc exclues (A). Toutefois, les nouvelles dispositions de l'Acte uniforme portant droit commercial général instituant le statut d'entrepreneur professionnel semblent ouvrir la voie vers une extension du domaine de la procédure du règlement préventif (B) ; ce qui est de nature à en améliorer l'efficacité.

#### **A- L'exclusion de certaines catégories de débiteur**

- 60.** L'exclusion concerne autant les débiteurs personnes physiques (1) que les débiteurs personnes morales (2).

#### **1. L'exclusion du débiteur, personne physique**

- 61.** Traditionnellement, les procédures collectives ont un domaine d'application bien délimité, même si, au fil des réformes, celui-ci s'est élargi<sup>92</sup>. La procédure du Règlement préventif ne déroge pas à la règle. Cette procédure ne s'applique pas à tous les débiteurs. Certaines personnes physiques en sont exclues ; c'est, notamment, le cas des simples particuliers.
- 62.** La qualité de commerçant est, en effet, une exigence classique pour la soumission aux procédures collectives en droit français et dans les systèmes juridiques apparentés comme ceux des États signataires du Traité de l'OHADA<sup>93</sup>, contrairement au système anglo-saxon<sup>94</sup>, notamment le droit américain, où la procédure est applicable aux commerçants comme aux

<sup>92</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1092, p. 107

<sup>93</sup> SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficultés*, op. cit., n° 90, p.85

<sup>94</sup> C'est le cas de l'Angleterre, des Pays-Bas, de l'Allemagne et de l'Autriche où toute personne physique ou morale peut faire l'objet d'une procédure collective. V. SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 4<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2001, n° 324 et notes, p. 187 et s ; SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 88.

non-commerçants<sup>95</sup>. Néanmoins, le domaine des procédures collectives, en France, a progressivement été étendu. Ainsi, la loi du 13 juillet 1967 les a appliquées à toutes les personnes morales de droit privé sans distinction. La loi du 25 janvier 1985 a poursuivi cette tendance en y soumettant les artisans et la loi du 30 janvier 1988 les a étendues aux agriculteurs. Finalement, c'est la loi du 26 juillet 2005 qui soumet au droit des procédures collectives les personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé.

63. En droit OHADA, l'article 2-1, al. 2, AUPC, dispose que « *le règlement préventif est applicable à toute personne physique... commerçante* », c'est-à-dire, l'individu qui accomplit des actes de commerce et en fait sa profession habituelle. C'est donc le commerçant tel que le définit l'article 2 de l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général<sup>96</sup>. Les actes de commerce accomplis et déterminant la qualité de commerçant sont ceux de l'article 3, AUDCG<sup>97</sup>. Ce qui exclut les personnes physiques qui exercent une activité économique, mais n'accomplissent pas d'actes de commerce. Il s'agit essentiellement des membres des professions libérales, tels avocats, médecins, architectes, etc. et des officiers ministériels (notaires, huissiers, etc.)<sup>98</sup>. En effet, d'une manière générale, leur statut professionnel leur

---

<sup>95</sup> STANKIEWICZ MURPHY (S), *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté*, op. cit. p. 6 ; Doc. Sénat Fr., *Etude de législations comparées*, n° 135, juin 2004, op. cit., p. 5.

<sup>96</sup> Art. 2, AUDCG: "*Est commerçant celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession.*"

<sup>97</sup> Art. 3, AUDCG : "*L'acte de commerce par nature est celui par lequel une personne s'entremet dans la circulation des biens qu'elle produit ou achète ou par lequel elle fournit des prestations de service avec l'intention d'en tirer un profit pécuniaire. Ont, notamment, le caractère d'actes de commerce par nature : - l'achat de biens, meubles ou immeubles, en vue de leur revente ; - les opérations de banque, de bourse, de change, de courtage, d'assurance et de transit ; - les contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce ; - l'exploitation industrielle des mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles ; - les opérations de location de meubles ; - les opérations de manufacture, de transport et de télécommunication ; - les opérations des intermédiaires de commerce, telles que la commission, le courtage, l'agence, ainsi que les opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription, la vente ou la location d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou de parts de société commerciale ou immobilière ; - les actes effectués par les sociétés commerciales.*" Il s'agit d'actes de commerce par leur nature. Ont également le caractère d'actes de commerce, et ce, par leur forme, la lettre de change, le billet à ordre et le warrant, décide l'art. 4, AUDCG. Le législateur OHADA retient donc le titre comme acte de commerce par la forme, à l'inverse de son homologue français qui ne répute acte de commerce que la signature des parties (SANTOS A. P., obs. sous art. 4, AUDCG, *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 3<sup>ème</sup> éd., Juriscope, 2008, p. 212). Cependant, la nouvelle formule de l'art. 2, AUDCG retenant l'accomplissement d'actes de commerce par nature comme condition de la commercialité, la position des deux systèmes en la matière semble s'être rapprochée.

<sup>98</sup> SOINNE (B), *Professions libérales et procédures collectives*, Rev. Proc. Coll., 1997, 377.

interdit d'accomplir des actes de commerce. C'est ce que décide l'Acte uniforme de l'OHADA, relatif au droit commercial général, en son article 9<sup>99</sup>.

64. L'exclusion de cette catégorie professionnelle de ces procédures est une règle dont le bien-fondé n'est plus évident, car les procédures collectives ont un caractère objectif<sup>100</sup>, sans compter que les membres des professions libérales ont parfois des créanciers aussi nombreux que les commerçants. Un règlement préventif serait d'autant plus justifié que les intéressés ne bénéficient ni en droit OHADA ni en droit interne d'aucune disposition légale en cas de difficulté financière ou économique<sup>101</sup>.
65. On soulignera, cependant, que bien que n'étant pas justiciables du règlement préventif, les membres des professions libérales peuvent, à titre exceptionnel, être passibles du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens, et ce, dans deux séries de cas. Tout d'abord, ces procédures s'ouvrent si, au mépris des règles de sa profession, l'intéressé agit comme un commerçant de fait. Ainsi sont susceptibles de redressement judiciaire les notaires qui consentent des prêts à leurs clients, donc exercent des activités bancaires<sup>102</sup>.
66. En second lieu, les membres des groupements d'intérêt économique (GIE) peuvent être mis en redressement judiciaire, même lorsqu'ils ne transgressent pas les règles de leur profession, et ce, lorsque ces groupements, personnes morales, sont mis en redressement judiciaire. En effet, aux termes de l'art. 873, AUSC qui permet aux personnes exerçant une profession libérale d'être membres d'un GIE<sup>103</sup>, les membres du GIE sont tenus solidairement des dettes du groupement sur leur patrimoine propre. Cette règle est tout à fait justifiée, car, pour que la personne morale cesse ses paiements, il faut que tous les membres aient cessé les leurs, étant donné que tous sont indéfiniment et solidairement obligés de payer les dettes sociales<sup>104</sup>.

---

<sup>99</sup> Aux termes de l'art. 9, AUDCG, "*l'exercice d'une activité commerciale est incompatible avec l'exercice des fonctions ou professions suivantes : fonctionnaires et personnels des collectivités publiques et des entreprises à participation publique ; officiers ministériels et auxiliaires de justice ; avocat, huissier, commissaire-priseur, agent de change, notaire, greffier, administrateurs et liquidateurs judiciaires ; expert-comptable agréé et comptable agréé, commissaire aux comptes et aux apports, conseil juridique, courtier maritime ; plus généralement, de toute profession dont l'exercice fait l'objet d'une réglementation interdisant le cumul de cette activité avec l'exercice d'une profession commerciale.*"

<sup>100</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1096, p. 110.

<sup>101</sup> SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit. p. 88.

<sup>102</sup> Cass. com. 2 févr. 1970, D. 1970, 430, JCP. 1970, II, 16313

<sup>103</sup> Art. 871, AUSC

<sup>104</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 1096, p. 110.

67. Sont également exclus du bénéfice du règlement préventif, le mineur non-émancipé et le majeur en tutelle ou en curatelle ; les articles 6 et 7, AUDCG, non seulement, leur refusent la qualité de commerçant, mais leur interdisent également d'effectuer des actes de commerce à titre de profession.
68. L'exclusion concerne également les agriculteurs et les artisans, à la différence, notamment, du droit français. On explique cette exclusion par la "... difficulté d'organiser ces professions à l'image de celles des commerçants, notamment eu égard au registre du commerce et du crédit mobilier"<sup>105</sup>, mais aussi par le fait que les procédures collectives ne présentent d'intérêt pratique que lorsque le débiteur a un actif et un passif importants<sup>106</sup>. Ce qui n'est pas le cas des artisans ni des agriculteurs au Togo, par exemple, et dans la plupart des pays de l'espace OHADA, dont les agriculteurs vivent pour la plupart d'une agriculture de subsistance. À titre d'exemple, la seule rémunération de l'expert<sup>107</sup> ou du syndic ou encore des contrôleurs<sup>108</sup>, suffirait à compromettre leur redressement et à éliminer toute chance de désintéressement des créanciers. L'exclusion tiendrait donc plus d'une circonstance de fait que d'une préférence juridique objective<sup>109</sup>.

## 2. L'exclusion de certaines personnes morales

69. Hormis le commerçant, personne physique, le droit uniforme est applicable à « toute personne... morale commerçante », en l'occurrence, les sociétés commerciales par leur forme et quel que soit leur objet, énumérées par l'article 6 al. 2, AUSC, c'est-à-dire les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés anonymes. Ce sont également les personnes morales dont la commercialité dépend exclusivement de leur objet ; cette catégorie comprend les groupements d'intérêt économique de l'article 869, AUSC. La loi vise ensuite « toute personne morale de droit privé non

---

<sup>105</sup> ISSA-SAYEGH (J), *Présentation du projet d'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, du droit des sûretés et des procédures collectives d'apurement du passif*, Penant, n° spéc. 827, OHADA, mai-août 1998, p. 204, spéc. 218.

<sup>106</sup> SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 94 et s.

<sup>107</sup> Articles 8, AUPC

<sup>108</sup> Article 16, AUPC

<sup>109</sup> Il semble, toutefois, que cette exclusion n'est pas impérative. Il appartiendrait alors à chaque État partie de légiférer en cohérence avec son propre dispositif d'organisation professionnelle et, le cas échéant, d'assujettir d'autres personnes physiques aux procédures collectives organisées par l'OHADA, par une disposition spéciale de droit interne (V. TIGER Ph, *Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'OHADA*, Les Petites Affiches, 13 octobre 2004, n° 205, p. 35). C'est ainsi qu'au Gabon, la loi du 4 août 1986, art.2, assujettit les artisans aux procédures collectives.

*commerçante* », en l'occurrence les associations, les fondations, les mutuelles, les sociétés coopératives, les sociétés civiles... Est, enfin, visée au titre des personnes morales justiciables de la procédure préventive, « *toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé* », notamment les sociétés d'État et les sociétés d'économie mixte et de façon plus générale toute société commerciale dans laquelle un État ou une personne morale de droit public est associée. Sont donc exclus l'État, les institutions étatiques, les collectivités décentralisées, les établissements publics administratifs, les régies, etc. La deuxième catégorie de personnes justiciables du règlement préventif est donc celle des *personnes morales de droit privé*, cette dernière formule comprenant nécessairement les personnes morales commerçantes ainsi que les entreprises publiques revêtant la forme d'une personne morale de droit privé<sup>110</sup>.

**70.** En effet, depuis la loi française de 1967, dont s'est fortement inspiré l'Acte uniforme, les procédures collectives dans leur ensemble sont applicables à toutes les personnes morales de droit privé. Ainsi, l'application des procédures collectives qui est l'exception s'agissant des personnes physiques, devient au contraire la règle lorsque le débiteur est une personne morale. La nature civile ou commerciale de la personne morale n'est pas ici prise en considération<sup>111</sup>. En demeurent, cependant, exclues jusqu'à présent les personnes morales de droit public en raison du principe de l'insaisissabilité des biens et des deniers publics<sup>112</sup>. En revanche, est justifiée, l'application des procédures collectives aux entreprises publiques revêtant une forme de droit privé, en l'occurrence, les sociétés d'État et les sociétés d'économie mixte et de façon plus générale toute société commerciale dans laquelle un État ou une personne morale de droit public est associée.

**71.** Cette solution, qui semblait déjà acquise dans les droits nationaux, vient d'être confortée par l'Acte uniforme<sup>113</sup>. Selon l'art. 2-1, al. 2, le règlement préventif est applicable « *à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé* ». Par cette

---

<sup>110</sup> SAWADOGO (F. M.), Obs. sous. Art. 2, AUPC, *OHADA, Traité et Actes uniformes...*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 890.

<sup>111</sup> GUYON (Y), *Droit des affaires*, t. 2, op. cit. ; DONIO-JOURNO (N), *Le redressement et la liquidation judiciaires des personnes morales civiles*, thèse, Paris II, 2002.

<sup>112</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 21 déc. 1987, n° 86-14.167, Bull. civ. 1, n° 348, p. 249, JCP éd. G, 1989, II, n° 21183, note B. NICOD ; sur cette question, v. COUDERT (P), *L'application des procédures collectives aux entreprises publiques*, Les Petites Affiches, 14 sept. 1994, p. 26. ; COUDERT (P), *Les sociétés d'économie mixte locales face à l'application des procédures collectives : une adaptation nécessaire*, Les Petites Affiches, 21 oct. 1994, p. 9 ; aussi obs. d'ALFANDARI (M.-E.), *Rev. jurisp. com.* 1986, n° spéc. p. 33.

<sup>113</sup> SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit. p. 91.

formulation, le législateur entend manifestement régler l'épineuse question de l'insaisissabilité des biens et deniers publics de ces entreprises, principe qui leur assurait une immunité peu compatible avec les aléas de la vie économique<sup>114</sup>. Aussi, quand bien même la nouvelle formule puisse paraître "superfétatoire"<sup>115</sup>, elle a l'avantage de fixer de façon claire et nette la situation des entreprises publiques<sup>116</sup>. Ces entreprises sont d'ailleurs également visées par l'art. 1 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique : « *toute société, y compris celle dans laquelle un Etat ou une personne morale de droit public est associé... est soumise aux dispositions du présent acte uniforme* ».

- 72.** La question se pose, toutefois, au sujet des banques et établissements financiers, ainsi que des compagnies d'assurance. Les dirigeants d'une banque ou d'un établissement financier en difficulté peuvent-ils recourir à la juridiction compétente aux fins d'obtention d'un concordat préventif ?
- 73.** Une réponse négative doit être admise, en ce qui concerne les banques et les établissements financiers. Dans les pays membres de l'UEMOA<sup>117</sup>, par exemple, une banque ou un établissement financier en difficulté peut, à titre de mesure de sauvegarde, être placé sous administration provisoire. La décision de nomination d'un administrateur provisoire peut être prise à l'initiative du Ministre chargé des Finances. L'administration provisoire est alors prononcée après avis de la Commission Bancaire<sup>118</sup>. Elle peut également résulter d'une proposition de la Commission Bancaire<sup>119</sup>. L'article 26 de l'annexe à la Convention portant création de la Commission Bancaire précise même que celle-ci peut proposer au Ministre des Finances la nomination d'un administrateur provisoire, soit à la demande des dirigeants

---

<sup>114</sup> V. TIGER Ph, *Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'OHADA*, Les Petites Affiches, 13 octobre 2004, n° 205, p. 35.

<sup>115</sup> Voir, notamment, SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit. p. 91; V. TIGER Ph, *Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'OHADA*, op. cit., n° 205, p. 35

<sup>116</sup> Voir les nombreuses décisions ouvrant des procédures collectives, généralement de liquidation des biens, à l'encontre des entreprises publiques : TGI, Ouagadougou, jugements n° 432 du 2 juin 1999: Société SOVIFAR ; n° 894 du 6 octobre 1999: Société de recherche et d'exploitation minières du Burkina (SOREMIB) ; n° 779 du 13 septembre 2000: Société SONAPHARM ; n° 423 du 25 avril 2001: Société FASO FANI (industrie textile) ; n° 90 bis du 30 janvier 2002 : Office national des barrages et des aménagements hydro-agricoles (ONBAH) ; n° 710 du 10 août 2001 : Société burkinabè des ciments et matériaux (CIMAT); n° 341 du 16 juillet 2003 : liquidation des biens du Centre national d'équipements agricoles (CNEA).

<sup>117</sup> Union Économique et Monétaire Ouest Africain, appellation ayant remplacé celle d'UMOA (Union Monétaire Ouest Africain). Elle regroupe actuellement 8 pays d'Afrique de l'Ouest : le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, la Guinée Bissau, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo.

<sup>118</sup> Art. 61, Loi de Réglementation Bancaire de l'UEMOA

<sup>119</sup> Art. 26, Annexe, Convention portant Création de la Commission Bancaire de l'Union Monétaire Ouest Africaine

lorsqu'ils estiment ne plus être en mesure d'exercer normalement leurs fonctions, soit lorsqu'elle constate que la gestion ne peut plus être assurée dans des conditions normales. Cela veut dire que la résolution des difficultés des banques s'effectue suivant des dispositions spéciales.

- 74.** S'agissant des compagnies d'assurance, ce sont les dispositions du Code CIMA<sup>120</sup> qui s'appliquent. Aux termes de l'article 21 de ce texte, lorsque la situation financière d'une entreprise<sup>121</sup> est telle que les intérêts des assurés et bénéficiaires de contrats sont compromis ou susceptibles de l'être, la Commission<sup>122</sup> ou le Ministre en charge du secteur des assurances dans l'État membre, après avis conforme du Secrétaire Général de la CIMA, peut prendre l'une des mesures d'urgence suivantes: a) mise de l'entreprise sous surveillance permanente, b) restriction ou interdiction de la libre disposition de tout ou partie des actifs de l'entreprise, c) désignation d'un administrateur provisoire à qui sont transférés les pouvoirs nécessaires à l'administration et à la direction de l'entreprise. Cette désignation est faite soit à la demande des dirigeants lorsqu'ils estiment ne plus être en mesure d'exercer normalement leurs fonctions, soit à l'initiative de la Commission ou de son mandataire lorsque la gestion de l'établissement ne peut plus être assurée dans des conditions normales.
- 75.** Ainsi donc, les dispositions de l'Acte uniforme relatives au droit des procédures collectives d'apurement du passif ne sont pas applicables aux personnes morales de droit public, aux sociétés de banque et établissements financiers, de même qu'aux entreprises d'assurance, qui sont toutes régies par des textes spéciaux. Sont également privées du bénéfice du concordat préventif les personnes physiques non-commerçantes que sont les professionnels exerçant une activité libérale à titre individuel<sup>123</sup>, les agriculteurs et les artisans, dont le poids dans l'économie des États-partie n'est pas négligeable<sup>124</sup>.

---

<sup>120</sup> Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances. Elle regroupe 14 pays africains, à savoir le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad, le Togo, la Guinée Équatoriale et les Comores.

<sup>121</sup> S'agissant de la forme des entreprises d'assurance, le Code CIMA ne prévoit que deux types de société : une compagnie d'assurance peut être constituée sous forme de société anonyme ou de société d'assurance mutuelle. Si la forme société anonyme est adoptée, il faudra veiller à ce que ce soit à plusieurs personnes, la société anonyme unipersonnelle étant également interdite. Cf. art. 300 et 301, code CIMA.

<sup>122</sup> Commission régionale de contrôle des assurances, l'organe régulateur de la Conférence. Elle est chargée du contrôle des sociétés, assure la surveillance générale et concourt à l'organisation des marchés nationaux d'assurances (art. 309, code CIMA).

<sup>123</sup> Sur l'extension du champ d'application du droit français des procédures collectives aux professions libérales, v. VALLENS (J.-L.), *Le redressement judiciaire et les professions libérales*, LPA, 22 juill. 1998, n°87, p.15 et s.

<sup>124</sup> ROUSSEL-GALLE (Ph.), *OHADA et difficultés des entreprises, Etude critique*, op. cit., n° 8, p. 12.



76. Toutefois, les dispositions de l'article 30, AUDCG nouveau, issues de la récente réforme de 2010, semblent ouvrir la possibilité d'une extension de la procédure du concordat préventif à toutes les catégories professionnelles de droit privé.

## **B- Vers l'admission de toutes les catégories de débiteur**

77. L'extension pourrait provenir de la récente révision de l'Acte uniforme portant droit commercial général (1), qui a pour conséquence, une certaine atténuation de la portée de l'obligation d'immatriculation (2).

### **1. La réforme de l'AUDCG, un facteur d'extension possible**

78. Le 15 décembre 2010 a été adopté à Lomé, au Togo, un nouvel Acte uniforme de l'OHADA portant sur le droit commercial général<sup>125</sup>, pour réformer le droit applicable jusqu'alors en la matière. Le nouveau texte, contrairement à l'ancien, a innové en créant notamment, aux côtés des commerçants, personne physique ou personne morale, le statut d'entrepreneur. Celui-ci est, aux termes de l'article 30, AUDCG, « *un entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration (...), exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole.* » Il s'agit manifestement de la prise en compte juridique d'une « réalité informelle ».

79. En effet, le droit OHADA a vocation à s'appliquer dans des pays où l'on est confronté à l'existence d'entités de type informel sur le plan juridique, désignées souvent sous l'expression "établissement". Il s'agit, la plupart du temps, d'entreprises individuelles ou familiales qui, bien que parfois déclarées auprès de l'administration fiscale, sont constituées sans acte écrit et au mépris des règles légales, c'est-à-dire, sous aucune des formes légales de société commerciale, et sans immatriculation au RCCM. Il ne fait aucun doute qu'une structure fonctionnant dans de telles conditions et ne possédant pas la personnalité morale ne peut prétendre au bénéfice des dispositions propres au règlement préventif. Ce qui semble ne plus être le cas avec l'adoption du nouvel Acte uniforme relatif au droit commercial général.

---

<sup>125</sup> J.O. OHADA, n° 23, 15 février 2011.

80. Car, en effet, permettre à l'entrepreneur individuel, personne physique, d'exercer, sur *simple déclaration* au greffe de la juridiction compétente<sup>126</sup> ou à l'organe compétent, une activité professionnelle *civile* ou *commerciale* ou *artisanale* ou encore *agricole*, c'est *de facto* lui accorder le droit de saisir, en cas de difficulté, la juridiction compétente aux fins de bénéficier de la procédure du concordat préventif. Seraient ainsi dorénavant justiciables du règlement préventif, tous les professionnels indépendants, aussi bien commerçants que non-commerçants : des personnes exerçant une activité commerciale, c'est-à-dire, les commerçants, qui répondent à la définition des articles 2 et 3, AUDCG, mais aussi des personnes exerçant une activité artisanale ou agricole. La procédure devrait également s'appliquer aux professionnels indépendants, même si le texte ne le dit pas expressément, la formule « *activité professionnelle civile* » pouvant, à cet égard, être entendue au sens de *profession libérale*<sup>127</sup>. Ainsi, avocats, médecins, architectes, détectives privés<sup>128</sup>... et officiers ministériels : notaires<sup>129</sup>, huissiers... et de manière générale tous les professionnels indépendants, seraient désormais éligibles au bénéfice du concordat préventif. La position du législateur OHADA s'alignerait ainsi sur celle de son homologue français, qui, depuis 2005<sup>130</sup>, soumet aux procédures collectives « *toute personne physique exerçant une activité professionnelle* », indépendamment de tout autre critère<sup>131</sup>.
81. Pourraient également bénéficier de la procédure des *époux* qui exercent une exploitation en commun, c'est-à-dire, qui effectuent chacun des actes de commerce de manière répétée<sup>132</sup>. Deux procédures distinctes seraient alors ouvertes. En cas de confusion des patrimoines, les tribunaux organisent une procédure commune et unique<sup>133</sup>. On rappellera qu'en principe, en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, la procédure ouverte contre un

---

<sup>126</sup> Art. 39, 62 et s. AUDCG.

<sup>127</sup> FAVARIO (Th), *L'avocat en difficulté (application de la loi de sauvegarde à l'avocat exerçant en nom)*, Bull. Joly juin 2006, § 155, p. 691 ; RETIF (S), *Professions libérales et procédures collectives, Contribution à l'étude du droit des professions libérales*, thèse, Toulouse, 2004 et *L'extension des procédures collectives aux professions libérales*, Dr. et patri. mars 2006, p. 95 ; VARIN (O), *Les professions libérales, aspects pratiques*, Rev. proc. coll. 2006, p. 156 ; VALLENS (J.-L.), *Le redressement judiciaire et les professions libérales*, op. cit., p. 15.

<sup>128</sup> Com. 27 mai 2008, LPA 24 oct. 2008, n° 214, p. 9, obs. J.P. LEGROS.

<sup>129</sup> Com. 22 mai 2007, n° 06.12193, RJDA 2/08, n° 169, p. 164.

<sup>130</sup> Loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 (art. L. 611-5 et L. 620-2, C. com.).

<sup>131</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, ... 8<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 140, p. 113.

<sup>132</sup> Rennes, 2<sup>ème</sup> ch. 13 mai 1987, *Petites affiches* 1990, n° 63, p. 17, note Gallet ; Com. 18 avril 1985, Bull. civ. IV, n° 115, p. 100 ; 27 mai 1986, RTD com. 1986, p. 514, obs. J. DERRUPPÉ ; Mais encore faut-il que soit établi cet exercice en commun ou une immixtion réelle d'un époux dans les affaires de l'autre (Com. 15 oct. 1991, JCP E 1992, n° 136, p. 165, note CABRILLAC et Ph. PÉTEL : ouverture de la procédure à l'encontre du mari de la commerçante dont le rôle dans l'exploitation dépassait celui d'un simple auxiliaire "pour avoir de manière indépendante exercé des actes de commerce et en avoir fait sa profession").

<sup>133</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 356, p. 203.

commerçant ne retient pas sur son conjoint si ce dernier n'exerce pas d'activité commerciale et s'il est séparé de biens. Mais si les époux sont mariés sous le régime de la communauté, les créanciers du débiteur peuvent saisir les biens communs<sup>134</sup>.

- 82.** Hormis la possibilité d'une extension du champ d'application de la procédure du concordat préventif, la réforme de l'Acte uniforme portant droit commercial général entraîne une certaine atténuation de la portée de l'obligation d'immatriculation.

## **2. L'atténuation de la portée de l'obligation d'immatriculation**

- 83.** La réforme de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général apporte, en outre, réponse à une autre inquiétude : celle de la question de l'immatriculation au RCCM. Puisque c'est l'exercice effectif de l'activité indépendante qui est requis, il est désormais incontestable que le commerçant de fait peut bénéficier de la procédure préventive, les nouvelles dispositions des articles 5 et 44, AUDCG<sup>135</sup>, contrairement à celles de l'ancien article 25, étant, à cet égard, sans équivoque, en ce qui concerne le commerçant personne physique. En effet, ainsi qu'il a été dit plus haut, la preuve de la commercialité peut maintenant être rapportée par la tenue correcte des livres de commerce et des états financiers de synthèse. Aussi, la production d'un extrait du RCCM ne serait-elle exigée du commerçant personne physique que dans le cas où son *"immatriculation est requise par la loi"*<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> DERRIDA (F), *Redressement et liquidation judiciaires et régime de communauté*, D. 1994. 108 ; *Le sort du passif né du chef du conjoint en cas de redressement judiciaire d'un époux sous le régime de communauté légale*, Mél. COLOMER, Litec, p. 153 ; MAHINGA (G), *Solidarité et communauté à l'épreuve des procédures collectives*, Rev. Proc. Coll. 1992-1, p. 7 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Les dangers pour les créanciers de l'époux « in bonis » de l'ouverture d'une procédure collective contre son conjoint*, Les Petites affiches, 26 août 1998, p. 16 ; RUBELLIN (P), *Régimes matrimoniaux et procédures collectives*, Thèse, Strasbourg, 1998 ; STORCK (M), *L'exécution sur les biens des époux*, les Petites affiches 2000, n° 8, p. 12. La question a été tranchée, après de multiples hésitations, par un arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation, en date du 23 décembre 1994 (D. 1995.145, note F. Derrida ; Rev. Proc. Coll. 1995.246, n° 2, obs. DUREUIL ; RTD com. 1995, 657, note A. Martin-Serf ; JCP E 1995, II, 660, note P. PÉTEL ; 1994, I, 3733, obs. P. Simler ; F. VAUVILLE, *L'arrêt de l'Assemblée plénière en date du 23 déc. 1994 relatif au sort des biens communs*, Rev. Proc. Coll. 1995.23).

<sup>135</sup> Article 5, AUDCG : *"Les actes de commerce se prouvent par tous moyens même par voie électronique à l'égard des commerçants. Tout commencement de preuve par écrit autorise le commerçant à prouver par tous moyens contre un non-commerçant. Les livres de commerce tenus en application des dispositions du présent Acte uniforme sont admis par le juge pour constituer une preuve dans les conditions prévues ci-dessus. Les livres de commerce et les états financiers de synthèse constituent des moyens de preuve. Dans le cours d'une contestation, la représentation des livres de commerce et des états financiers de synthèse peut être ordonnée par le juge, même d'office, à l'effet d'en extraire ce qui concerne le litige."* Comp. Art. 25, ancien AUDCG : *"toute personne physique ayant la qualité de commerçant doit requérir du Greffe de la juridiction compétente dans le ressort de laquelle ce commerce est exploité, son immatriculation au Registre."*

<sup>136</sup> Article 44, AUDCG : *"Toute personne physique dont l'immatriculation est requise par la loi doit, dans le premier mois de l'exercice de son activité, ... demander son immatriculation..."*

- 84.** Il devrait en être de même de l'associé en nom et de l'associé commandité, qui, aux termes des articles 270 et 293, AUSC, sont des commerçants tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Seul l'associé immatriculé pourra bénéficier de la protection du règlement préventif, le commerçant de fait ne pouvant invoquer ni son défaut d'inscription pour échapper à la procédure collective, ni sa qualité réelle pour bénéficier de cette procédure<sup>137</sup>.
- 85.** La question reste cependant posée au sujet de l'associé commerçant d'une société en participation, non-tenu à immatriculation. Le groupement étant dépourvu de personnalité morale ne peut bénéficier de la procédure de règlement préventif. En revanche, l'associé ou le gérant pourra, en principe, en demander l'ouverture, dans la mesure où il exerce une activité commerciale, artisanale ou agricole, à titre individuel<sup>138</sup>, et s'il tient correctement les documents comptables prévus par la loi.
- 86.** Le problème du caractère restreint du champ d'application *rationae personae* du règlement préventif semble donc en voie de résolution, du fait de la récente réforme de l'Acte uniforme portant droit commercial général. Toutefois, le débiteur qui souhaite bénéficier de cet instrument de prévention doit adresser au président de la juridiction compétente une demande sous la forme d'une requête exposant sa situation économique et financière.

## **§.2 - Le débiteur, initiateur exclusif de la procédure**

- 87.** Aux termes de l'article 5, al. 1, AUPC, « *la juridiction compétente est saisie par requête du débiteur exposant sa situation économique et financière et précisant les perspectives de redressement de l'entreprise et l'apurement du passif* ». L'article 7 précise que le débiteur doit, « *à peine d'irrecevabilité de sa requête* », « *déposer une offre de concordat préventif précisant les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise* ». Ces deux textes énoncent ainsi, d'une part, l'auteur de la requête en règlement préventif (A), d'autre part, l'objet de celle-ci (B).

<sup>137</sup> V. sur l'ensemble de la question : JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Instrument de paiement et de crédit – Entreprises en difficulté*, 5<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 576; GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1098; SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 4<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 327 et s.; SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit. p. 86 et s.; R. ROBLOT & G. RIPERT, par DELEBECQUE (PH) et GERMAIN (M), *Droit Commercial*, T. 2, 17<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 860 et s.

<sup>138</sup> V. en ce sens, SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 366, p. 211 ; PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, ... 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 141, p. 116.

## A- L'auteur de la requête en règlement préventif

88. Le débiteur a seul qualité pour saisir la juridiction compétente aux fins d'ouverture de la procédure du règlement préventif. Cela revient à dire que, contrairement à la procédure du redressement judiciaire, le débiteur qui n'utilise pas de son monopole de saisine (1) dans le cadre du règlement préventif, ne peut être assigné ni d'office par le président de la juridiction compétente, ni sur requête du ministère public (2).

### 1. Le principe de la saisine volontaire du débiteur

89. Les dispositions de l'Acte uniforme accordent au seul débiteur le monopole de saisir la juridiction compétente, c'est-à-dire le tribunal de première instance ou le tribunal de grande instance pour la plupart des Etats de l'espace OHADA<sup>139</sup>. La demande est présentée par écrit en la forme d'une requête, signée et datée, adressée au Président de la juridiction et déposée au greffe de cette juridiction contre récépissé<sup>140</sup>. L'envoi de la demande par courrier n'est donc pas souhaité, la volonté du dirigeant de l'entreprise de recourir à cette procédure facultative, que lui seul peut déclencher, devant ainsi être établie de façon indiscutable<sup>141</sup>.
90. La règle contraste avec la saisine aux fins d'ouverture d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation des biens (art. 25 et 28 à 30, AUPC), et rapproche à cet égard, le règlement préventif du *mandat ad hoc*, de la procédure de conciliation ou encore de la procédure de sauvegarde du droit français, qui sont également à l'initiative exclusive du débiteur<sup>142</sup>. C'est une faculté strictement donnée au dirigeant et à lui seul. Personne d'autre n'est admise à formuler une telle demande, même si le dirigeant s'abstient et que le recours est commandé par l'intérêt de l'entreprise<sup>143</sup>. Le tribunal ne peut donc, ni se saisir d'office, ni être saisi par le

---

<sup>139</sup> Au Togo, il s'agit du Tribunal de première instance de première classe (à Lomé) et des tribunaux d'instance dans les autres grandes villes du pays.

<sup>140</sup> Art. 5, al. 2, AUPC

<sup>141</sup> Lamy, *Droit Commercial*, éd. 2003, fasc. 2401, p. 1121.

<sup>142</sup> VALLIOT (V. R.), *La loi du 26 juillet 2005 portant réforme du droit des entreprises en difficulté : le point de vue de l'administrateur judiciaire – mandataire ad hoc et conciliateur*, JCP éd. E, 2005, p. 1775, n° 1515, spéc. n° 38 ; TRICOT (D), *L'intérêt de la réforme du régime de la sauvegarde*, JCP E, 2009, 1575 ; ROUSSEL-GALLE (PH), *La procédure de sauvegarde, Quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice ?* JCP éd. E, 2006 p. 1679 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La loi de sauvegarde des entreprises : de nouvelles procédures pour de nouvelles stratégies*, Rev. proc. coll. 2007, p. 13.

<sup>143</sup> V. sur l'ens. JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 259 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 398 et s. ;

procureur de la république, par un actionnaire, par le comité d'entreprise, par le commissaire aux comptes, et surtout par un créancier aux fins d'ouverture de la procédure de règlement préventif.

91. En ce qui concerne les créanciers, la solution s'explique : il n'y a pas état de cessation des paiements, ce qui postule que le débiteur respecte ses engagements contractuels, mais aussi légaux, tel le paiement des cotisations de sécurité sociale et des impôts<sup>144</sup>. Il est d'ailleurs peu probable que les créanciers provoquent l'ouverture d'une procédure dont l'effet principal est de limiter leurs chances d'obtenir paiement de leurs créances<sup>145</sup>. Pourrait-on envisager, sous certaines conditions, l'octroi de cette faculté de saisine aux créanciers de salaires, sans doute intéressés au premier plan par la survie de l'entreprise ? S'est-on demandé<sup>146</sup>. Il n'est pas, là encore, certain qu'une telle possibilité puisse être utilisée, sauf à modifier les conditions de cette saisine, notamment les pièces et documents à fournir. Ce qui d'ailleurs ne pourra se faire sans l'accord et la participation du débiteur lui-même. En France, un amendement tendait à permettre la saisine aux fins d'ouverture de la procédure de sauvegarde aux salariés, afin de "pallier le manque de clairvoyance et d'objectivité du chef d'entreprise"<sup>147</sup>. L'amendement a été rejeté sur l'observation que la procédure de sauvegarde est une procédure particulière dans laquelle le dirigeant de l'entreprise demande à se placer sous la protection du tribunal<sup>148</sup>.
92. L'exclusion du Ministère public et du Président du tribunal paraît plus discutable. L'un et l'autre peuvent avoir connaissance des éventuelles difficultés de l'entreprise, mais de surcroît le Ministère public représente l'intérêt général qui commande le traitement précoce de la crise<sup>149</sup>. Permettre au tribunal de se saisir d'office ou au Ministère public de le saisir assure une sécurité judiciaire accrue, et éviterait une saisine tardive du fait des tergiversations du

---

PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 185 et s. ; JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 243 et s.

<sup>144</sup> Rapport Xavier de Roux, Doc. AN n° 2095, p. 176.

<sup>145</sup> Rapp. Comm. SUDREAU, fév. 1975, *Documentation française*, coll. 10-18, n° 967 ; BRUNOIS, *La sauvegarde des entreprises en difficultés, le rapport SUDREAU*, Economie et Comptabilité, sept. 1976, p. 5 ; FOYER, *Règlement judiciaire, suspension provisoire des poursuites, unité ou dualité des procédures*, in La refonte du droit de la faillite, Publication Université Lille III, coll. 1978 ; SOINNE (B), *Règlement judiciaire – suspension provisoire des poursuites : La réalité ou l'illusion d'une dualité maintenue*, public. Université Lille III, coll. 1978 ; VERDOT, *Faut-il supprimer le règlement judiciaire ?*, Etude Kaiser 1979, 2, 39.

<sup>146</sup> ROUSSELL-GALLE (Ph), *OHADA et difficultés des entreprises, Etude critique*, op. cit., n°18.

<sup>147</sup> Amend. n° 462, Interv. J. JAMBU, JOAN CR, 2<sup>ème</sup> séance du 3 mars 2005, p. 1645

<sup>148</sup> Interv. Xavier de Roux, JOAN CR, 2<sup>ème</sup> séance du 3 mars 2005, p. 1645.

<sup>149</sup> CHAMPAUD, *La place des intérêts publics dans les procédures collectives*, in La refonte du droit de la faillite, colloque Lille 1978, p. 109 et s. ; SOINNE (B), *L'intervention du ministère public dans les procédures collectives de redressement et de liquidation ; commentaire de la loi n° 81-927 du 15 octobre 1981 et du décret n° 82-327 du 9 avril 1982*, D. 1983, chron. p. 11 et s.

débiteur<sup>150</sup>. Toutefois, la saisine par ces deux organes, non seulement, suppose une appréciation de la situation de l'entreprise qui ne relève pas de leur compétence<sup>151</sup>, mais aussi risque de conduire à une saisine trop précoce. Or, si la procédure doit être ouverte le plus tôt possible, une ouverture trop précoce ou inopportune peut précisément provoquer la faillite du débiteur, puisque la procédure n'est pas confidentielle. Le débiteur paraît donc le mieux à même d'apprécier la gravité de sa situation. C'est à lui et ses conseils, comptables, financiers et juristes, qu'il incombe d'analyser la situation et de prendre la mesure adéquate<sup>152</sup>.

93. En fait, le caractère volontariste de la procédure de règlement préventif justifie le caractère strictement attribué au seul débiteur de la saisine aux fins d'ouverture<sup>153</sup>. Ce monopole contribue à responsabiliser le chef d'entreprise<sup>154</sup>. En outre, les chances de réussite d'une telle procédure sans la participation du débiteur semblent bien minces. Cette réalité est d'ailleurs de plus en plus prise en compte dans la plupart des législations modernes. C'est le cas aux États-Unis où le postulat est que le dirigeant est le mieux placé pour juger de l'opportunité de se placer sous la protection de la justice, le principe étant celui de l'ouverture des procédures, notamment celle du *chapitre 11*, à la demande de l'équipe dirigeante. Les créanciers peuvent solliciter l'ouverture des procédures, mais seulement dans des conditions restrictives : trois créanciers au moins détenant au moins dix mille dollars de créance doivent présenter la demande<sup>155</sup>. En Italie, la saisine pour l'ouverture de la procédure d'administration contrôlée et le concordat préventif appartient au débiteur. En Allemagne, la saisine pour l'ouverture de la procédure d'insolvabilité imminente appartient au débiteur<sup>156</sup>. Il en est de même en France, en ce qui concerne les procédures de conciliation<sup>157</sup> et de sauvegarde.

---

<sup>150</sup> V. par ex. GUYON (Y), *Ne pourrait-on pas sans danger supprimer les procédures collectives ?*, LPA, 16 janvier 1984, p. 19 ; JEANTIN (M), *Réforme du droit des faillites et logique concurrentielle*, Actes 1983, n° 41 ; TENIER, *La règle du droit de la faillite et le sort économique des entreprises en difficulté*, RTD com. 1985, p. 570

<sup>151</sup> ROUSSELL-GALLE (Ph), *OHADA et difficultés des entreprises, Etude critiques*, op. cit., n° 18.

<sup>152</sup> VALLIOT (V. R.), *La loi du 26 juillet 2005 portant réforme du droit des entreprises en difficulté : le point de vue de l'administrateur judiciaire – mandataire ad hoc et conciliateur*, op. cit., p. 1775, n° 1515.

<sup>153</sup> TRICOT (D), *L'intérêt de la réforme du régime de la sauvegarde*, JCP E, 2009, 1575, op. cit. ; ROUSSELL-GALLE (Ph), *La procédure de sauvegarde*, op. cit. ; SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La loi de sauvegarde des entreprises*, op. cit.

<sup>154</sup> En ce sens, à propos de la procédure de sauvegarde, SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 5<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2006, n°398.

<sup>155</sup> HAZARD (J), *Les procédures d'insolvabilité aux Etats-Unis*, LPA 16 juin 2005, n°119, p. 11s. spéc. p. 13

<sup>156</sup> LE CORRE (P.-M.), *Droit et Pratique des Procédures Collectives*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2008, p. 44.

<sup>157</sup> En effet, le monopole de saisine accordé au chef d'entreprise dans le cadre de la conciliation s'accorde bien avec la thèse qui voit dans le règlement amiable une technique purement contractuelle. Le projet de loi avait envisagé que le Procureur de la République et le président du tribunal puissent d'office provoquer l'ouverture de la procédure. Cette solution a été abandonnée en cours de discussion parlementaire : cf. JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 63, n° 86 et s.

94. L'Acte uniforme attribue la faculté de saisine au débiteur, sans autre précision sur cette qualité. Sont sans doute visés le commerçant personne physique, lorsqu'il s'agit d'une entreprise individuelle, mais aussi le représentant légal, dans le cas d'une personne morale. Dans les sociétés anonymes avec conseil d'administration, le pouvoir du président de ce conseil ne fait aucun doute<sup>158</sup> ; il en irait de même de l'administrateur général, dans les sociétés anonymes sans conseil d'administration instituées par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique<sup>159</sup>. Mais celui des directeurs généraux est moins évident. Le directeur général d'une société anonyme doit provoquer une délibération du conseil d'administration lui donnant pouvoir d'agir<sup>160</sup>. Dans les sociétés comportant un seul gérant, celui-ci a le pouvoir ; s'il y a plusieurs gérants, sauf opposition préalable d'un cogérant, un seul peut présenter la demande. Dans les sociétés en nom collectif, chaque associé signe la requête. Dans les autres groupements, il conviendra de se référer aux statuts<sup>161</sup>.
95. La question se pose néanmoins de savoir si les dirigeants de fait d'une personne morale disposent également de cette faculté. Des doutes peuvent être émis en ce qui les concerne, mais selon les articles 194, 196 et 197, AUPC, encourent la faillite personnelle, les dirigeants des personnes morales « *...de droit ou de fait, rémunérés ou non, apparents ou occultes* », qui ont « *commis des actes de mauvaise foi ou des imprudences inexcusables ou qui ont enfreint gravement les règles et usages du commerce* »<sup>162</sup>. Ce qui est notamment le cas dans l'hypothèse de la « *poursuite abusive d'une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire l'entreprise qu'à la cessation des paiements* »<sup>163</sup>. Dès lors, ces dirigeants doivent se voir reconnaître le droit de demander l'ouverture du règlement préventif, le caractère préventif de la procédure qui commande une intervention précoce, s'accommodant fort bien d'une appréciation large de la qualité pour agir<sup>164</sup>.

---

<sup>158</sup> Art. 415, 465, 480 et s., AUSC

<sup>159</sup> Art. 494, 498 et s., AUSC

<sup>160</sup> COZIAN (M), VIANDIER (A) et DEBOISSY (F), *Droit des sociétés*, 20<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 581 et s.

<sup>161</sup> LE CANNU (P), *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., p. 649.

<sup>162</sup> Art. 196-5°, AUPC.

<sup>163</sup> Art. 197-5°, AUPC.

<sup>164</sup> ROUSSEL-GALLE (Ph), *OHADA et difficultés des entreprises*, op. cit. p. 17.



96. On voit dès lors que le fait que la saisine n'appartienne qu'au débiteur n'a pas pour effet de modifier les règles de fonctionnement des sociétés<sup>165</sup>. Ainsi, si la saisine n'appartient qu'au dirigeant de la société anonyme, par exemple, ce dernier pourra consulter le conseil d'administration, sans y être, pour autant, obligé<sup>166</sup>.
97. Toutefois, pour la majorité des débiteurs, l'aveu des difficultés économiques et financières est ressenti comme un échec commercial dont ils tentent de retarder le plus possible l'échéance<sup>167</sup>. La plupart des saisines, sont par conséquent, trop tardives et les tribunaux se retrouvent en présence d'entreprises dont la situation est gravement obérée. Bien souvent, il n'y a de ce fait d'autre issue que la liquidation, qui aurait pu être évitée par une intervention plus précoce<sup>168</sup>. Une action savamment orchestrée du président de la juridiction compétente, soit sur requête du ministère public ou sur saisine d'office est, à cet égard souhaitable.

## 2. L'intérêt d'une saisine d'office ou à la requête du ministère public<sup>169</sup>

98. Cette procédure présente, en effet, un intérêt général. Il est d'une impérieuse nécessité que l'entreprise soit placée sous le régime du redressement<sup>170</sup> dès lors qu'elle connaît des difficultés qui risquent de troubler son fonctionnement normal. L'intérêt des salariés, la situation des tiers, tels que créanciers ou fournisseurs qui pourraient souffrir gravement de la disparition d'une exploitation économique, commandent cette solution<sup>171</sup>. Tout retard porterait préjudice à l'entreprise en réduisant ses possibilités de redressement<sup>172</sup>.

<sup>165</sup> LE CORRE (P.-M.), *Droit et Pratique des Procédures Collectives*, 4<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 44.

<sup>166</sup> Interv. D. Perben, JOAN CR, 2<sup>ème</sup> séance du 3 mars 2005, p. 1642.

<sup>167</sup> Pour le dépôt de bilan : SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 972.

<sup>168</sup> C'est pourquoi il est parfois jugé que commet une faute de gestion le dirigeant social qui a retardé à tort la déclaration de cessation des paiements privant son entreprise du bénéfice d'un plan qui aurait pu la sauver : Com. 3 févr. 1998, RJDA 6/98, n° 746, p. 528. La même solution devrait être admise à l'encontre du dirigeant qui ne sollicite le concordat préventif qu'après la survenance de la cessation des paiements.

<sup>169</sup> La loi française du 26 juillet 2005 remplace très souvent la saisine d'office du tribunal par une saisine du ministère public : SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Le projet de loi de sauvegarde des entreprises, continuité, rupture ou retour en arrière ?*, Droit et patri., janv. 2005, n° 133, p. 24).

<sup>170</sup> V. pour le redressement judiciaire, SOINNE (B), *Traité des procédures collectives*, op. cit., p. 363.

<sup>171</sup> BADINTER (R), *Le procureur et le consul*, RJ com. 1981, 245 ; SOINNE (B), *L'intervention du ministère public dans les procédures collectives de redressement et de liquidation*, D. 1983, chron. 11, op. cit.

<sup>172</sup> AUBERT (F), *La procédure des procédures collectives*, MéL. A. Honorat, éd. Frison-Roche, 2000, p. 7, spéc. p. 11 ; MARIN (J.-CL.), *Le rôle du ministère public dans les procédures de prévention des difficultés et dans les procédures collectives*, La Lettre de l'OCED, déc. 1999, n° 15, p. 13.

99. La procédure permettrait, en outre, de surmonter l'inertie du débiteur ou même sa connivence avec certains de ses créanciers<sup>173</sup>. Ainsi, même s'il est de principe qu'un juge ne peut faire état de ses informations ou connaissances personnelles<sup>174</sup>, rien ne devrait interdire au président, sur la foi d'informations particulières, de vérifier la situation du débiteur au greffe de la juridiction et, le cas échéant, de déclencher une enquête d'office<sup>175</sup>. Il dispose, à cet effet, d'un mécanisme de vérification de la situation des entreprises, les listes de protêts, d'injonctions de payer, de privilèges ou de sûretés... devant en principe être régulièrement déposées au greffe de la juridiction compétente<sup>176</sup>. Il peut également être envisagé un mécanisme de collecte de données et d'enquête commerciale, à la manière du droit belge<sup>177</sup>, dans le cadre d'une prévention des difficultés des entreprises. Muni de ces informations, le président pourrait ainsi, soit d'office, soit sur demande du procureur, intervenir bien avant que la situation du débiteur ne devienne désespérée. Cette intervention pourrait se faire suivant les modalités prévues notamment en droit français<sup>178</sup> dans le cadre de la procédure du redressement judiciaire et reprises par le législateur OHADA<sup>179</sup> dans une procédure du même nom.

100. Parce que la saisine d'office est un mécanisme exorbitant du droit commun, elle doit se concilier avec le principe du contradictoire<sup>180</sup>, afin de respecter les droits du débiteur. Aussi, le président devra-t-il convoquer le débiteur par acte d'huissier de justice, à la diligence du

---

<sup>173</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficultés*, 7<sup>ème</sup> éd. op. cit., p. 161, n° 253.

<sup>174</sup> CHEVALLIER (V), *Remarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles*, RTD civ. 1962, 5 ; LE FOYER DE COSTIL, *Les connaissances personnelles du juge*, Rev. int. dr. comp. 1986, 517.

<sup>175</sup> MARCHI (J), *Le rôle du Procureur de la République*, RJ com. n° spéc. 1987, p. 101. – Il a d'ailleurs été jugé que l'Inspecteur du Travail "... dans le cadre du maintien de l'emploi, est parfaitement habilité à communiquer au président du tribunal tout fait révélant la cessation des paiements de l'entreprise" (Rennes, 2<sup>ème</sup> ch., 4 juill. 1990, Juris-Data n° 45895). Cette solution pourrait être admise dans le cadre d'une procédure préventive de difficultés.

<sup>176</sup> V. not. Article 35 et s., AUDCG ; art. 51 et s., AUS, et art. 42, Loi de réglementation bancaire, UEMOA-BCEAO.

<sup>177</sup> Loi relative à la continuité des entreprises, *Moniteur belge du 9 févr. 2009*. V. not. article 8 : "Les renseignements et données utiles concernant les débiteurs qui sont en difficultés financières telles que la continuité de leur entreprise peut être mise en péril, y compris ceux qui sont obtenus en application des dispositions du présent titre, sont tenus à jour au greffe du tribunal de l'arrondissement dans lequel le débiteur a son établissement principal ou son siège social. - Le procureur du Roi et le débiteur concerné peuvent à tout moment prendre connaissance sans déplacement des données ainsi recueillies. Ce dernier a le droit d'obtenir, par requête adressée au tribunal, la rectification des données qui le concernent. - Conformément aux modalités fixées par le Roi, le tribunal peut également communiquer les données recueillies aux organismes publics ou privés désignés ou agréés par l'autorité compétente pour assister les entreprises en difficulté."

<sup>178</sup> C. com. art. L. 631-5, al. 1 et L. 640-5.

<sup>179</sup> Cf. Article 29, AUPC. À noter toutefois que, même dans la procédure du redressement judiciaire, le droit OHADA ne prévoit pas de saisine directe par le ministère public. Ce que l'on a déploré : V. les obs. du Prof. SAWADOGO sur ce texte (*OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 918).

<sup>180</sup> VALLENS (J.-L.), *Droit de la faillite et droits de l'homme*, RTD com. 1997, 567, spéc. p. 580.

greffier, à comparaître dans le délai qu'il fixe devant le tribunal<sup>181</sup>, siégeant en chambre du conseil, donc à huis clos. Il devra également joindre à la convocation une note dans laquelle il expose les faits de nature à motiver la saisine d'office<sup>182</sup>. L'on estime, en outre, que la note du président doit être rédigée de manière impartiale sans qu'il puisse en résulter qu'il aurait déjà pris parti et ne disposerait plus ainsi de l'impartialité objective du juge<sup>183</sup>. Il s'agira dès lors, en réalité, non pas d'une "assignation", mais plutôt d'une "convocation"<sup>184</sup>, destinée à enquêter sur l'étendue des difficultés auxquelles le débiteur est confronté. Ce qui permettrait ainsi de "suggérer" au débiteur l'opportunité d'un règlement préventif et, à défaut, faciliter la mise en jeu de sa responsabilité, s'il s'y refuse sans raison<sup>185</sup>. Ce dernier devra y comparaître pour être entendue, éventuellement assisté des personnes de son choix<sup>186</sup>. Le président devra également pouvoir entendre toute personne dont il estime l'audition nécessaire, en l'occurrence, les commissaires aux comptes, les représentants du comité d'entreprise ou les délégués du personnel, etc. La nécessité de déclencher la procédure proprement dite ne devrait ainsi être acquise que lorsqu'à l'issue de ces différentes auditions, il est constaté l'existence de difficultés de nature à conduire à plus ou moins brève échéance à la cessation des paiements ; la procédure serait alors ouverture, d'un "commun accord" entre le juge et le débiteur, avec la nomination d'un *mandataire judiciaire* (ainsi nommé, parce qu'étant désigné par un juge et non par le débiteur<sup>187</sup>), dont la mission serait de faciliter la conclusion d'un accord préventif entre le débiteur et ses créanciers.

---

<sup>181</sup> C. com. art. R. 631-3. À défaut de convocation, le jugement d'ouverture doit être annulé : Douai, 22 févr. 1990, Rev. proc. coll. 1991, p. 402, obs. LEVASSEUR. Il en est de même si la note n'est pas jointe à la convocation : Com. 25 juin 1996, RJDA 12/96, n° 1532, p. 1069 ou si le débiteur est simplement invité « à prendre connaissance personnellement ou par mandataire du rapport déposé à l'appui de l'ordonnance » : Rouen, 2<sup>ème</sup> ch., 25 févr. 1993, JCP G 1993, IV, n° 1987.

<sup>182</sup> C. com., art. R. 631-3, al. 2

<sup>183</sup> Com. 3 nov. 1992, JCP 93, éd. G. IV, 100 ; Bull. inf. C. cass. 15 déc. 1992, n° 1846, p. 30 ; D. 1992, IR, p. 273 ; Quot. Jur. 12 janv. 1993, p. 4 ; Gaz. pal. 1993, 27-28 janv. , flash 35 ; RJDA 1/93, n° 66, p. 64. V. sur la nécessité de l'impartialité du juge, VALLENS (J.-L.), *Droit de la faillite et droits de l'homme*, précité, pour qui cette nécessité impliquant une appréciation des faits préalablement à toute audition, "le président doit être vigilant dans le choix des termes, pour que cette note soit à la fois assez précise pour éclairer le débiteur sur les faits reprochés, et assez vague ou hypothétique, pour que soustraire le président au grief de partialité » ; et aussi CAGNOLI (M), obs. sous Com. 4 janvier 2005, n° 03-11465, B. 2, Actu. proc. coll., 2005-4, n° 49 : la note du président ne doit traduire "aucun pré-jugement" de sa part. ; D. 2005, 280, obs. LIENHARD ; JCP E 2005, 639, n° 2, obs. PÉTEL ; RTD civ. 2005, 636, obs. PERROT.

<sup>184</sup> SOINNE (B), *Traité des procédures collectives*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 568.

<sup>185</sup> Sur la menace de l'action en responsabilité comme incitation à la prévention, v. LUCAS (F.-X.), *Le sort du débiteur*, Les Petites Affiches, 14 juin 2007, p. 60, spéc. 61 et 62.

<sup>186</sup> V. art. 12. § 1<sup>er</sup>, Loi sur la continuité des entreprises, *Moniteur belge*, op. cit.

<sup>187</sup> LE CANNU (P), *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n° 190.

**101.** La saisine, ou la "convocation" d'office ou à la requête du ministère public serait ainsi un moyen permettant aux tribunaux d'assurer la surveillance des entreprises<sup>188</sup>.

## **B- L'objet de la requête en règlement préventif**

**102.** La demande en règlement préventif présentée par le débiteur vise à bénéficier du concordat préventif en vue d'une résorption rapide et anticipée des difficultés auxquels il est confronté. Pour ce faire, il doit, aux termes de l'article 5, al. 1, AUPC, exposer sa situation économique et financière et préciser les perspectives de redressement de l'entreprise et d'apurement du passif : il s'agit du contenu de la demande. En outre, l'article 7 énonce que le débiteur doit, « à peine d'irrecevabilité de sa requête », « déposer une offre de concordat préventif précisant les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise ». On analysera donc le contenu de la demande en règlement préventif (1), avant l'offre de concordat préventif (2)

### **1. Le contenu de la demande**

**103.** L'ouverture d'une procédure de règlement préventif, à l'instar de la sauvegarde du droit français<sup>189</sup>, correspond à la défense de ses intérêts bien comprise par le débiteur<sup>190</sup>. Le droit américain emploie à juste titre une expression fort à propos : le débiteur se place sous la protection du droit de la faillite<sup>191</sup>. Aucun autre acte que la saisine du tribunal par le chef d'entreprise lui-même ne peut être aussi éloquent pour démontrer cette volonté. Toute contrainte en la matière est exclue, et il n'y a ni ouverture d'office, ni ouverture à la demande du ministère public ou d'un créancier, parce qu'une telle procédure serait vouée à l'échec sans la volonté du débiteur d'aboutir à un accord<sup>192</sup>.

**104.** Cette saisine se fait par une demande écrite déposée par le débiteur, personne physique ou représentant légal de la personne morale, au greffe du tribunal compétent. La demande n'est soumise à aucune forme mais porte les mentions indispensables relatives au requérant :

---

<sup>188</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 980.

<sup>189</sup> C. com. art. R. 621-1 : « la demande d'ouverture de la procédure de sauvegarde est déposée par le représentant légal de la personne morale ou par le débiteur personne physique au greffe du tribunal » ; comp. pour la conciliation, C. com. art. L. 611-6 : « Le président du tribunal est saisi par une requête du débiteur exposant sa situation économique, sociale et financière... »

<sup>190</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 5<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 199.

<sup>191</sup> Doc. Sénat n° 135, *Etude de législations comparées*, op. cit., p. 9.

<sup>192</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 54 et s.

- s'il est une personne physique, ses nom, prénoms, profession ou activité, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ; s'il est une personne morale, sa forme, son capital, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement. Dans les deux cas, est mentionnée l'inscription au registre du commerce et du crédit mobilier<sup>193</sup> ;
- une description succincte de l'entreprise, son activité, ses moyens, la qualité de propriétaire ou locataire, le chiffre d'affaires et les résultats ;
- l'exposé de sa situation financière, sa nature (commerciale ou civile), sa forme (entreprise individuelle ou sociale), son activité effective (commerce, industrie, service ou autre), le lieu d'exercice de l'activité, ses effectifs, ses besoins de financement ainsi que les moyens d'y faire face ;
- l'exposé des difficultés économiques et financières qui motivent la demande, les perspectives de redressement de l'entreprise et d'apurement du passif, ainsi que l'indication des créances pour lesquelles le débiteur demande la suspension des poursuites individuelles.

**105.** Les représentants du personnel doivent-ils être informés et consultés avant même la demande du dirigeant ?<sup>194</sup> Dans le silence des textes, la réponse devrait être positive, puisque les dispositions du droit du travail de la plupart des Etats-partie à l'OHADA investissent les représentants du personnel, en l'occurrence les délégués du personnel, d'un droit d'information et de consultation sur toutes les questions tendant à l'amélioration de

<sup>193</sup> Sur l'ensemble de la question, v. *Lamy, Droit Commercial*, éd. 2010, op. cit., fasc. 2402, p. 1122

<sup>194</sup> En droit français, le Code de commerce ne prévoit, dans le cadre de la conciliation, aucune information des représentants du personnel, avant la saisine du tribunal par le chef d'entreprise. Ce que déplorent la plupart des auteurs. V. GANDIN (M), *Information et consultation des représentants des salariés dans le cadre de la prévention des difficultés* – Loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, JCP E, 2006, n° 2557, p. 1838 ; VALLENS (J.-L.), *Entreprises en difficulté*, in *Lamy Droit commercial 2008*, n° 2758 ; LIENHARD (A), *Procédures collectives*, 3<sup>ème</sup> éd., Delmas, 2009, n° 341, et *Code des procédures collectives commenté*, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2009, p. 48 ; Selon LE CORE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, 4<sup>ème</sup> éd., n° 141-61 *in fine*, l'information n'est requise que lors de l'homologation, vu le rejet d'amendements imposant l'information dès l'ouverture ; *La lettre de l'Observatoire de la juridiction consulaire*, "La prévention mode d'emploi", mai 1998, p. 59 ; *Contra* : PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 55, n° 71, qui jugent la consultation non-nécessaire, parce que la demande de nomination d'un conciliateur n'intéresse pas en soi la marche générale de l'entreprise, et qu'il sera temps d'informer les salariés si et seulement si un conciliateur est effectivement nommé, ce qui limite au seul cas utile le risque d'ébruiter les difficultés de l'entreprise.

l'organisation et du rendement de l'entreprise, de même que sur les mesures de licenciement pour motifs économiques envisagées par l'employeur. C'est notamment le cas du Togo, où l'article 216 du Code du travail dispose expressément que « *les délégués du personnels sont obligatoirement consultés sur toute décision de réduction du personnel, de réorganisation de l'entreprise entraînant une diminution d'effectifs et de fermeture d'établissement au moins un (01) mois avant la décision.* »<sup>195</sup> L'avant-projet d'Acte uniforme de l'OHADA relatif au Droit du travail prévoit des dispositions similaires. Aux termes de l'article 178 : « *les délégués du personnel ont pour attributions de faire part à l'employeur de leurs avis et observations sur les mesures de licenciement pour motifs économiques envisagées* ». L'article 181 de l'avant-projet énonce quant à lui que « *l'employeur est tenu d'informer les délégués du personnel, et notamment celui ou ceux dont il envisage le licenciement, de la date du dépôt de la demande d'autorisation de licenciement.* »<sup>196</sup>

**106.** Or, l'article 7, AUPC, fait obligation au débiteur de préciser dans l'offre de concordat devant accompagner sa requête les différentes mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise, notamment les modalités de continuation de l'entreprise telles que *la cession ou la location-gérance d'une branche d'activité formant un fonds de commerce, la cession ou la location-gérance de la totalité de l'entreprise, les licenciements pour motif économique*, etc., autant de mesures dont la mise en œuvre est soumise à une consultation préalable des délégués du personnel. Il rentre dès lors dans les attributions économiques de ces derniers d'être mis au courant d'une demande en règlement préventif qui peut aboutir à des mesures de restructuration ayant des répercussions sur les effectifs de l'entreprise<sup>197</sup>.

**107.** L'Acte uniforme ne prévoit, toutefois, aucune information des délégués du personnel; ce qui est une lacune<sup>198</sup> d'autant plus étonnante que le texte dispose expressément que les licenciements pour motif économique envisagés doivent intervenir dans les conditions prévues par les dispositions du droit du travail.

---

<sup>195</sup> J.O.R.T., 13 décembre 2006, n° 38.

<sup>196</sup> Avant-projet d'Acte uniforme relatif au Droit du Travail (Douala final 4 - 24/11/2006)

<sup>197</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 296.

<sup>198</sup> Il convient de noter que dans le cadre de la procédure de sauvegarde en droit français, qui est également réservée au débiteur non encore en état de cessation des paiements, même si la loi ne prévoit pas expressément la nécessité de consulter les représentants du personnel, cette consultation est imposée, non seulement par le Code du travail (art. L. 2323-6) qui exige que le comité d'entreprise soit informé de tout ce qui "intéresse la bonne marche de l'entreprise", mais aussi, et de façon implicite, par le décret d'application, puisque l'art. R. 621-1, C. com. exige que soient annexés à la demande le nom et le domicile des représentants du personnel qui seront entendus par le tribunal. Un autre texte du Code, l'art. L. 621-1, al. 1, exige d'ailleurs, avant même qu'il ne soit statué sur l'ouverture de la procédure, que le juge procède à l'audition des représentants du personnel.

**108.** En tout état de cause, le débiteur qui sollicite l'ouverture du règlement préventif du droit OHADA doit, à peine d'irrecevabilité de sa requête, présenter au plus tard dans les trente jours, une offre de concordat préventif précisant les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise.

## **2. L'offre de concordat préventif**

**109.** Le concordat est l'instrument juridique permettant le sauvetage de l'entreprise par son débiteur. Celui-ci doit donc formuler des propositions de manière à convaincre de son intention ses créanciers, du moins ceux d'entre eux dont les poursuites risquent de nuire à ses efforts. La loi n'impose pas, en effet, que l'ensemble des dettes du débiteur fasse l'objet d'un règlement, le créancier restant libre de refuser de participer à l'accord, comme de s'engager dans les liens d'un règlement préventif pour partie seulement de ses créances<sup>199</sup>. Il importe donc de préciser clairement les créanciers concernés, les créances dont la remise ou tout au moins dont le règlement différé est sollicité, ainsi que celles qui en sont exclues<sup>200</sup>. Aux termes de l'article 7, AUPC, l'offre de concordat préventif doit préciser les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise, mesures dont la liste énonciative correspond textuellement à celle des mesures et conditions exigées dans l'offre du concordat de redressement de l'article 27, AUPC. Il s'agit, dans l'ensemble, des mêmes mesures et conditions que doit comporter le plan ou le projet de plan, qu'il s'agisse de redressement ou de sauvegarde du droit français<sup>201</sup>, dont s'est fortement inspiré le législateur OHADA.

**110.** Au total<sup>202</sup>, le débiteur doit proposer des mesures devant assurer le maintien et le financement de l'activité de l'entreprise (volet économique), de même que le règlement du passif antérieur

---

<sup>199</sup> Article 15 et s., AUPC. Rapp. Cass. Com., 13 oct. 1998, n°96-16577, Bull. civ. IV, n°235, p. 196, rapp. C. cass. 1998, p. 233, Rev. Lamy dr. aff. 1998, n°11, n°683, obs. MONTÉGUDET G., BRDA 1998, n°21,p.9, Actualité proc. Coll. 1998, n°10, n°129.

<sup>200</sup> DERRIDA (F), *La réforme du règlement judiciaire et de la faillite*, Rép. Defrénois, 1969, p. 143, n° 124 et s. ; TOUJAS (G) et ARGENSON (J), *Le nouveau régime du règlement judiciaire et de la liquidation des biens*, JCP 1968, éd. G., I, 2179.

<sup>201</sup> La loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, qui a remplacé le terme de "concordat" par celui de "plan" reprend en ses articles 61 à 64 les mesures que doivent contenir les propositions concordataires de la loi du 13 juillet 1967, relative au règlement judiciaire. Ces mêmes mesures sont reprises dans la loi de sauvegarde au sujet des plans de sauvegarde (art. L. 626-2 et s., C. com.) et de redressement (art. L. 631-19 et s., C. com.).

<sup>202</sup> LUCAS (F.-X.), *Du plan de continuation au plan de sauvegarde, la restructuration de l'entreprise*, in *La loi du 25 janvier a vingt ans*, Entre bilan et réforme, Colloque Toulouse 2005, Rev. Lamy dr. aff. supp. mars 2005, n° 80, p. 35 ; CAVIGLIOLI (CHR.), *La construction d'une solution durable de redressement : le rôle de l'administrateur judiciaire*, ibidem, p. 28.

au jugement d'ouverture (volet financier). L'offre doit également préciser les licenciements pour motif économique nécessaire à la survie de l'entreprise (volet social), et éventuellement les garanties indispensables pour assurer l'exécution du concordat. Enfin, la réalisation de ces mesures repose sur des engagements qu'auront souscrits certaines personnes, qui vont être tenues d'exécuter le concordat : associés ou futurs associés qui doivent souscrire à une augmentation de capital en incorporant leur compte courant ou leurs créances au capital social, ou en faisant des apports nouveaux<sup>203</sup> ; cautions qui vont garantir des crédits bancaires ; dirigeants qui abandonnent leurs créances ; fournisseurs qui consentent des délais ; banques qui ouvrent des crédits nouveaux<sup>204</sup> ; créanciers qui manifestent leur intention de renoncer à une partie de leurs créances<sup>205</sup> ; et, en cas de cession de l'entreprise, engagements du repreneur<sup>206</sup>.

**111.** L'offre de concordat envisage donc l'avenir possible de l'entreprise, sa restructuration ou la réorganisation de son activité<sup>207</sup>. À cet égard, le concordat préventif est un mécanisme d'une extrême souplesse : il peut prévoir la continuation pure et simple de l'activité, l'arrêt ou l'adjonction d'une ou plusieurs activités, une cession partielle de l'entreprise<sup>208</sup>. Dans cette dernière hypothèse, l'offre de concordat recense, annexe et analyse les offres d'acquisition portant sur une ou plusieurs activités, présentées par des tiers<sup>209</sup>. Les cessions seront ensuite réalisées selon les règles du plan de cession insérées dans le redressement judiciaire, par le syndic<sup>210</sup>.

**112.** En outre, l'Acte uniforme envisage, dans le règlement préventif, la cession totale de l'entreprise au même titre que dans le cadre de la procédure de liquidation des biens, puisque l'article 7 énonce expressément parmi les mesures destinées au redressement de l'entreprise, « la cession ou la location-gérance de la totalité de l'entreprise ». Ce qui confirme l'idée

---

<sup>203</sup> DERRIDA (F), GODÉ (P) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires...*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 431.

<sup>204</sup> CALENDINI (J.-M.), *Les crédits consentis après l'ouverture du redressement judiciaire*, Banque et droit 1990, 135.

<sup>205</sup> Com. 29 mai 1990, *Bull. civ.* IV, n° 157 ; D. 1990, IR, 161 : statuant sur l'abandon envisagé d'une partie de la créance dans un contexte donné, mais qui ne peut être maintenu dans un contexte différent.

<sup>206</sup> DERRIDA (F), GODÉ (P) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires...*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 431.

<sup>207</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 536, n° 832.

<sup>208</sup> NEUVILLE (S), *Le plan en droit privé*, LGDJ, 1998.

<sup>209</sup> C. com., art. L. 626-2, al. 5.

<sup>210</sup> Article 131 et s., et 160, AUPC. En droit français, les cessions sont désormais insérées dans la liquidation judiciaire, mais réalisées par le mandataire judiciaire qui exerce les missions de liquidateur (C. com. art. L. 626-1, al. 2 renvoyant à la section 1 du chapitre II du titre IV).



évoquée plus haut selon laquelle le règlement préventif pourrait s'ouvrir soit avant ou après la cessation des paiements, et qu'en cela, le concordat préventif serait, à la fois, destiné à éviter la cessation des paiements, au cas où le débiteur est encore *in bonis*, ou bien, si le débiteur est déjà en état de cessation des paiements, à éviter la cessation de son activité, au cas où sa situation économique et financière n'est pas irrémédiablement compromise, et ce, au moyen notamment d'une cession partielle ou totale de l'entreprise.

**113.** Cette solution paraît critiquable, dans la mesure où la procédure du concordat est un dispositif qui repose sur une démarche volontaire du débiteur, et ne devrait donc pas aboutir à l'expropriation<sup>211</sup> du chef d'entreprise. De surcroît, l'Acte uniforme prévoit expressément la possibilité d'un remplacement des dirigeants au titre des mesures à envisager pour le redressement de l'entreprise. Il est à craindre que cette mesure ne constitue un réel obstacle à l'effectivité même du mécanisme du concordat préventif, et que l'on n'aboutisse à une situation à laquelle le législateur français s'est confronté à propos de l'article L. 622-4, C. com.<sup>212</sup> et qui a dû être finalement abrogé par l'ordonnance du 18 décembre 2008, faisant du plan de sauvegarde un plan de continuation de l'activité avec les mêmes dirigeants<sup>213</sup>. On imagine mal, en effet, un chef d'entreprise faire appel à la justice pour solliciter une procédure dont il sait d'avance que l'issue peut être son licenciement!<sup>214</sup>

---

<sup>211</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 537, n° 832.

<sup>212</sup> Ce texte (art. 62, loi n° 2005-845 du 26 juill. 2005), disposait en son alinéa 1<sup>er</sup> : « Lorsque la sauvegarde de l'entreprise le requiert, le tribunal, sur la demande du ministère public, peut subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise, sauf lorsque le débiteur exerce une activité professionnelle libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ». Il sera abrogé par l'ord. n°2008-1345 du 18 décembre 2008, entrée en vigueur le 15 février 2009, dont l'objectif est d'accroître l'attractivité de la procédure de sauvegarde. Ainsi, afin d'inciter le débiteur à y recourir, cette procédure n'a plus d'impact sur la direction de l'entreprise: les dirigeants restent en fonction et le tribunal ne peut, ni ordonner la cession forcée de leurs droits sociaux, ni interdire cette cession, contrairement à ce qui était prévu à l'alinéa 2, anc. art. L. 622-4 (SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 536, n° 844).

<sup>213</sup> En ce sens, LUCAS (F.-X.) et LÉCUYER (H), *La loi de sauvegarde article par article* (1<sup>ère</sup> partie), Les Petites Affiches, février 2006, n° 28, p. 74.

<sup>214</sup> V. sur ce point, RACHIDA DATI, Garde des Sceaux, *avant-propos*, Gaz. proc. coll., mars-avril 2009-2, p. 739: « Les conditions d'élaboration de la réforme expliquent que son axe majeur soit bien connu de tous: il s'est agi, bien sûr, de donner au dispositif issu de la loi de sauvegarde des entreprises sa pleine efficacité, notamment en matière de prévention des difficultés... En effet, malgré les résultats encourageants obtenus au cours de ces trois dernières années, y compris dans certaines affaires très médiatisées, la sauvegarde n'avait encore rencontré qu'un succès limité. Certes, la sauvegarde n'a pas vocation à concerner toutes les entreprises, puisqu'elle est réservée aux débiteurs qui ne sont pas en cessation des paiements. Mais il demeure que, trop souvent, cette procédure suscitait encore des réticences. Notamment, la crainte de se voir déposséder de la gestion de l'entreprise constituait un élément dissuasif pour le chef d'entreprise. Or l'avenir de la sauvegarde dépend de la perception que celui-ci en a, puisqu'il est le seul à pouvoir en demander l'ouverture. Il était à cet égard paradoxal de reconnaître la capacité d'anticipation et le sens de responsabilités de ce chef d'entreprise et, par la suite, de mesurer la confiance qui lui était accordée. Ainsi, il était indispensable de renforcer le rôle du débiteur dans le sauvetage de son entreprise. Cela n'empêche en rien que les chefs d'entreprise continuent d'être conseillés et guidés par les professionnels du droit dans l'utilisation de leurs nouvelles prérogatives... ».

**114.** On soulignera, enfin, que la proposition de concordat préventif doit être déposée en même temps que les documents accompagnant la requête ou au plus tard dans les trente jours qui suivent le dépôt des documents. À l'expiration de ce délai, l'offre n'est plus recevable. Eu égard aux questions en jeu et qui doivent être traitées par une offre sérieuse, on peut s'interroger quant au bien-fondé d'un délai relativement si court pour déposer une proposition de concordat préventif. Cependant, comme l'a souligné un auteur<sup>215</sup>, le délai d'un mois n'est pas un inconvénient, étant donné que son point de départ est l'introduction de la requête, qui n'est soumise à aucun délai. De plus, l'objectif étant d'aller le plus vite possible avant que la situation ne devienne irrémédiablement compromise, un délai trop long qui permettrait aux créanciers, déjà informés de la situation du débiteur, de mettre la main sur les biens essentiels à la continuation de l'exploitation, est à déconseillé<sup>216</sup>.

**115. Synthèse de la section 1.** En définitive, le concordat préventif du droit OHADA n'est pas, en l'état actuel, accessible à tous les débiteurs; les professionnels indépendants, notamment, en sont exclus. Toutefois, la récente réforme de l'Acte uniforme portant droit commercial général, dont l'innovation majeure est la création du statut d'entrepreneur, semble ouvrir la voie vers une extension du champ d'application de la procédure, notamment aux entrepreneurs individuels, telles que les professions libérales. En outre, seul le débiteur peut initier la procédure, ce qui assujettit l'effort de redressement à la bonne volonté du seul chef d'entreprise, qui ne se montre pas toujours disposé à faire appel au juge. Une saisine du président du tribunal, d'office ou à la requête du ministère public, au nom de l'intérêt général, est à cet égard souhaitable, afin d'augmenter les chances de survie d'exploitations confrontées à des difficultés qu'elles ne peuvent surmonter elles-mêmes. Ce qui empêcherait que l'action de certains créanciers n'anéantisse tout espoir de redressement.

## SECTION 2

### LE RÔLE RELATIVEMENT EFFACÉ DES CRÉANCIERS

**116.** Tout créancier sait que lorsqu'il y a une procédure collective, il ne percevra sans doute rien ou très peu et dans longtemps<sup>217</sup>. C'est pourquoi il a tendance à accueillir favorablement une

---

<sup>215</sup> SAWADOGO (F. M.), *OHADA, droit des entreprises en difficulté*, op. cit. p. 63.

<sup>216</sup> ROUSSEL-GALLE (Ph), *OHADA et difficultés des entreprises*, op. cit. p. 19.

<sup>217</sup> DERRIDA (F), GODÉ (P) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires...*, 3<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 519 et s. ; CHAPUT (Y), *L'inégalité des créanciers face au droit des procédures collectives*, Mélanges E. de Lagrange, LGDJ, 1978, p. 119 ; SOINNE (B), *Le bateau ivre (à propos de l'évolution récente du droit des*

proposition qui lui donne une chance d'être payé, au moins partiellement. Au surplus, il conservera un client avec lequel le courant d'affaires futures amoindrira ou fera disparaître tout préjudice<sup>218</sup>. La tendance du créancier est donc d'être favorable à la prévention<sup>219</sup>. D'ailleurs, la procédure le sécurise, car elle met l'entreprise sous surveillance de justice, empêchant ainsi le dirigeant de celle-ci de se livrer à des actions critiquables<sup>220</sup>.

**117.** En droit uniforme OHADA, le sort des créanciers varie d'un stade à l'autre de la procédure. Le législateur fait, en effet, une distinction entre les créanciers dont les créances sont « *nées antérieurement à la décision de suspension des poursuites individuelles* »<sup>221</sup>, et les créanciers dont le droit est régulièrement né après cette décision. La situation des créanciers de la première catégorie, les créanciers antérieurs, semble assez variée (§-1), tandis que celle des créanciers de la deuxième catégorie, les créanciers postérieurs, est moins certaine (§-2).

### §.1 - La situation variée des créanciers antérieurs

**118.** Les créanciers antérieurs sont les créanciers dont les dettes grevaient le patrimoine du débiteur<sup>222</sup>, et dont le non-paiement a mis au jour les difficultés financières de celui-ci. Leur situation est assez simple : à l'ouverture de la procédure, ils ne sont pas recevables à présenter une requête à cette fin. Par contre, au cours de la phase d'élaboration du concordat, ils doivent

---

*procédures collectives*), Rev. proc. coll. 1997, 105; VALLANSAN (J), *Le créancier oublié*, RJ com. 2000, p. 50 ; GHOZI (A), *Nature juridique de la production des créances dans les procédures collectives*, RTD com. 1978, p. 1, n° 18 ; RIPERT et ROBLOT par DELEBECQUE (PH.) et GERMAIN (M), T. 2, 1990, n° 3014 ; obs. DUREUIL (B), Rev. proc. coll. 1990, n° 4, p. 399, n° 4 et note 589 ; HENRY (L.-C.), *Les modifications apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 à la fixation du passif non salarial dans les procédures collectives*, Gaz. pal. 8/10 mars 2009, p. 32 ; MACORIG-VENIER (F) et SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Les créanciers dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté*, Rev. proc. coll. 2008, p. 65 ; LE CORRE (P.-M.), *Les nouvelles règles de fixation du passif*, Gaz. pal. 9/10 sept. 2005, p. 17.

<sup>218</sup> DERRIDA (F), GODÉ (P) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires...*, 3<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 508 et s. ; MALÉCOT (J.-F.), *Théorie financière et coûts de faillite*, thèse, Rennes, 1984 ; POTIRON (G), *Les actions de masse dans les procédures collectives d'exécution*, thèse, Nantes, 1983 ; DERRIDA (F), *Observations sur la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, D. 1981, chron. p. 267.

<sup>219</sup> Lamy, *Droit Commercial*, op. cit., fasc. 2409, p. 1126 ; HONORAT (A), *La réforme du droit des entreprises en difficulté*, Les Petites Affiches, 12 juin 1985, p. 4 ; LE CANNU (P), *La défense de l'intérêt des créanciers antérieurs dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires*, Les Petites Affiches, 28 févr. 1990, n° 26, p. 4.

<sup>220</sup> LEBAFF (O.-M.), *La protection des créanciers chirographaires. Essai d'une formule synthétique*, thèse, Toulouse, 1987, p. 164 et s., 190 et s. ; CIMAMONTI (S), *L'effectivité des droits du créancier chirographaire en droit contemporain*, thèse, Aix-en-Provence, 1990.

<sup>221</sup> Art. 9, AUPC

<sup>222</sup> LE CORRE (P.-M.), *Les créanciers antérieurs dans le projet de sauvegarde des entreprises*, colloque CRAJEFE, Nice 27 mars 2004, Les Petites Affiches 10 juin 2004, p. 25, n° 5 ; PÉROCHON (F), *Le sort des créanciers antérieurs*, même colloque, Les Petites affiches 10 juin 2004, p. 17 ; DELMOTTE (PH.), *L'égalité des créanciers dans les procédures collectives*, Rapport de la Cour de cassation, 2003, p. 125 ; POLLAUD-DULIAN (F), *Le principe d'égalité dans les procédures collectives*, JCP, éd. G, 1998, I, 138.

être contactés, ou tout au moins certains d'entre eux<sup>223</sup>, par le débiteur ou l'expert pour rechercher un accord. Ils n'ont pas à déclarer leurs créances, puisqu'il n'y a pas de vérification du passif<sup>224</sup>.

**119.** Par ailleurs, le concordat préventif n'exigeant pas l'accord unanime de tous les créanciers, le débiteur peut se tourner vers certains d'entre eux, ceux qui par leur position ou l'importance de leurs créances détiennent son sort entre leurs mains. Ce sont les principaux créanciers (A). Dans l'hypothèse où l'accord n'est conclu qu'avec cette catégorie de créanciers, il conviendra de déterminer la situation de ceux qui ne sont pas partie à l'accord (B). On évoquera, ensuite, le cas des créanciers publics et sociaux dont le rôle dans la prévention des difficultés financières n'est pas moins déterminant (C), et enfin, celui des créanciers de salaires, qui, en cas de procédure collective, bénéficient habituellement d'une certaine protection<sup>225</sup> (D).

#### **A- Les créanciers soumis à l'accord : interdiction de payer**

**120.** La loi impose au débiteur d'indiquer dans sa requête aux fins d'ouverture du règlement préventif, les créances pour lesquelles il sollicite la suspension des poursuites individuelles ; c'est, en effet, les modalités de règlement de celles-ci dont il sera principalement question dans le concordat à intervenir. Ainsi, pour un créancier, privilégié ou non, la procédure du règlement préventif semble présenter l'avantage de pouvoir sauvegarder ses intérêts mieux que dans le cadre d'une procédure collective, *stricto sensu*, où les décisions des créanciers sont prises à la majorité, comme c'est le cas en présence de comités de créanciers<sup>226</sup>.

---

<sup>223</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière ?*, Dr. et patri. janv. 2005, n° 133, p. 30.

<sup>224</sup> MARTIN (J.-F.), *Le règlement amiable, réflexion d'un praticien*, RJ com. 1986, p. 96 ; MACORIG-VENIER (F) et SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La situation des créanciers dans la loi de sauvegarde des entreprises*, Rev. dr. banc. et fin., 2006, n° 2 ; LE CORRE (P.-M.), *Le privilège de la conciliation*, Gaz. pal. 7-8 sept. 2005, p. 50 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La procédure de conciliation*, Rev. proc. coll. 2006, p. 169 ; LIÉNHARD (A), *Sauvegarde des entreprises : fin du premier round parlementaire*, D. 2005, p. 775.

<sup>225</sup> LAFARGE, *La situation des salariés et l'AGS*, RJ com. févr. 1987, n° spéc. p. 178 ; LAFARGE, SERFATI et METEYE, *Le nouveau régime de garantie des salaires*, Gaz. pal. 1986, 1, Doc. 299 ; LAFARGE, SERFATI et SICARD, *Procédures collectives et droit du travail*, Nathan, p. 62 et s.

<sup>226</sup> Lamy, *Droit Commercial*, éd. 2010, Fasc. 2786, p. 1221 ; V. notamment les décisions citées par F. DERRIDA, *Observations sur la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, D. 1981, chron. 267 ; RODIÈRE (J.-Y.), *Du sort des créances incertaines contre un débiteur "en faillite"*, Les Petites affiches, 17 nov. 1986, p. 28 ; BRÉMOND (G) et SCOLASTIQUE (E), *Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire*, JCP E 2006, p. 466 ; LEGROS (J.-P.), *"Loi de sauvegarde des entreprises", La nouvelle procédure de sauvegarde (2<sup>ème</sup> partie)*, Dr. sociétés, nov. 2005, p. 7, n° 11 et s. ; CROZE (H), *"Loi de sauvegarde des entreprises", Procédure de sauvegarde*, Procédures, déc. 2005, p. 8, n° 41 et s. ; MACORIG-VENIER (F) et SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La situation des créanciers dans la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises*, RDBF 2006, p. 60, n° 15 et s.

**121.** La raison d'être de la procédure de règlement préventif est bien évidemment la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur, d'une part, et ses créanciers importants, d'autre part, accord par lequel ces derniers consentent un certain nombre de sacrifices<sup>227</sup>. Parce qu'il s'agit d'un contrat, chaque créancier est donc juridiquement libre de participer à un tel accord, voire de s'engager pour partie seulement de ses créances<sup>228</sup>. Avec le chef d'entreprise, l'expert établit la liste de ceux qui seront invités à participer aux pourparlers en vue de rechercher un accord. Ces derniers ne sont tenus à aucune obligation, notamment celle de confidentialité<sup>229</sup>, et ne sont aucunement engagés, puisque leur interpellation ne tend qu'à instaurer une négociation<sup>230</sup>, qui ne s'engagera qu'avec ceux qui acceptent d'y participer. En pratique, cette négociation est le plus souvent entamée avant l'ouverture de la procédure<sup>231</sup>.

**122.** En effet, la requête introductive est déposée au greffe du tribunal. Et jusqu'à la décision de suspension des poursuites individuelles qui n'intervient qu'après le dépôt d'une offre de concordat, soit au plus tard un mois après l'introduction de la demande, les créanciers conservent l'intégralité de leurs droits, notamment de poursuites, à l'égard du débiteur. Il est donc à craindre qu'informé des difficultés de celui-ci, chaque créancier s'efforce d'obtenir un meilleur sort et des garanties particulières. Ce qui conduirait, par exemple, le banquier à mettre fin à son concours, le fournisseur à cesser de livrer, le cocontractant à suspendre une prestation indispensable, le bailleur à dénoncer le bail commercial<sup>232</sup>, le créancier chirographaire à prendre des sûretés, le créancier nanti de privilèges à renforcer ceux-ci. Autant de mesures qui risquent fort de compromettre gravement la situation financière du

---

<sup>227</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 5<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 82, p. 49

<sup>228</sup> Lamy, *Droit Commercial*, éd. 2010, Fasc. 2786, p. 1221 op. cit. ; JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 5<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 82, p. 49

<sup>229</sup> Contrairement à la procédure de règlement amiable et à celle de conciliation du droit français (Art. L.611-15, C. com.) où dès le premier contact, il est rappelé aux participants à l'accord, l'obligation de confidentialité qui pèse sur eux, sous peine de dommages-intérêts.

<sup>230</sup> Lamy, *Droit Commercial*, éd. 2010, Fasc. 2786, p. 1221, op. cit.

<sup>231</sup> En ce sens, MARTIN (J.-F.), *Le règlement amiable, réflexion d'un praticien*, in *Le souci d'éviter la faillite des entreprises*, RJ com. 1986, n° spéc., p. 96 ; v. sur le règlement amiable dans la loi du 10 juin 1994, ROURNE (P), *Le traitement non judiciaire des difficultés*, in *Les réformes du nouveau droit de l'entreprise*, Montchrestien, 1995, p. 63 ; COURET (A), *Prévention et traitement amiable des difficultés, les nouvelles règles*, in *Les réformes du nouveau droit de l'entreprise*, Montchrestien, 1995, op. cit., p. 115 ; LUCHEUX (J.-M.), *Les innovations dans la détection des difficultés des entreprises et dans les modalités de leur règlement amiable*, in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz 1995, p. 67 ; ROUGER (M), *La prévention des difficultés des entreprises au Tribunal de commerce de Paris*, in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz 1995, op. cit., p. 61 ; CHAPUT (Y), *L'office du juge dans le traitement précoce des difficultés*, in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz 1995, op. cit. p. 93 ; MARTIN (J.-F.), *La prévention : histoire d'une pratique consulaire*, Dr. et patri. 1998, n° 57, p. 43 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La réforme des procédures collectives*, Dr. et patri. 1995, p. 41.

<sup>232</sup> V. notamment les articles cités à la note précédente.

débiteur. Car, bien que l'entreprise ne soit pas encore en cessation des paiements, dès lors que chacun cherche à se ménager un avantage particulier et arrête ses prestations indispensables, l'échec de la procédure est assuré, avant même le prononcé de la suspension des poursuites individuelles.

**123.** De plus, en cas de suspension des poursuites, seules les créances désignées par le débiteur sont frappées d'interdiction de payer ; les créances non désignées par le débiteur, volontairement ou par négligence, échappe à l'interdiction et pourront donc être valablement payées<sup>233</sup>, bénéficiant du coup d'un régime de faveur<sup>234</sup>. Il est certes, de l'intérêt du débiteur de désigner toutes les créances antérieures, afin de bénéficier pleinement de la protection judiciaire résultant de la procédure. Ce qui devrait, en outre, permettre au président du tribunal d'obtenir une information complète de l'état des créances au moment de la requête introductive d'instance<sup>235</sup>. Or, en permettant au débiteur de ne pas désigner telle ou telle créance, non seulement il est autorisé à violer le principe d'égalité des créanciers, mais surtout il peut être tenté de favoriser tel ou tel créancier<sup>236</sup>. Toutefois, sauf à ignorer la lettre du texte<sup>237</sup>, on ne peut qu'admettre que c'est le législateur lui-même qui, textuellement, octroie au débiteur la possibilité de choisir librement, et sans aucun contrôle, les créances soumises à la suspension et à l'interdiction des poursuites.

**124.** Au risque d'un traitement inégal des créanciers dans la procédure, s'ajoute celui d'un échec des négociations, faute de mesures de nature à inciter ces derniers à participer à un accord homologué. Les créanciers sont, en effet, sollicités aussi bien pour accorder des nouveaux délais ou une remise totale ou partielle de dettes au titre de crédits antérieurs, que pour apporter des fonds nouveaux nécessaires<sup>238</sup> au redressement. En contrepartie, ils

---

<sup>233</sup> ROUSSEL-GALLE (Ph), *OHADA et difficultés des entreprises*, op. cit. n° 35 et s.

<sup>234</sup> SAWADOGO (F. M.), obs. sous Art. 9, AUPC, in *OHADA, Traités et Actes uniformes*, 3<sup>ème</sup> éd. op. cit.

<sup>235</sup> CHAPUT (Y), *L'office du juge dans le traitement précoce des difficultés*, in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, op. cit. p. 95 ; ROUSSEL-GALLE (Ph), *OHADA et difficultés des entreprises*, op. cit. n° 35 et s.

<sup>236</sup> Le Doyen SAWADOGO observe d'ailleurs que « le débiteur pourrait...favoriser certains créanciers en ne les mentionnant pas intentionnellement dans sa requête, puisqu'alors ils échappent à la suspension des poursuites ». cf. obs. sous art. 11, AUPC, in *OHADA, Traités et Actes uniformes*, 3<sup>ème</sup> éd. op. cit.

<sup>237</sup> Une comparaison entre les articles 9 et 75 AUPC, fait, en effet, ressortir un contraste frappant. L'art. 75, qui traite de la suspension des poursuites en cas de redressement judiciaire ne reprend pas la formule de l'art. 9, relatif à la suspension des poursuites en matière de règlement préventif. Il vise au contraire toutes les poursuites individuelles, sans distinguer entre les créances visées et celles non-visées par le débiteur. On peut donc en déduire légitimement que la formule de l'art. 9, qui limite l'interdiction aux poursuites individuelles tendant à obtenir paiement des créances désignées par le débiteur, est retenue à dessein (lequel ?) par le législateur.

<sup>238</sup> MATHIEU (M), *La participation du banquier au règlement amiable des difficultés des entreprises*, JCP E 1986, 14805, p. 690, qui estime que les banquiers ont intérêt à participer à la négociation pour discuter les

subordonnent fréquemment leur accord à l'octroi d'un certain nombre de garanties, accompagnant ou non des paiements partiels<sup>239</sup>. De même, il est important pour la poursuite d'activité, que des fournisseurs ou des prestataires de services puissent traiter avec le débiteur en acceptant des délais de paiement<sup>240</sup>. Il importe donc d'incorporer dans la procédure des mesures incitatives<sup>241</sup> intéressantes pour tous ces cocontractants du débiteur, afin de mieux les protéger en cas d'échec de ce plan de redressement amiable<sup>242</sup>. Il apparaît cependant que les actes passés en vue de l'accord homologué dans le cadre du règlement préventif ne sont nullement sécurisés.

**125.** Aux termes de l'article 34, AUPC, en cas de redressement judiciaire, la juridiction compétente peut modifier la date de cessation des paiements et la reporter à une date qui « *ne peut être antérieure de plus de dix-huit mois au prononcé de la décision d'ouverture* », l'objectif étant de déterminer une période suspecte qui autorise l'annulation d'un certain nombre d'actes faits pendant cette période<sup>243</sup>. Or, il se trouve que la période suspecte qui peut remonter dans le temps et aller jusqu'à dix-huit mois, peut couvrir largement toute la durée de la procédure du règlement préventif, qui ne peut excéder cinq mois depuis la requête introductive jusqu'à l'homologation du concordat<sup>244</sup>. Autrement dit, en cas d'échec de la procédure du règlement préventif, la période suspecte pourra être fixée à une date antérieure à

---

clauses du règlement amiable et sur le plan psychologique pour ne pas être soupçonnés de faire échouer le redressement.

<sup>239</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 5<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 88 et s.

<sup>240</sup> Il a été jugé que la procédure de conciliation ne peut imposer des contraintes "hors normes" et que l'accord doit être équilibré (Orléans, 22 févr. 2007, Rev. proc. coll., juill. 2008, p. 29, note Chr. DELATTRE).

<sup>241</sup> D'où la proposition qui avait été faite, en droit français, au cours des débats sur la loi de 1985 par J. ROGER-MACHART de reconnaître à ces créanciers la priorité de paiement de l'art. 40 (C. com. art. L. 622-17) ; v. SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Les créanciers postérieurs*, Ann. Fac. Toulouse, 1986, t. 34, p. 211, n° 45.

<sup>242</sup> Le législateur français prévoit ce privilège à l'art. L. 611-11, C. com., dans les termes suivants: « *En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les personnes qui avaient consenti, dans l'accord homologué mentionné au II de l'article L. 611-8, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes les autres créances, selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de l'article L. 641-13. Les personnes qui fournissent, dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité bénéficient du même privilège pour le prix de ce bien ou de ce service. - Cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital. - Les créanciers signataires de l'accord ne peuvent bénéficier directement ou indirectement de cette disposition au titre de leurs concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation.* »

<sup>243</sup> L'art. 67, AUPC, dispose expressément : "sont inopposables de droit ou peuvent être déclarés inopposables à la masse des créanciers, ..., les actes passés par le débiteur pendant la période suspecte débutant à la date de cessation des paiements et finissant à la date de la décision d'ouverture." v. sur la période suspecte, MAY (J.-C.), *Sort des actes accomplis par le débiteur pendant la période suspecte*, Petites affiches 5 févr. 1986, p. 25 ; BRIAND-MELEDO (D), *Quelques repères sur les nullités de la période suspecte*, Mél. PAILLUSSEAU, D. 2003, p. 385.

<sup>244</sup> V. le timing dressé par le Prof. SAWADOGO, *OHADA, droit des entreprises en difficulté*, op. cit. n° 76 et s.

l'homologation<sup>245</sup> du concordat et les garanties souscrites dans le cadre de cet accord peuvent être remises en cause<sup>246</sup>. On conçoit mal qu'un créancier, mis au courant de cette éventualité, puisse avoir le courage de prendre un tel risque, et ce, d'autant qu'à côté, des créanciers qui n'auront apporté aucun concours à la survie de l'entreprise se verront payés, pour la simple raison que leurs créances n'auront pas été mentionnées par le débiteur. Ils peuvent par ailleurs être condamnés soit au paiement de dommages-intérêts, soit à la déchéance de leurs sûretés, en ce qui concerne les créanciers titulaires de telles garanties<sup>247</sup>, pour soutien abusif<sup>248</sup>. Cette analyse doit, cependant, être relativisée du fait de l'homologation dont devra faire l'objet le concordat préventif, et dont l'effet devrait être une certaine sécurité pour les signataires de l'accord<sup>249</sup>.

## **B- Les créanciers non-inclus dans le concordat : maintien des pouvoirs de poursuite**

**126.** Dans la plupart des cas, l'accord ne réunit que les principaux créanciers. Les autres, soit qu'ils aient refusé d'y participer, soit qu'ils n'aient pas été appelés, peuvent engager toute action en justice et toute poursuite<sup>250</sup>. Les créanciers qui ne sont pas parties à l'accord peuvent donc poursuivre librement le recouvrement de leurs créances<sup>251</sup>, et ce, pendant toute la durée de la

---

<sup>245</sup> LE CORRE (M.-M.), *Le privilège de la conciliation*, Gaz. Pal., Rec. sept.-oct. 2005, 2966; v. aussi, CA Lyon, 18 oct. 1996, Banque et droit, mai-juin 1997, 96, obs. J-L GUILLOT; CA Paris, 3<sup>ème</sup> ch. B, 9 avr. 1999, RJDA 1999/8 et 9, n° 952; RTD com. 1999, p. 952, obs. A. LAUDE; RTD com. 2000, p. 170, obs. F. MACORIG-VENIER.

<sup>246</sup> En droit français, la loi du 26 juillet 2005, tirant les leçons des insuffisances du règlement amiable, contient plusieurs mesures incitatives intéressantes pour les créanciers, notamment l'art. L. 631-8, al. 2, C. com. qui dispose maintenant que la date de cessation des paiements ne peut être reportée, sauf cas de fraude, "à une date antérieure à la décision définitive ayant homologué un accord amiable". Est condamnée ainsi la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation. De la manière la plus claire, la Cour de cassation avait jugé que "ni l'ordonnance ouvrant le règlement amiable, ni l'ordonnance suspendant les poursuites n'ont d'autorité de la chose jugée quant à la date de la cessation des paiements", Com., 5 mai 2004, D. 2004, jurisp. p. 1594, obs. A. LIENHARD; RTD com. 2004, p. 590, obs. F. MACORIG-VENIER; Com. 14 mai 2002, JCP E 2002, p. 131, note F. VINCKEL; Bull. civ. IV, n° 87; D. 2002, Act. jur. p. 1837, note A. LIENHARD; Paris, 9 avr. 1999, RJDA 8-9/1999, n° 957, p. 761; RTD com. 2000, p. 170, obs. F. MACORIG-VENIER.

<sup>247</sup> Art. 118, AUPC et les obs. du Doyen SAWADOGO qui relève que dans la pratique, cette solution n'a pas conduit à de fréquentes condamnations des banquiers, qui auraient eu pour effet de les inciter à réduire leurs concours aux entreprises en difficulté au moment où elles en ont le plus besoin.

<sup>248</sup> En droit français, la responsabilité des créanciers à cet égard a été limitée par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, qui écarte leur responsabilité au titre des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées (C. com. art. L. 650-1); v. WICKERS (G), *La période suspecte après la loi de sauvegarde des entreprises*, Rev. proc. coll. 2006, p. 12; SAINT-ALARY-HOUIN (C) et MONSÉRIÉ (M.-H.), *Nullités de droit et nullités facultatives*, J.-cl. com., fasc. 2502 à 2510; ARRIGHI (J.-P.), *Les nouveaux cas de nullité de la période suspecte*, Gaz. pal. 9-10 sept. 2005, p. 9; PERROT (R) et THÈRY (PH.), *L'épée de Damoclès (à propos des mesures d'exécution pratiquées en période suspecte)*, D. 2005, p. 1842.

<sup>249</sup> V. *infra* n° (p. 178) et notes.

<sup>250</sup> Lamy, *Droit Commercial*, éd. 2010, op. cit., Fasc. 2805, p. 1227.

<sup>251</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 5<sup>ème</sup> éd. op. cit. n° 98.



procédure. Ils pourront ainsi continuer les poursuites engagées avant ou après la décision de suspension, afin d'obtenir le paiement de leurs créances. Ils pourront également pratiquer des saisies-attribution ou des saisies conservatoires ; procéder à la réalisation de leurs privilèges généraux ou sûretés réelles spéciales, telles que, notamment, un privilège mobilier spécial, un gage, un nantissement ou une hypothèque<sup>252</sup>, etc.

**127.** Néanmoins, afin d'éviter qu'une action individuelle ne vienne compromettre toute chance de réussite de l'accord passé, le législateur donne au tribunal le pouvoir de rendre le concordat préventif opposable aux créanciers qui ont refusé tout délai et toute remise<sup>253</sup> (ou qui n'ont pas été contactés). Mais pour cela, deux conditions doivent être réunies : tout d'abord, le concordat ne doit pas comporter une demande de délai qui dépasse deux ans ; ensuite, le délai consenti ne doit pas mettre en péril l'entreprise de ces créanciers. Ce qui est tout à fait justifié, car il est inconcevable que l'opération de sauvetage d'une entreprise entraîne la mise en faillite de son créancier. Dès lors, même lorsque les délais de paiement n'excèdent pas deux ans, il suffira à un créancier non partie à l'accord homologué d'alléguer et prouver le risque que comporte pour lui une éventuelle extension à son égard des délais consentis par les signataires de l'accord pour être à l'abri de toute opposabilité, et pouvoir ainsi tranquillement poursuivre le recouvrement de ses créances. Il en est de même pour les créanciers de salaires.

**128.** La loi ne prévoit pas comme dans la procédure de redressement judiciaire l'intervention des représentants du personnel au cours de la procédure<sup>254</sup>. Elle interdit même aux salariés de consentir une quelconque remise, mais leur accorde la faculté de participer à l'accord en

---

<sup>252</sup> V. pour des exemples d'application, CA Abidjan, arrêt N° 1030 du 22 juillet 2003, K.B c/ Société EQUIP-AGRO CI, Le Juris Ohada n° 1/2005, janvier-mars 2005, p. 35 : L'ordonnance de règlement préventif n'entraînant pas systématiquement la suspension de l'exécution de toutes les créances, seules sont concernées celles qui sont antérieures à la décision de suspension des poursuites et qui ont été visées dans la requête du débiteur ; CA Abidjan, arrêt N° 254 du 7 mars 2002, Société Comptoir Ivoirien c/ SGBCI, Ohadata J-03-294 : l'ordonnance de règlement préventif emporte également suspension des poursuites individuelles tendant à obtenir paiement des créances désignées par la Sté CIP, dans la requête, dont celle de la SGBCI ; TPI, Libreville, Ordonnance de référé, Répertoire n° 714/ 2002-2003 du 26 septembre 2003, Me Yves OGANDAGA c/ BGFIBANK : Les dispositions des articles 8 et 9 AUPC consacrent sans équivoque le principe de la suspension des poursuites individuelles en vue d'obtenir tout paiement des créanciers énumérés par le débiteur ainsi que l'exercice de toute voie d'exécution ; Cour d'Appel d'Abidjan, arrêt n° 134 du 7 janvier 2003, Ferme ADAM SARL et Mireille BERTIN c/ SIPRA) : La mesure de règlement préventif dont a bénéficié un débiteur postérieurement à une saisie réalisée sur ses créances n'a aucun effet sur cette saisie, cette procédure n'ayant pu, en effet, suspendre l'effet "translatif" de la saisie ; CA Abidjan, Arrêt N° 1129 du 8 Novembre 2002, Jean MAZUET c/ GOMP- CI : Le concordat préventif a une nature contractuelle qu'il conserve même après son homologation par le tribunal. Il ne s'impose dès lors qu'aux seuls créanciers qui y ont consenti.

<sup>253</sup> Art. 15-2, al. 3, AUPC

<sup>254</sup> Il en est de même en matière de la procédure de conciliation du droit français, contrairement à celle de la sauvegarde. V. *supra*, n° 201 et s., et les articles cités.

consentant des délais. Et s'ils n'en consentent pas eux-mêmes, aucun délai ne peut leur être imposé<sup>255</sup>, notamment en cas d'extension de la suspension des poursuites aux créanciers non signataires de l'accord. Ils pourront donc continuer de percevoir leurs salaires, et, en cas de non versement de ceux-ci par l'entreprise défaillante, engager toute poursuite utile à cet effet, l'article 9, al. 3, AUPC, disposant, en effet, que la suspension des poursuites individuelles s'applique à tous les créanciers, à l'exception des créanciers de salaires. C'est ainsi que sur le fondement de cette disposition retenue par l'Acte uniforme, en raison, sans doute, du caractère alimentaire de ces créances<sup>256</sup>, un salarié d'une entreprise bénéficiant d'une ordonnance de suspension des poursuites individuelles, a pratiqué une saisie-attribution sur les avoirs financiers de celle-ci auprès d'une banque. Sur appel de l'entreprise débitrice tendant à l'annulation de la mesure, la Cour d'Abidjan a rejeté sa demande, aux motifs que « *les créances de salaire échappent à la suspension des poursuites conférée par le règlement préventif* »<sup>257</sup>.

**129.** Cette décision qui ne peut qu'être approuvée, révèle néanmoins que si les salariés ont besoin d'un minimum de protection<sup>258</sup> et ne peuvent être traités comme des cocontractants ou des créanciers ordinaires<sup>259</sup>, l'entreprise débitrice, de son côté, ne peut se redresser sans le concours de ses salariés<sup>260</sup>. La préservation de l'emploi est indissociable de la préservation de l'activité<sup>261</sup>, a-t-on avancé. Ne pourrait-on pas alors prévoir une limitation du montant de la

<sup>255</sup> Art. 15-2, al. 4, AUPC.

<sup>256</sup> SAWADOGO (F. M.), obs. sous art. 9, AUPC; GUYON (Y), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises et les salariés*, Dr. soc. 1985, p. 267.

<sup>257</sup> CA Abidjan, Ch. civ. com., arrêt n° 89 du 16 janvier 2001, Société WORLD CITY c/ GRODJI DJOKOUCHI JEAN, Ohadata J-02-80, et les obs. approbatrices du Prof. J. ISSA-SAYEGH.

<sup>258</sup> LYON-CAEN (G), *Le droit et l'emploi*, D. 1982, chron. p. 133; JEANTIN (M), *Aspects de droit social*, Dr. soc. 1983, 465; MOULY (CH), *La situation des créanciers*, RJ com., n° spéc. 1987, p. 159 et s.; CAMPANA (M.-J.), *La situation des créanciers*, in *Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, T. 1, Sirey, 1986, p. 171; GUYON (Y), *Le réalisme de la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives*, Mélanges BÉZARD, éd. Les Petites affiches – Montchrestien, 2002, 311.

<sup>259</sup> Sur l'évolution de la situation des créanciers de salaire, notamment en droit français, v. ARSEGUEL (A) et LAROQUE, *Les salariés et la nouvelle procédure*, Les Petites affiches, n° 124, 16 oct. 1985; JEANTIN (M), *Vérification des créances salariales*, J.-Cl. com., Fasc. 2600; *La situation des salariés*, in *L'application de la loi du 25 janvier 1985*, CRAJEFÉ-Nice, 1991, p. 137 et s.; HENRY (M), *Le sort des créances salariales*, Dr. ouvrier 1985, 179; ARSEGUL (A), *Aspect généraux du contentieux prud'homal relatif aux créances salariales depuis la loi du 25 janvier 1985*, Dr. soc. 1987, 807; MAGGI-GERMAIN (N), *La dualité contentieuse tribunal de commerce-conseil de prud'hommes dans le règlement des défaillances d'entreprises*, Les Petites affiches, 12 août 1998.

<sup>260</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 5<sup>ème</sup> éd. op. cit. n° 960; DERRIDA (F), GODÉ (P) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises – cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, op. cit., p. 20, n° 12; AUBERT (F), *Les finalités des procédures collectives*, Dialogues avec Michel JEANTIN, p. 367, spéc. 378; VASSEUR, *Le crédit menacé : brèves réflexions sur la nouvelle législation relative aux entreprises en difficulté*, JCP éd. G, 1985, I, 3201; CABRILLAC (M), *Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers*, Mélanges Breton et Derrida, p. 31.

<sup>261</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit Commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 174.

créance salariale à payer à chaque salarié, afin que les employés, surtout ceux dont le salaire est élevé, apportent eux aussi leur concours à la survie de l'entreprise ? La question mérite d'être posée, et ce, d'autant que les créanciers publics et les organismes sociaux ne participent pas aux efforts de sauvetage des entreprises, en matière de règlement préventif.

### C- Les créanciers publics et sociaux : non-participation au sauvetage

**130.** L'accroissement du nombre de défaillances d'entreprises et leurs effets sur la vie économique, sociale et politique ont incité les pouvoirs publics à intervenir de différentes manières en marge des procédures judiciaires<sup>262</sup>. En effet, l'attitude des créanciers publics (Trésors et organismes sociaux) conditionne souvent, en raison, notamment, de l'importance de leurs créances, le redressement de l'entreprise et la décision des autres créanciers de participer à l'accord<sup>263</sup>.

**131.** En droit français, le législateur de 2005 a prescrit aux créanciers publics et sociaux<sup>264</sup> de consentir des remises "*concomitamment à l'effort consenti par d'autres créanciers*", et "*dans des conditions similaires à celles que lui octroierait dans des conditions normales de marché, un opérateur économique privé*"<sup>265</sup>. Les administrations financières peuvent ainsi remettre l'ensemble des impôts directs perçus au profit de l'Etat et des collectivités territoriales ainsi

---

<sup>262</sup> TARDIEU-NAUDET (V), *Les CODEFI, un exemple d'intervention des pouvoirs publics en faveur des entreprises en difficulté*, JCP CI 1978, 12823 ; OPPETIT (B), *Les autorités publiques et les entreprises privées*, RJ com. 1983, n° spéc. p. 9 ; PEYRAMAURE (PH.), *L'assistance des autorités publiques aux entreprises en difficulté*, RJ com. 1983, n° spéc. p. 104 ; CHARTIER (Y), *Les formes d'intervention des autorités publiques dans les procédures collectives*, RJ com. 1983, n° spéc. p. 120 ; ROUSSEL-GALLE (PH), *Les aides publiques aux entreprises en difficulté : les lignes directrices communautaires, le CIRI et les CODEFI*, Rev. proc. coll. 2006, p. 127 ; CHAIX (M), ROGÉ (D) et COQUET (K), *La réforme du cadre d'intervention du Trésor public en matière de prévention et de traitement des difficultés des entreprises*, La Revue du Trésor, n° 2, févr. 2006, p. 111 ; Lamy, *Droit Commercial*, éd. 2010, op. cit., Fasc. 2683, p. 1187 ; SOINNE (B), *Tableau général des aides aux entreprises en difficulté*, Rev. proc. coll. 1994, p. 204 ; SERLOOTEN (P), *Droit fiscal des affaires*, précis Dalloz, 2009, n° 335 et s. ; GUILLOU (Y), *Aides fiscales aux reprises d'entreprises en difficulté*, Rev. proc. coll. 1995, p. 31

<sup>263</sup> SERLOOTEN (P), *Remises de dettes par les créanciers publics : une libéralisation efficace ?* Rev. proc. coll. 2009, p. 11 ; CHAMPAUD (CL), *Les responsabilités des organismes publics et parapublics*, RJ com. sept.-oct. 1976, p. 368, et Rev. Fr. Compta., 1976, p. 488 ; MESTRE (J) et PUTMAN (E), *Intervention des pouvoirs publics auprès des entreprises en difficulté*, J.-Cl. Com. fasc. 3110.

<sup>264</sup> Sont concernés, les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant le régime d'assurance chômage prévu par les articles L. 351-3 et s., C. trav. et les institutions régies par le livre IX du Code de Sécurité Sociale.

<sup>265</sup> C. com., art. L. 626-6 par renvoi de C. com., art. L. 611-7, al. 3. Le texte subordonne donc les remises de dettes au respect de deux conditions générales : elles doivent être concomitantes à l'effort consenti par d'autres créanciers et elles ne doivent pas excéder celles que consentirait dans des conditions normales un opérateur économique privé placé dans la même situation. Autrement dit, ces créanciers ne doivent pas être les seuls à participer au soutien du débiteur en difficulté et leur effort doit se faire dans le respect du droit de la concurrence pour ne pas être assimilé à une aide publique aux entreprises prohibée (art. 107 et s., Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne).

que des produits divers du budget de l'Etat dus par le débiteur<sup>266</sup>. Ils peuvent également décider des cessions de rang de privilèges ou d'hypothèques ou de l'abandon de ces sûretés<sup>267</sup>.

**132.** Il est donc regrettable et incompréhensible que le législateur OHADA n'ait prévu aucune intervention des pouvoirs publics, en l'occurrence en amont de la procédure, afin d'aider à la prévention des difficultés des entreprises, surtout lorsqu'on sait les moyens limités dont disposent la plupart des entreprises privées de l'espace OHADA. Toutefois, le silence du législateur sur la participation des créanciers publics et sociaux au redressement de l'entreprise, peut s'analyser en une autorisation implicite, puisque, conformément aux dispositions de l'article 81, AUPC, cette catégorie de créanciers, notamment le Trésor, l'Administration des Douanes et des Organismes de sécurité et de prévoyance sociales sont appelés à produire leurs créances, en cas de redressement judiciaire, au même titre que les créanciers privés<sup>268</sup>. De plus, ces organismes bénéficient d'un traitement de faveur en cas de contestation de leurs créances, celles-ci ne pouvant être contestées que conformément aux règles spécifiques qui les régissent<sup>269</sup>. Enfin, en cas de liquidation des biens, « *le Trésor public, l'Administration des douanes et les organismes de sécurité et de prévoyance sociales disposent du même droit pour le recouvrement de leurs créances privilégiées, qu'ils exercent dans les mêmes conditions que les créanciers gagistes et nantis* » et « *les créanciers hypothécaires* »<sup>270</sup>.

**133.** Il serait dès lors tout à fait injuste que les créanciers publics et sociaux puissent bénéficier d'un tel régime de faveur pour le recouvrement de leurs créances, auquel cas ils bénéficient des mêmes privilèges que les créanciers privés nantis, et que lorsqu'il s'agit de concourir à la survie de l'entreprise défaillante, ils ne soient pas impliqués. À notre sens, ils peuvent et

---

<sup>266</sup> AMLON (G), *La vérification des créances fiscales dans les procédures collectives*, Les Petites Affiches 2001, p. 6 ; CASEY (J), *Dans quelles conditions le Trésor peut-il être relevé de forclusion en cas de retard dans l'établissement définitif d'une créance ?* obs. ss. Cass. Com. 18 janv. 2000, JCP E et A 2000, p. 1330 ; LAGARDE (B), *Le juge-commissaire et le Trésor public*, Les Petites affiches 2001, p. 4 ; SERLOOTEN (P), *La défaillance d'entreprise, aspects fiscaux*, Dalloz, 1997, n° 296 ; *La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté, le Trésor, créancier de l'entreprise*, Actes colloque Centre de droit des affaires de Toulouse 1998, p. 105 ; MATOUX (B) *L'incidence des procédures collectives sur le recouvrement des impôts*, RJF 1995, p. 86.

<sup>267</sup> Même texte *in fine*.

<sup>268</sup> V. pour des illustrations en droit français, BRANDEAU (J), *Déclaration et admission des créances du Trésor au passif des procédures collectives après la loi du 10 juin 1994 : la nécessaire relativité de l'article 50, alinéa 3*, Les Petites affiches 1999, p. 13 ; DELENEUVILLE (), *Les modalités de déclaration et d'admission des créances fiscales*, Rev. proc. coll. 1997, p. 137.

<sup>269</sup> Cf. art. 85, al. 3, AUPC et les obs. du Prof. SAWADOGO

<sup>270</sup> Art. 149, al. 3 et art. 150, al. 3, AUPC.

doivent être appelés et mis à contribution, car, l'intervention des créanciers publics et sociaux dans le cadre d'un accord amiable ne ferait qu'accroître les chances de parvenir à un rétablissement rapide de la situation de l'entreprise en difficulté<sup>271</sup>.

Qu'en est-il des créanciers dont le droit est régulièrement né après la décision de suspension des poursuites individuelles ?

## §.2 - La situation privilégiée des créanciers postérieurs

- 134.** Aux termes de l'article 117, AUPC, toutes les dettes nées régulièrement, après la décision d'ouverture, de la continuation de l'activité et de toute activité régulière du débiteur, sont des créances contre la masse et sont payées par privilège et par préférence aux créanciers qui composent la masse<sup>272</sup>. Cette solution prévue en matière de redressement judiciaire devrait s'appliquer également dans le cadre du règlement préventif. D'ailleurs, l'article 7, AUPC donne au débiteur la possibilité de solliciter l'ouverture de crédits par des établissements bancaires ou financiers, et de demander la poursuite de l'exécution de contrats conclus antérieurement à la requête ; autant de modalités de continuation de l'entreprise qu'il devra préciser dans l'offre de concordat.
- 135.** En effet, la réussite d'un redressement négocié avec les créanciers passe, non seulement par un aménagement de la dette antérieure, mais aussi par l'apport de fonds nouveaux<sup>273</sup>. Le droit anglo-saxon qualifie ce nouvel apport de trésorerie de « *fresh money* » ou « *new money* »<sup>274</sup>, consenti en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité. Ces dettes nées régulièrement après l'ouverture de la procédure, de la poursuite d'activité, sont préférées et payées avant les créances antérieures en cas de liquidation des biens du débiteur<sup>275</sup>.

---

<sup>271</sup> TERNEYRE (PH) et GUIBAL (M), *Le droit d'intervention directe des communes dans la loi du 2 mars 1982*, in *Les communes face aux entreprises en difficulté*, CREAM, Montpellier, 26 avr. 1985 ; GUIBAL (M), *Comment justifier les aides des collectivités locales aux entreprises privées ?* Cahier dr. entreprises, 1987, p. 29 ; Lamy, *Droit Commercial*, éd. 2010, op. cit., Fasc. 2787, p. 1222

<sup>272</sup> L'ordre des paiements est établi aux art. 166 et 167, AUPC.

<sup>273</sup> LE CORRE (P.-M.), *Le privilège de la conciliation*, Gaz. pal., sept.-oct. 2005, p. 2966 ; JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 5<sup>ème</sup> éd. op. cit. n° 90 ; JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit Commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 775 et s. ; SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 326 et s. ; VALLANSAN (J), *Difficultés des entreprises, Commentaire article par article du livre VI du Code de commerce*, 4<sup>ème</sup> éd., Litec, 2006, p. 90 et s.

<sup>274</sup> Doc. Sénat, *Rapp. J.-J. HYEEST, 2005*, n° 335, p. 135 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La procédure de conciliation*, Rev. proc. coll. 2006, p. 169 ; MACORIG-VENIER (F) et SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La situation des créanciers dans la loi de sauvegarde des entreprises*, op. cit., n° 2.

<sup>275</sup> SAWADOGO (F. M.), obs. sous art. 117, AUPC, in *OHADA, Traités et Actes uniformes*, 3<sup>ème</sup> éd. op. cit.

Il conviendra donc de préciser l'origine et le domaine du privilège (A), les créances concernées (B), ainsi que leurs caractères (C).

### A- L'origine et le domaine du privilège

**136.** Avant la loi de 1985, en droit français, cette priorité était le fruit d'une construction jurisprudentielle<sup>276</sup> reposant sur la notion de "masse"<sup>277</sup> qui était une personne morale ayant pour membres obligés l'ensemble des créanciers antérieurs au jugement d'ouverture, chirographaires ou titulaires d'un privilège général, appelés créanciers dans la masse et soumis à la discipline collective du groupement et à la loi d'égalité<sup>278</sup>. Les créanciers postérieurs échappaient à cette discipline et étaient qualifiés de créanciers de la masse ou contre la masse, pouvant à ce titre agir individuellement et se faire payer par priorité par rapport aux créanciers dans la masse. Ainsi les créances nées de la poursuite de l'exploitation postérieurement au jugement déclaratif bénéficiaient d'un droit de préférence et devaient être payées sur l'actif propre de la masse avant toute répartition aux créanciers dans la masse<sup>279</sup>. Ces créanciers postérieurs n'étaient, toutefois, payés qu'après les créanciers titulaires d'une sûreté immobilière spéciale ou d'une sûreté mobilière affectée d'un droit de rétention, à moins qu'ils n'aient contribué à la réalisation ou à la conservation du bien grevé<sup>280</sup>.

---

<sup>276</sup> Civ. 7 avr. 1857, D. P. 1857, 1, 171 ; Com. 16 mars 1965, D. 1966, 63

<sup>277</sup> LAMBERT, *La personnalité juridique de la masse*, JCP, 1960, I, 1568 et 1590. Selon la jurisprudence, la personnalité morale, en général, n'est pas une création de la loi. Elle appartient 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 (Civ. 2<sup>ème</sup>, 28 janv. 1954, JCP, 1954, II, 7958, concl. LEMOINE ; D. 1954, 17, note LEVASSEUR ; Com. 17 janv. 1956, D. 1956, 265, note R. HOUIN ; Soc. 23 janv. 1990, Rev. soc. 1990, 444, note R. VATINET) ; v. pour des applications pratiques: com. 28 juin 1988, Bull. civ. IV, p. 149, n° 216 ; D. 1988, IR, 211, qui a pu, sur le fondement de l'art. 46, c. proc. civ., reconnaître compétence au tribunal de la procédure pour statuer sur une action en responsabilité exercée par le syndic contre un tiers qui avait causé un préjudice à la masse, en considérant que ce tribunal était celui dans le ressort duquel le dommage avait été subi par la masse.

<sup>278</sup> V. notamment MOULY (C), *La situation des créanciers antérieurs*, RJ com. n° spéc. févr. 1987, p. 139 ; LEMONTEY, *La loi sur le redressement des entreprises*, Banque, 1985, 666 ; DUREUIL (B), *De quelques pièges tendus au créancier à l'occasion de la déclaration et de la vérification de sa créance au passif du redressement judiciaire*, Rev. proc. coll., 1992, 17.

<sup>279</sup> BRUNET (A), *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, thèse Nancy, 1973 ; POTIRON (G), *Les actions de masse dans les procédures collectives*, thèse Nantes, 1983 ; *Les réformes en cours : observations sur les dispositions concernant la masse et le dessaisissement dans le projet n° 1578 relatif au règlement judiciaire des entreprises en difficulté*, Rev. sociétés 1984, 25 ; DERRIDA (F), GODÉ (P) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires ...* 3<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 503, p. 374 ; GUYON (Y), *Droit des affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1246, p. 273 ; JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit Commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 242, n° 352.

<sup>280</sup> Lamy, *Droit Commercial*, éd. 2010, op. cit., Fasc. 3201, p. 1378

- 137.** La loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 a supprimé<sup>281</sup> la masse, et conçu un système nouveau en vue de permettre le financement de la poursuite de l'activité. Elle a reconnu aux créances régulièrement nées après le jugement d'ouverture un droit au paiement à l'échéance ou, à défaut, une priorité de paiement en cas de cession totale, de liquidation ou lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance en cas de continuation, sur toutes les autres créances assorties ou non de sûretés<sup>282</sup>.
- 138.** Pour améliorer l'efficacité des sûretés, la loi de 1994 a rétabli le principe, en cas de liquidation judiciaire, de la priorité du paiement des créances assorties de sûretés antérieures au jugement d'ouverture, qui devaient ainsi être payées immédiatement après le superprivilège et les frais de justice. C'est ce principe qui semble avoir été retenu par le législateur OHADA, qui retient encore la notion de masse<sup>283</sup>, et accorde dans la distribution des deniers provenant de la réalisation des immeubles, aux créanciers de celle-ci un privilège de rang quatre, après les créanciers de frais de justice, les créanciers de salaires superprivilégiés et les créanciers hypothécaires<sup>284</sup>. Par contre, dans la distribution des deniers provenant de la réalisation des meubles, les créanciers postérieurs ne sont placés qu'au septième rang<sup>285</sup>. En outre, en cas de résolution ou d'annulation du concordat, qu'il s'agisse du

---

<sup>281</sup> La portée de cette réforme serait, toutefois, incertaine, la loi de 1985 n'aurait pas en effet pu supprimer une masse qui existe en dehors de toute intervention du législateur : BRUNET (A), *La qualité de représentant des créanciers*, Rev. proc. coll., 1986, n° 3, p. 35 ; CABRILLAC (M), *La re-apparition de la masse*, Mélanges GAVALDA, p. 69, 2000 ; FRISON-ROCHE (A.-M.), *Le caractère collectif des procédures collectives*, RJ com. 1996, 293 ; MARTIN-SERF (A), *L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse*, Mélanges A. Honorat, p. 143 ; MOULY (C), *La situation des créanciers antérieurs*, op. cit., p. 139. Ainsi, chassée par la porte, la masse rentrera par la fenêtre (GUYON Y., *Droit des affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1222, p. 243), la jurisprudence devant tôt ou tard y faire à nouveau référence, ne serait-ce que sous le terme voilé de "collectivité" des créanciers (Com. 16 nov. 1993, D. 1994, 57, note F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS ; 28 mars 1995, D. 1995, 410, note F. DERRIDA ; 3 juin 1997, D. 1997, 517 ; note F. DERRIDA).

<sup>282</sup> Art. 40, loi 25 janv. 1985 (C. com., art. L. 621-32 ancien), qui, bien que portant atteinte à l'égalité entre les créanciers, a été jugé conforme à la Constitution et aux principes généraux du droit par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 18 janv. 1985, D. 1986, 425, note T. RENOUX). V. aussi, PETEL (P), *Pour une relecture de l'article 621-32 du Code de commerce*, Mélanges Y. Guyon, p. 917, 2003 ; DARROUSSEZ, *Le financement de la période d'observation : l'article 40 et les difficultés de sa mise en œuvre*, Forum AFFIC, 5 avr. 1990, p. 10 ; DERRIDA (F), *Le financement de l'entreprise : l'article 40 de la loi de 1985*, rapport au colloque Dalloz-Sirey, oct. 1985, RTD com. 1986, n° spéc., t. 1, p. 61 et s. ; CABRILLAC (M), *L'article 40 de la loi du 25 janv. 1985 et ses difficultés d'application*, Banque 1986, 115 ; *L'article 40 de la loi nouvelle et le nouveau privilège de procédure*, Rev. proc. coll. 1986, 13 ; L'AUBIÉ, *Sur quelques aspects pratiques de la situation des créanciers de l'article 40 de la loi du 25 janv. 1985*, Gaz. pal. 1990, 1, Doct. 65 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La situation des créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure*, Colloque Toulouse, févr. 1986, Ann. Univ. Toulouse 1986, p. 209.

<sup>283</sup> Art. 72, AUPC : "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. – La masse est constituée par tous les créanciers dont la créance est antérieure à la décision d'ouverture, même si l'exigibilité de cette créance était fixée à une date postérieure à cette décision à condition que cette créance ne soit pas inopposable" à la masse.

<sup>284</sup> Art. 166, AUPC

<sup>285</sup> Ils sont en effet désintéressés après les créanciers des frais de justice, les créanciers des frais engagés pour la conservation du bien, les créanciers de salaires superprivilégiés, les créanciers garantis par un gage, les

concordat préventif ou du concordat de redressement<sup>286</sup>, « *les titulaires de créances contre la première masse conservent leur droit de préférence par rapport aux créanciers composant cette masse* », c'est-à-dire la nouvelle masse formée après la disparition du concordat.

**139.** Ainsi, s'il ne fait aucun doute que le droit uniforme africain accorde un certain privilège aux créanciers postérieurs dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire, des inquiétudes demeurent toutefois quant au sort de ces créanciers en matière de règlement préventif.

**140.** En effet, en cas d'inexécution de l'accord amiable et d'ouverture ultérieure d'une procédure de redressement judiciaire, le juge est tenu de fixer la date de cessation des paiements<sup>287</sup> en remontant dans le temps, et déterminer ainsi une période suspecte qui autorise l'annulation d'un certain nombre d'actes faits pendant cette période<sup>288</sup>. Or dans l'ancien règlement amiable du droit français tout comme d'ailleurs dans la suspension des poursuites de 1967, deux dispositifs dont est inspiré le concordat préventif, ces apporteurs de « *new money* » n'étaient pas récompensés de leur prise de risque<sup>289</sup> : en cas d'échec de l'accord et d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, ils étaient assimilés purement et simplement aux autres créanciers antérieurs, venant en concours avec eux pour une distribution de fonds souvent hypothétique<sup>290</sup>. Le résultat pratique était déplorable : les entreprises en difficulté ne pouvaient se procurer aucun crédit, ce qui compromettrait gravement leur redressement<sup>291</sup>.

---

créanciers garantis par un nantissement soumis à publicité et les créanciers munis d'un privilège mobilier spécial (Art. 167, AUPC).

<sup>286</sup> Article 142, al. 3, AUPC, auquel renvoie l'article 21, al. 2.

<sup>287</sup> Art. 34, AUPC : la date de cessation des paiements, qui doit être immédiatement fixée à la date de la décision qui la constate et peut être modifiée par la juridiction compétente, ne peut être antérieure de plus de dix-huit mois au prononcé de la décision d'ouverture.

<sup>288</sup> Les actes susceptibles d'être annulés, parce qu'inopposables à la masse, sont énumérés aux articles 68 (inopposabilités de droit) et 69 (inopposabilités facultatives). La distinction entre inopposabilités de droit et inopposabilités de fait est annoncée à l'article 67 : "*Sont inopposables de droit ou peuvent être déclarés inopposables à la masse des créanciers, ..., les actes passés par le débiteur pendant la période suspecte débutant à la date de cessation des paiements et finissant à la date de la décision d'ouverture*" ; v. les obs. de M. SAWADOGO, *OHADA - Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, op. cit., p. 948 et s.

<sup>289</sup> La jurisprudence avait en effet refusé d'appliquer la règle de priorité à la suspension provisoire des poursuites de l'ordonnance du 23 sept. 1967, la Cour de cassation appliquant ici strictement le principe "*pas de privilège sans texte*" (Com. 31 mars 1978, D. 1978, 402, note F. DERRIDA ; 16 mars 1981, D. 1982, IR, 68, obs. F. DERRIDA ; Bull. civ. IV, n° 138, p. 108 ; RTD com. 1981, 587, note B. SOINNE).

<sup>290</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 5<sup>ème</sup> éd. op. cit. n° 90.

<sup>291</sup> GUYON (Y), *Droit des affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1246 et s. p. 273.



**141.** Il ne saurait en être de même dans le cadre du règlement préventif qui se veut un moyen de survie des entreprises déficitaires. La poursuite de l'activité, comme le bon déroulement de la procédure, commande en effet cette importante entorse aux principes traditionnels de classement des créanciers, par dérogation à l'interdiction de payer visée à l'article 11, AUPC. C'est sans doute ces préoccupations de réussite du règlement négocié avec les créanciers qui ont déterminé l'intervention du législateur en droit français, qui crée un privilège attaché à ces nouvelles créances<sup>292</sup>, venant ainsi au secours d'un débiteur qui a déjà, dans l'immense majorité des cas, épuisé toutes ses possibilités de fournir des garanties. Il reprend ainsi une idée ancienne – mais jamais encore consacrée dans les textes – de déroger à la règle générale selon laquelle un droit antérieur est normalement préféré à un droit postérieur (« *prior tempore, potior jure* »)<sup>293</sup>. Ce privilège est consacré à l'article L. 611-1 du Code de commerce<sup>294</sup>. Celui qui a accepté de prendre des risques dans l'intérêt commun doit être payé avant les autres, au moins lorsque le redressement de l'entreprise a réussi<sup>295</sup>. Ce que semblent admettre les dispositions de l'article 142, al. 3, AUPC<sup>296</sup>, applicables, par renvoi de l'article 21, al. 2, au cas de résolution ou d'annulation du concordat préventif. Les créanciers

---

<sup>292</sup> LE CORRE (P.-M.), *Le privilège de la conciliation*, Gaz. pal., sept.-oct. 2005, p. 2966 ; DEHARVENG (J), *Le bouclier de la conciliation*, Entretiens de la sauvegarde, Paris, 29 janv. 2007, *Dict. perm. Difficultés des entreprises*, févr. 2007, bull. 279, p. 4669 ; LANTOURNE (M), *Le privilège de la conciliation*, Entretiens de la sauvegarde, Paris, 29 janv. 2007, *Dict. perm. Difficultés des entreprises*, févr. 2007, bull. 279, p. 4670 ; LE CORRE (P.-M.) et LE CORRE-BROLY (E), *Droit du commerce et des affaires – Droit des entreprises en difficulté*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 29 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 181, n° 326 et s. ; VALLANSAN (J), *Difficultés des entreprises, Commentaire article par article du livre VI du Code de commerce*, 4<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 24, 118 et s. ; JAZOTTES (G), *Le privilège des créanciers postérieurs : quel périmètre ?*, in Colloque Toulouse, 20 janvier 2005, *Lamy Dr. aff.*, mars 2005, p. 132 ; PÉROCHON (F), *Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005*, Gaz. pal. 2005, p. 57, n° 34 ; PÉTEL (P), *Les créanciers postérieurs dans la loi de sauvegarde*, in Colloque Caen 26-27 janvier 2006, *Rev. proc. coll.* 2006, p. 2 ; ROUSSEL-GALLE (PH), *Réforme du droit des entreprises en difficulté – De la théorie à la pratique*, 2<sup>ème</sup> éd. Litec 2007, n° 205 et s., p. 105 et s. ; LE CORRE (P.-M.), *La réforme du droit des entreprises en difficulté- Commentaire de l'ordonnance du 18 décembre 2008 et du décret du 12 février 2009*, Dalloz, 2009, n° 29 ; PÉROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 82 et s., p. 64 et s.

<sup>293</sup> BRUNET (A), *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, thèse, Nancy, 1973, op. cit. ; POTIRON (G), *Les actions de masse dans les procédures collectives*, thèse, Nantes, 1983, op. cit.

<sup>294</sup> V. art. L. 611-11, C. com., op. cit. : "En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, les personnes qui avaient consenti, dans l'accord homologué mentionné au II de l'article L. 611-8, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes les autres créances, selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de l'article L. 641-13. Les personnes qui fournissent, dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité bénéficient du même privilège pour le prix de ce bien ou de ce service. - Cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital. - Les créanciers signataires de l'accord ne peuvent bénéficier directement ou indirectement de cette disposition au titre de leurs concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation."

<sup>295</sup> GUYON (Y), *Droit des affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1245, p. 272 : "Par conséquent, dans le redressement judiciaire (nous, nous dirons dans le règlement préventif), comme dans les Evangiles, les premiers seront les derniers et les derniers seront les premiers".

<sup>296</sup> Selon ce texte, "les titulaires de créances contre la première masse conservent leur droit de préférence par rapport aux créanciers composant cette masse".

postérieurs disposent donc d'un droit de préférence par rapport aux créanciers antérieurs, droit qu'ils conservent même à l'égard de la masse issue de l'ouverture ultérieure d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation des biens, à la suite d'une éventuelle résolution ou annulation du concordat préventif.

**142.** De plus, le législateur a expressément prévu pour les créanciers postérieurs dont le droit est né après l'homologation du concordat, une protection efficace, selon les termes de l'article 143, AUPC, applicable au concordat préventif, toujours par renvoi de l'article 21, al. 2 : « *les actes faits par le débiteur entre l'homologation du concordat et sa résolution ou son annulation ne peuvent être déclarés inopposables qu'en cas de fraude aux droits des créanciers et conformément aux dispositions relatives à l'actions paulienne* ». Ainsi, les inopposabilités de la période suspecte<sup>297</sup> ne peuvent en aucun cas frapper les droits de ces créanciers, sauf à celui qui veut contester ces droits d'apporter la preuve que le débiteur a agi dans l'intention de nuire aux siens propres ou, au moins, qu'il avait la conscience du préjudice causé; des preuves qui ne sont pas faciles à établir<sup>298299</sup>.

---

<sup>297</sup> Articles 67 et s., AUPC.

<sup>298</sup> SAWADOGO (F. M.), note sous art. 143, AUPC., *OHADA, Actes uniformes et Traité commentés*, op cit.

<sup>299</sup> Le principe de l'action paulienne est énoncé par l'article 1167, C. civ., aux termes duquel les créanciers "peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits". Ainsi, bien qu'étant à la fois voisine et parente de l'action oblique, en ce qu'elle constitue également un moyen de sauvegarde du droit de gage général des créanciers, l'action paulienne en diffère en ce qu'elle protège ceux-ci contre un danger d'une autre nature: *la fraude* du débiteur et non plus sa négligence, c'est-à-dire une action abusive et non plus une omission (F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 7<sup>ème</sup> éd., 1999, n° 1057 et s.). Il se peut en effet que, loin de négliger d'exercer ses droits et actions, le débiteur s'emploie à soustraire aux poursuites de ses créanciers tels biens ou valeurs compris dans l'actif qui lui reste, soit à son propre profit, en liquidant ses biens de manière à en rendre le produit aisément dissimulable, soit au profit de tiers, en les avantageant, réellement ou fictivement, au détriment de ses créanciers (GROUBER, *De l'action paulienne en droit civil français contemporain*, thèse Paris, 1913; O. BARRET, *L'appauvrissement injuste aux dépens d'autrui en droit privé*, thèse Paris I, 1985; Y. GAUTIER et F. PASQUALINI, *Rép. Civ. D.*, V. *Action paulienne*; J. GHESTIN, CH. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 3<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1997, n° 455 et s.). L'action paulienne permet à ceux-ci de déjouer de tels stratagèmes. Ainsi, en cas d'ouverture d'une procédure collective contre un débiteur, l'action paulienne peut être exercée par le représentant des créanciers (Com. 30 nov. 1993, Bull. civ. IV, n° 438; D. 1994, p. 175, note DERRIDA et SORTAIS), mais aussi par les créanciers eux-mêmes (Com. 22 juill. 1986, JCP G 1987, II, 20824, note VIANDIER; CA Paris, 9 mai 1980, D. 1980, p. 358, concl. JEOL). La Cour de cassation a clairement réaffirmé cette solution: "*Le droit exclusif que l'article 46 de la loi du 25 janvier 1985 confère au représentant des créanciers pour agir au nom et dans l'intérêt de ceux-ci ne fait pas obstacle à ce qu'un créancier exerce l'action de l'article 1167 contre tous les actes faits en fraude de ses droits par le débiteur*" (Com. 8 oct. 1996, Bull. civ. IV, n° 227; D. 1997, p. 87, note DERRIDA; JCP E 1997, II, 914, note GUYON; v. dans le même sens, CA Versailles, 28 janv. 1993, D. 1993, *Inf. rap.*, p. 95; CA Paris, 4 févr. 1994, D. 1994, IR., p. 80). Cette solution est également celle que préconisait la doctrine (F. DERRIDA, P. GODE et J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires...*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 525). Contrairement à l'action oblique, l'action paulienne paraît devoir être admise même après prononcé de la liquidation judiciaire (F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1070, note 5).

Toutes les créances postérieures ne seraient toutefois pas admises à ce privilège ; certaines en sont exclues, comme c'est le cas en droit français.

## B- Les créances concernées

**143.** Des dispositions de l'article 7, AUPC, accordant au débiteur la possibilité de solliciter l'ouverture de crédits par des établissements bancaires ou financiers, et de demander la poursuite de l'exécution de contrats conclus antérieurement à la requête, on peut déduire que ce privilège lié à la date de naissance de la créance, est soumis à une double limitation : il serait réservé à deux catégories de créances – celles nées d'un nouvel apport de trésorerie (« *new money* »), ce qui exclurait les créances nées antérieurement et pour lesquelles ont été consentis de nouveaux délais de paiement, et celles nées de la fourniture d'un nouveau bien ou service<sup>300</sup>. Ces apports nouveaux comme ces fournitures ne sont privilégiés que dans la mesure où ils sont consentis en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité ; ce qui exclurait cette fois les apports au profit de l'activité non professionnelle du débiteur personne physique<sup>301</sup>, mais également les simples apports financiers ponctuels, dans le seul but d'obtenir ce privilège, ou d'éviter le report de la date de cessation des paiements<sup>302</sup>. Le privilège ne serait ainsi accordé qu'à celui qui apporte de l'argent frais en vue de permettre une poursuite d'activité de manière durable<sup>303</sup>. Il serait dès lors nécessaire de légiférer afin d'étendre le bénéfice du privilège également aux fournisseurs d'un nouveau bien ou service, ce qui permettrait d'augmenter les chances de réussite de la procédure préventive<sup>304</sup>.

---

<sup>300</sup> *Contra* : art. L. 611-11, C. com., qui vise, en plus des "personnes qui avaient consenti... un nouvel apport en trésorerie", "les personnes qui fournissent, dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité".

<sup>301</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 5<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 91.

<sup>302</sup> ROUSSEL-GALLE (PH), *Réforme du droit des entreprises en difficulté...*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 209.

<sup>303</sup> L'on a, à ce sujet, fait remarquer à propos du privilège de l'article 40, L. 25 janv. 1985, que, bien que justifié dans son principe, le droit de priorité reconnu aux créanciers postérieurs risque, cependant de produire un effet pervers en incitant les créanciers à attendre l'ouverture de la procédure pour consentir un crédit à l'entreprise, le banquier, par exemple, courant alors moins de risques pour les prêts consentis après le dépôt du bilan que pour ceux consentis avant, puisque les garanties conventionnelles constituées à ce moment peuvent être remises en cause par application de la théorie des nullités de la période suspecte (Y. GUYON, *Droit des affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1245).

<sup>304</sup> L'exclusion des créances nées de la fourniture d'un nouveau bien ou service semble être commandée par la lettre des dispositions de l'article 18, al. 3, interdisant aux cautions et coobligés du débiteur de se prévaloir des délais et remises du concordat préventif. Car, en effet, "la notion de service est suffisamment large pour englober les cautionnements donnés par les établissements de crédit au profit des engagements du débiteur" : v. en ce sens, LE CORRE (P.-M.) et LE CORRE-BROLY (E), *Droit du commerce et des affaires...*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 29.

- 144.** La seconde limitation résiderait en ce que cet apport ou cette promesse d'apport de fonds nouveaux et ces fournitures nouvelles doivent être constatés dans l'accord homologué<sup>305</sup>, la fourniture proprement dite des fonds pouvant intervenir le jour même de l'homologation ou ultérieurement. Les créanciers qui veulent bénéficier du privilège devraient donc se fondre dans la démarche collective de négociation pour être intégré à l'accord. Serait ainsi réduits, du moins en théorie, le risque de financement ou d'approvisionnements multiples mal coordonnés et qui créeraient une dette nouvelle portant en germe l'échec du redressement<sup>306</sup>.
- 145.** Seraient donc concernées, toutes les créances contractuelles, c'est-à-dire celles qui ont leur source dans un contrat poursuivi ou dans un nouveau contrat<sup>307</sup> conclu au cours de la période de négociation ou d'exécution du concordat ; les créances d'origine quasi-contractuelle<sup>308</sup> ; les créances de nature délictuelle, qui correspondent aux conséquences d'un acte fautif lié ou non à la poursuite de l'activité<sup>309</sup> ; les créances d'origine légale, résultant de l'application d'un texte qui fait naître une créance au profit d'une administration ou d'un organisme, ainsi qu'il en est pour le Trésor public, la Sécurité sociale, les organismes de prévoyance, pour tous les impôts et charges qui se rattachent à la poursuite de l'activité<sup>310</sup>. Seraient enfin concernées, les créances d'origine judiciaire, à l'instar d'une créance de restitution née d'un arrêt de la Cour de cassation après le jugement d'ouverture<sup>311</sup>.

Cependant, pour pouvoir bénéficier du privilège, ces créances postérieures devraient remplir le double caractère de régularité et d'utilité.

---

<sup>305</sup> Art. 7, AUPC. : Il ne s'agit, à ce stade de la procédure, que d'une simple proposition que le débiteur devra soumettre à l'approbation de ces créanciers lors des négociations en vue de la conclusion du concordat qui sera par suite homologué.

<sup>306</sup> LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, 4<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 144.53, p. 219.

<sup>307</sup> Lamy, *Droit Commercial*, éd. 2010, op. cit., Fasc. 3204, p. 1379.

<sup>308</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit Commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 781 et s.

<sup>309</sup> La Cour de Cassation avait estimé que pour bénéficier de la priorité légale de paiement, une créance de dommages-intérêts devait être née "*conformément aux règles gouvernant les pouvoirs du débiteur ou, le cas échéant, de l'administrateur*" (Com. 13 oct. 1998, n° 95-21.988 ; Bull. civ. IV, n°240 ; Rev. Lamy dr. aff. 1998, n° 11 ; n° 685, obs. G. MONTÉGUDET ; RJDA 1998, n° 12, n° 1377 ; Actualité proc. coll. 1998, n° 10, n° 139, obs. P. PÉTEL ; D. aff. 1998, p. 1816 ; JCP E 1999, p. 1060, note P. ROSSI ; JCP G 1999, I, n° 103, obs. M. CABRILLAC et P. PÉTEL).

<sup>310</sup> L'art. L. 622-17, II, 4°, C. com., prévoit que les sommes dont le paiement a été avancé en application de l'art. L. 143-11-1, 3° du Code du travail (devenu art. L. 3253-8) bénéficient de cette disposition. La Cour de cassation a aussi jugé que le débiteur était tenu, en vertu de la loi, d'assumer le paiement de taxes foncières afférentes à la période postérieure au jugement d'ouverture, de sorte que la créance du Trésor public entre dans les prévisions de la règle légale (Com. 14 nov. 2000, n° 97-21.414 ; Com. 15 oct. 2002, n° 90-18.914).

<sup>311</sup> Com. 5 déc. 1995, n° 93-21.172 ; Bull. civ. IV, n° 283 ; RJDA 1996, n° 3, n° 411, Petites affiches 10 mars 1997, p. 13, obs. J.-L. COURTIER, D. aff. 1996, p. 183.

### C- Les caractères des créances concernées

- 146.** Tous les créanciers dont la créance avait son origine antérieurement à la décision de suspension des poursuites individuelles sont des créanciers de la procédure ; ils ne peuvent se prévaloir du privilège du paiement préférentiel, si leurs créances avaient été visées par le débiteur. Ce privilège est réservé aux créances nées régulièrement après le jugement de suspension des poursuites.
- 147.** Sont des créances nées régulièrement, celles qui entrent dans les pouvoirs de leur auteur<sup>312</sup>. Pour apprécier cette condition, il y a lieu d'examiner en cas de suspension des poursuites, les actes qui ont été faits par le débiteur sans l'autorisation motivée du président de la juridiction compétente, conformément aux dispositions de l'article 11, AUPC. A-t-il outrepassé ses pouvoirs ? S'agit-il d'un acte visé à l'article 11 ? A-t-il obtenu l'autorisation du président de la juridiction compétente ? Celle-ci est-elle motivée ? Un acte dépassant les pouvoirs de l'auteur, un acte non autorisé ou un acte interdit ou illicite ne peut donner naissance à une créance bénéficiant du privilège<sup>313</sup>. Le juge du fond doit rechercher si la créance est née régulièrement après la décision de suspension des poursuites, c'est-à-dire conformément aux règles gouvernant les pouvoirs du débiteur<sup>314</sup>.
- 148.** Sont également des créances nées régulièrement celles qui résultent d'obligations légales, par exemple les créances fiscales ou de sécurité sociale nées en application de la loi en raison de la poursuite de l'activité (taxe sur le chiffre d'affaires, IRPP, impôts sur le bénéfice réalisé, cotisation sociales)<sup>315</sup>.
- 149.** En outre, le fondement du traitement préférentiel de certaines créances, c'est leur utilité pour la procédure ou la poursuite d'activité<sup>316</sup>, elle-même conditionnant la résolution des difficultés ou le redressement. En droit français, la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 a introduit deux conditions (alternatives) à l'application du bénéfice de la règle : seules sont privilégiées les créances qui sont nées pour les besoins du déroulement de la procédure et
- 
- <sup>312</sup> Lamy, *Droit Commercial*, éd. 2010, op. cit., Fasc. 3209, p. 1379.
- <sup>313</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 5<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 362 et s. ; Lamy, *Droit Commercial*, éd. 2010, op. cit., Fasc. 3209, p. 1380.
- <sup>314</sup> Voir pour des exemples en droit français : Com. 31 mars 1998, n° 96-18.008, Bull. civ. IV, n° 120 ; Rev. Lamy dr. aff. 1998, n° 6, n° 378, obs. MONTÉGUDET G. ; Rev. Proc. Coll. 1999, p. 157.
- <sup>315</sup> Lamy, *Droit Commercial*, éd. 2010, op. cit., Fasc. 3209, p. 1380.
- <sup>316</sup> LIENHARD (A), *Procédures collectives*, 4<sup>ème</sup> éd., Delmas, 2011, n° 22.36 et s. ; LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, 5<sup>ème</sup> éd., Dalloz Action 2010/2011, n° 144.51 et s.

celles qui sont nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité, pendant cette période<sup>317</sup>. C'est donc le lien d'utilité entre ces créances et la procédure qui justifierait leur traitement privilégié<sup>318</sup>.

**150.** Pour les créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur en exécution d'un contrat, peu importe que le contrat soit conclu antérieurement ou postérieurement à l'ouverture de la suspension des poursuites. C'est l'exécution de la prestation qui est présumée donner naissance à la créance postérieure privilégiée. D'ailleurs, en droit OHADA, dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire, l'Acte uniforme décide de façon générale que toutes les dettes nées régulièrement après la décision d'ouverture, de la continuation de l'activité et de toute activité régulière du débiteur, ou du syndic, sont des créances contre la masse<sup>319</sup>. Dans le silence de la loi, cette mesure devrait s'appliquer en matière de règlement préventif à toutes les créances nées, de façon régulière, entre la décision de suspension des poursuites et celle homologuant le concordat.

**151.** Le lien d'utilité étant nécessairement compris dans cette formule, peu importe donc la nature de la créance ou de la prestation : il pourrait s'agir aussi bien des frais de procédure judiciaire que d'honoraires divers ; de la livraison d'un bien ou d'une somme d'argent que d'une prestation de services (consultation d'un avocat, honoraires du commissaire aux comptes pour la mission postérieure au jugement, ou plus largement tout type de conseil ou d'expertise)<sup>320</sup>.

---

<sup>317</sup> Art. L. 622-17, I ; - La première condition établit un lien nécessaire entre la créance et son utilité, comme l'avait souhaité la Cour de cassation (Rapp. C. cass. Pour 2002, cité par F. PÉROCHON, *Gaz. Pal.* 7 et 8 sept. 2002, p. 59).

<sup>318</sup> Pour la Commission des lois de l'Assemblée nationale française, cela recouvre les frais de justice, les honoraires divers ainsi que les frais résultant de l'exécution des contrats en cours (Rapp. AN n° 2095, De Roux X., p. 216) ; v. sur l'ensemble de la question, GREAU (F), *Pour un véritable privilège de procédure*, LPA 2008, n° 118, p. 4 et s. ; PÉTEL (PH), *Procédures collectives*, 4<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2005, p. 99 ; PÉROCHON (F), *Le sort des créanciers postérieurs*, Les Petites Affiches, 10 juin 2004, n° 116, p. 16 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La date de naissance des créances en procédures collectives*, in *La date de naissance des créances*, Les Petites Affiches, 9 nov. 2004, n° 116, p. 16 ; PÉTEL (PH), *Pour une relecture de l'article L. 621-32*, Mélanges en l'honneur d'Yves Guyon, Dalloz, p. 918 ; *Le nouveau droit des entreprises en difficulté*, JCP E 2005, n° 1509, p. 1730 et s.

<sup>319</sup> Art. 117, AUPC

<sup>320</sup> JAZOTTES (G), *Les créanciers de l'article 40*, Les Petites Affiches, 2000, n° 178, p. 39 : Les créances nées de la continuation des contrats professionnels seront, sans aucun doute privilégiées (contrepartie de la prestation) ou celles qui constituent des frais de justice : honoraires des mandataires et des administrateurs (besoins du déroulement de la procédure) ; *Le privilège des créanciers postérieurs. Quel périmètre ?*, in *La loi du 25 janvier 1985 a vingt ans, Entre bilan et réforme*, Rev. Lamy dr. aff., supplément mars 2005, n° 80, p. 132 ; PÉROCHON (F), *Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005*, 7/8 sept. 2005, *Gaz. pal.*, p. 75. JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 5<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 359.

**Synthèse de la section 2.** La situation des créanciers n'est donc pas uniforme d'une catégorie à l'autre et d'une étape à l'autre de la procédure. Dans l'un comme dans l'autre cas, le constat est que du fait des insuffisances de la procédure, leurs prérogatives, ou au contraire, leur effacement peut constituer un obstacle à la réussite de l'opération de prévention.

## **Synthèse du chapitre 1**

**152.** Bien que le concordat préventif ne puisse être sollicité qu'au cours d'une procédure judiciaire nécessitant l'intervention du juge, son mécanisme demeure essentiellement contractuel, et sa réussite dépend dans une large mesure de la volonté du débiteur et ses créanciers, à l'image des concordats amiables de droit commun<sup>321</sup>. Cette contractualisation à outrance a, de toute évidence, d'importantes conséquences sur le déroulement de la procédure. Il arrive ainsi que les créanciers subordonnent parfois leur acceptation à une prise de participation dans le capital, ou à une cession d'unité, ou encore exigent l'insertion dans le concordat d'une clause de retour à meilleure fortune<sup>322</sup>. Le débiteur, de son côté, peut être souvent tenté de favoriser certains de ses créanciers en omettant tout simplement de mentionner leurs créances dans la demande de suspension des poursuites, ainsi que l'y autorise la loi, ce qui permettra alors à ceux-ci de pouvoir rentrer dans leurs droits, même pendant la période où une certaine discipline est censée être imposée à tous. Autant d'inquiétudes qui justifient la nécessité d'une intervention législative en vue de réformer le dispositif de règlement préventif pour en faire un instrument de prévention beaucoup plus efficace.

**153.** La réforme pourrait, ainsi, consister en une extension du champ d'application de la procédure, notamment en ouvrant celle-ci à toutes les activités professionnelles, non plus uniquement commerciales, mais également artisanales, agricoles, libérales, bref à toutes les activités économiques<sup>323</sup>, comme c'est maintenant le cas en droit français<sup>324</sup>, notamment ; l'Acte

---

<sup>321</sup> SOINNE (B), *Traité des procédures collectives*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 97

<sup>322</sup> KAUFFMANN (R), *De l'utilité des effets des clauses potestatives : la clause de retour à meilleure fortune dans les abandons de créances amiables et concordataires*, Dalloz-Sirey 1982, chron. 129.

<sup>323</sup> V. LE CANNU (P), *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n° 164, qui souhaitait le recours à la notion de "personne morale de droit privé non commerçante ayant une activité économique" ; v. aussi, PONS (B), *Ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'égard d'un professionnel libéral en cas d'inexécution d'un accord de règlement amiable*, Rev. proc. coll. 1994, 129.

<sup>324</sup> Le contraire avait été jugé, sous l'empire du droit antérieur pour un architecte, par un arrêt de la Cour de Chambéry au motif qu'il s'agissait d'une entreprise individuelle exerçant une activité économique : Chambéry, 3 nov. 1986, Gaz. pal. 1987, I, 133, obs. J.-P. MARCHI ; Rev. proc. coll. 1987, p. 8, n° 3, obs. Y. CHAPUT ; D. 1988, 163, note J. PAGES. V. à propos de la réforme, DELATTRE (C), *Prévention : amélioration de la conciliation*, Rev. proc. coll. 2009, n° 1, p. 37 ; ROHART-MESSAGER (I), *L'amélioration de la prévention*,

uniforme relatif au droit des procédures collectives et d'apurement du passif serait ainsi en phase avec le nouvel Acte uniforme portant droit commercial général. La réforme pourrait également prendre en compte le droit de saisine de la juridiction compétente et permettre au président de celle-ci de se saisir d'office ou d'être saisi sur requête du Procureur de la République, afin de vaincre l'inertie ou la mauvaise foi du débiteur. Ce qui améliorerait fortement une procédure qui, somme toute, demeure judiciaire.



**UNE PHASE TRIBUTAIRE DE LA SITUATION DU DÉBITEUR**

**154.** Aux termes de l'article 2-1, al. 2, AUPC, le règlement préventif est applicable à tout débiteur qui connaît une situation économique et financière difficile, mais non irrémédiablement compromise. L'auteur de la requête sollicitant le bénéfice du concordat préventif doit dès lors faire une double preuve. Il doit d'abord démontrer qu'il connaît une situation difficile, puis apporter la preuve que cette situation, quoique difficile, n'est pas pour autant irrémédiablement compromise. Le législateur n'a, toutefois, pas pris la peine de définir ni la notion de situation difficile, ni celle de situation non irrémédiablement compromise ; ce qui rend particulièrement difficile la preuve de la situation du débiteur justiciable du règlement préventif. Il conviendra dès lors de préciser ces deux notions.

**155.** Une difficulté reste, en outre, à résoudre, puisque l'alinéa premier du même texte, énonce que la procédure est destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise. C'est dire que malgré les doutes émis aujourd'hui au sujet de sa pertinence<sup>325</sup>, la cessation des paiements « reste la clé de voûte » du droit OHADA des entreprises en difficulté, tout comme dans le système français<sup>326</sup>. Elle est, en effet, la condition nécessaire d'ouverture d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation des biens, mais également l'état à éviter pour pouvoir bénéficier du concordat préventif. De ce point de vue, le lien entre la cessation des paiements elle-même et les difficultés susceptibles d'y conduire, notamment les difficultés économiques et financières, d'une part, et la notion de situation non irrémédiablement compromise, d'autre part, mérite d'être établi.

On précisera donc le sens de la situation justifiant l'ouverture de la procédure (section 1), avant d'en analyser la preuve (section 2).

---

<sup>325</sup> V. MARTINEAU-BOURGNINEAU, *Le spectre de la cessation des paiements...*, D. 2005, 1356 ; BARBIÈRI (J.-F.), *Rev. proc. coll.*, 2005, 346, n° 15, qui estiment que le législateur aurait dû abandonner cette notion.

<sup>326</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 197, p. 126.

## SECTION 1

### UNE SITUATION IMPRÉCISE

Le bénéfice du concordat préventif est acquis au débiteur qui justifie d'une situation difficile, mais non-irréremédiatement compromise. Le législateur ne définit ni ce que c'est qu'une situation difficile, ni ce qu'il faut entendre par situation non-irréremédiatement compromise. Ces deux notions seront donc séparément définies.

#### §.1 - Une situation difficile

**156.** La combinaison des alinéas 1 et 2 de l'article 2-1, AUPC, révèle que le législateur OHADA soumet l'ouverture de la procédure de règlement préventif à un certain nombre de conditions cumulatives, « dans une formule à double phase »<sup>327</sup>. Pour bénéficier du concordat préventif, le débiteur doit, non seulement, justifier d'une situation économique et financière difficile, mais surtout, ne doit pas être en état de cessation des paiements. Ce qui est compréhensible, puisque c'est cet état de cessation des paiements que la procédure cherche précisément à prévenir. Le président de la juridiction saisi d'une demande de règlement préventif se doit donc de vérifier avec soin la situation comptable et financière du débiteur : la difficulté économique et financière peut dissimuler un état de cessation de paiement avéré ; et dans ce cas, le juge devrait, conformément aux dispositions de l'article 15-1, AUPC, prononcer d'office le redressement judiciaire ou la liquidation des biens.

**157.** Il importe dès lors, de préciser la notion de situation difficile (A) et d'indiquer que cette situation ne doit pas être constitutive de l'état de cessation des paiements, si le débiteur souhaite bénéficier du concordat préventif (B).

#### A - Une situation économique et financière difficile

**158.** Le législateur OHADA semble limiter les difficultés pouvant justifier l'admission au concordat préventif à celles uniquement économiques et financières ; ce qui paraît assez peu

---

<sup>327</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 90.

justifiable. Des difficultés d'ordre juridique, social, même environnemental, peuvent être de nature à conduire à la cessation des paiements, et donc nécessiter l'ouverture d'une procédure préventive. On énoncera les contours de la notion de situation difficile (1), ce qui permettra d'en dégager la différence avec des notions voisines auxquelles elle ne devrait pas se confondre (2).

## 1. La notion de situation économique et financière difficile

**159. Une difficulté avérée.** La procédure du règlement préventif visée à l'article 2-1, AUPC, suppose que le justiciable qui en demande le bénéfice « *connaît une situation économique et financière difficile* », en d'autres termes, la difficulté qu'il éprouve doit être avérée. Théoriquement, la loi exclut toute similitude avec le droit américain qui autorise le débiteur à se placer sous la protection de la justice avant même l'apparition des difficultés et en présence éventuellement de résultats bénéficiaires<sup>328</sup>. Une difficulté simplement prévisible ne paraît donc pas pouvoir justifier l'ouverture de la procédure ; ce qui ne reflète pas du tout la célérité qui devrait caractériser une procédure de prévention. Ce critère d'admissibilité à la procédure aurait dû, en effet, être conçu de manière à permettre de déclencher suffisamment tôt le règlement préventif, c'est-à-dire même lorsque la difficulté n'est que prévisible, dès lors qu'elle est de nature à conduire le débiteur à la cessation des paiements<sup>329</sup>.

**160.** Car, en effet, le débiteur qui connaît une situation difficile, n'est pas un « débiteur » au sens strict du terme, du moins, lorsqu'il honore régulièrement ses échéances<sup>330</sup>. Dans l'immédiat, il a un actif disponible qui lui permet de faire face à son passif exigible. Il peut donc payer ses créanciers. Mais cela risque de ne pas durer, compte tenu des difficultés auxquelles il est confronté, difficultés entraînant notamment une dégradation de sa situation financière et susceptible d'engendrer la cessation des paiements. On aurait donc pu permettre au débiteur « de se projeter dans l'avenir »<sup>331</sup>, en prévoyant en quelque sorte sa situation future, puisque la formule employée suppose que certaines incidences de cette situation difficile sont déjà

---

<sup>328</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 212, p. 135.

<sup>329</sup> Art. L. 620-1, anc. C. com., d'avant la réforme de 2008.

<sup>330</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 375.

<sup>331</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 242.

perceptibles ; ce qui permet d'en prévoir à terme ses conséquences sur l'ensemble de l'état de l'entreprise<sup>332</sup>.

**161. Une difficulté sérieuse.** La notion de situation difficile doit être rapprochée de celle de « *tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* » de l'article 150, AUSC, retenue dans le cadre de la procédure d'alerte. Le débiteur doit être confronté à court terme à un problème grave qu'il ne peut surmonter ou résoudre avec des moyens ordinaires, tel un simple crédit bancaire, et qui, non traité, met en danger l'exploitation normale de l'entreprise<sup>333</sup>. La difficulté doit donc être sérieuse et révéler le besoin d'un soutien de la justice et du « parapluie » de la procédure<sup>334</sup>. Il semble ainsi que le législateur ait voulu concilier le souci d'un traitement précoce des difficultés, et celui d'une prévention des abus<sup>335</sup>. Le règlement préventif ne doit pas, en effet, être « un moyen commode pour alléger ses charges »<sup>336</sup>, ni « un mode de gestion déguisée lorsque l'entreprise sera confrontée à une conjoncture peu favorable »<sup>337</sup>. Seules les difficultés qui sont de nature à compromettre la continuité de l'exploitation méritent d'être prises en considération.

**162.** Toutefois, la situation difficile ne requiert pas que la cessation des paiements soit imminente, ni même que des poursuites préalables aient été diligentées contre le débiteur. S'agissant d'une situation économique et financière, elle doit être appréciée *in concreto*, à partir des éléments de fait<sup>338</sup> : ainsi la diminution sensible du chiffre d'affaires, la liquidation des biens des filiales de production de la société débitrice, le déficit du dernier exercice comptable, l'allongement du délai de rotation des stocks, la diminution de la trésorerie, le déclenchement d'une procédure d'alerte par le commissaire aux comptes, la mise en œuvre d'un plan social prévoyant des licenciements économiques et un compte prévisionnel faisant apparaître un

---

<sup>332</sup> Com. 26 juin 2007, n° 06-20820, RJDA 1/08, n° 56 : « *L'épuisement prévu de ces lignes de crédit dans un avenir proche et l'existence d'un passif échu notable la plaçaient dans une situation extrêmement fragile de nature à la conduire à la cessation des paiements* » ; Com. 26 juin 2007, n° 06-17821, RJDA 1/08, n° 56 : « *La nouvelle stratégie liée au développement de la téléphonie mobile ne permet pas à elle seule sans le bénéfice de la sauvegarde, de retrouver un niveau d'activité de nature à la faire échapper à la cessation des paiements à partir d'avril 2006* ».

<sup>333</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, ... 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 66.

<sup>334</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 375.

<sup>335</sup> LE CORRE (P.-M.), *Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005)*, D. 2005, 2299, n° 17.

<sup>336</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, ... 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 66 (à propos de la conciliation).

<sup>337</sup> BARBIERI (J.-F.), *Le choix des techniques de traitement des difficultés des entreprises, Réflexions liminaires*, Rev. proc. coll. 2005, p. 346, n° 4, spéc., n° 7 (à propos de la sauvegarde).

<sup>338</sup> Voir pour la notion de « *difficultés insurmontables* » en matière de sauvegarde, Lamy Droit commercial, éd. 2010, op cit., n° 2924.

solde de trésorerie négatif à bref délai constituent des éléments de fait<sup>339</sup> caractérisant une situation économique et financière difficile.

**163. Une difficulté ayant une incidence financière.** En ce qui concerne la nature de la situation difficile, l'Acte uniforme n'en prévoit que deux sortes, apparemment cumulative : la situation difficile doit être, à la fois, d'ordre économique *et* financier. Volonté manifeste de restreindre l'accès au concordat préventif, ou simple maladresse ? À s'en tenir à la lettre de la loi, le débiteur devra, pour bénéficier du concordat, justifier, non seulement d'une situation économique difficile, telle la nature de marchandises achetées ou livrées ou encore le retard de livraison, mais aussi d'une situation financière difficile, notamment des retards de paiement, ou l'absence de trésorerie. Il s'agirait, dans ce cas, d'une double difficulté qui, si elle est avérée, laisserait très peu de chance pour éviter la cessation des paiements. Cette interprétation doit être écartée, car la formule semble relever plus d'une simple maladresse que d'une volonté délibérée du législateur.

**164.** En effet, l'analyse des décisions en la matière montre que le juge apprécie le critère économique au sens de toute difficulté, y compris juridique, dès lors qu'elle s'accompagne de difficultés financières<sup>340</sup> : seules compteraient les conséquences de ces difficultés avérées sur la situation future de trésorerie du débiteur<sup>341</sup>. Cette interprétation large est également celle de la Cour de cassation, en matière de sauvegarde, qui a refusé de lier ces difficultés à l'activité de la société<sup>342</sup>.

**165. La suffisance d'une seule difficulté économique ou financière.** La référence à des difficultés économiques mérite, dès lors, d'être saluée, le débiteur pouvant arguer de difficultés liées à la conjoncture et au contexte économique ou de difficultés financières qui ne peuvent être résolues par les moyens habituels de gestion, tels que découvert bancaire, prêt à court terme, etc.<sup>343</sup> Le législateur s'est sans doute inspiré des conditions d'ouverture du règlement amiable du droit français, issu de la réforme de 1994, qui a également pris en

---

<sup>339</sup> CA Lyon, 31 mai 2006, Rev. proc. coll. 2006, p. 253, obs. ROUSSEL GALLE PH. ; RJ com. 2007, p. 71, obs. Sortais J-P. ; RTD com. 2006, p. 675, obs. VALLENS J.-L.

<sup>340</sup> TGI, Ouagadougou, Jugement n° 741 du 24 juillet 2002, Société IFEX, Ohadata J-04-44 : interdiction brusque d'une activité ; retrait d'agrément.

<sup>341</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., n° 212, op. cit.

<sup>342</sup> CA Paris, pôle 5, ch. 9, 25 févr. 2010, *aff. Heart of La Défense*, JCP E 2010, 1742, n° 1, obs. Ph. PÉTEL et Cass. Com. 8 mars 2011, JCP éd. G, 14 mars 2011, p. 305.

<sup>343</sup> ROUSSEL-GALLE (Ph.), *OHADA et difficultés des entreprises, Etude critique*, op. cit. p. 14.

compte le critère économique<sup>344</sup>. Mais, contrairement à ce texte, qui vise, en plus du critère économique ou financier, « *une difficulté juridique* », l'Acte uniforme se contente d'une situation économique et financière difficile.

**166.** Doit donc être relativisé le fait que le texte vise une situation économique *et* financière difficile, le cumul de ces deux types de difficulté d'ordre économique et financier ne devant pas être considéré comme nécessaire<sup>345</sup>. Une seule des difficultés, économique *ou* financière, semble en la matière suffisante pour déclencher la procédure, dès lors qu'elle a pour conséquence logique des difficultés de nature financière. C'est notamment ce qui ressort d'une décision du Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou en date du 24 juillet 2002, accordant le bénéfice du règlement préventif à une entreprise, qui connaît des difficultés financières du fait de l'interdiction d'une activité<sup>346</sup>.

## **2. La situation économique et financière difficile et les notions voisines**

**167.** La situation économique et financière difficile doit être distinguée des trois notions voisines que sont l'incident de paiement isolé, l'insolvabilité et le déficit.

### **a) Situation difficile et l'impayé**

**168.** Le défaut de règlement d'une seule créance, qui peut avoir des causes multiples, est insuffisant en lui-même pour caractériser une situation économique et financière difficile<sup>347</sup>. En effet, bien que les difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation puissent n'être que passagères, elles semblent tout de même plus prononcées qu'une gêne momentanée de trésorerie<sup>348</sup>. La constatation d'un arrêt matériel de paiement doit donc être confortée par un examen d'ensemble de la situation de trésorerie<sup>349</sup>. C'est dire que le défaut

---

<sup>344</sup> Art. 35, L. n° 84-148, 1<sup>er</sup> mars 1984 issu de l'ord. de juin 1994.

<sup>345</sup> *Contra*: ROUSSEL-GALLE (Ph.), *OHADA et difficultés des entreprises, Etude critique*, op. cit., p. 14.

<sup>346</sup> TGI, Ouagadougou, Jugement n° 741 du 24 juillet 2002, précité, Ohadata J-04-44.

<sup>347</sup> V. pour la caractérisation de la cessation des paiements : Com. 25 févr. 1997, D. 1997, jurisp. p. 484.

<sup>348</sup> Comp. sur la notion de cessation des paiements : CHAPUT (Y), *Règlement amiable et cessation des paiements*, op. cit. ; NANTERME et PONCEBLANCE, *L'opportunité d'avoir caractérisé la notion de cessation des paiements : une opportunité qui n'est pas sans risques*, Rev. Proc. Coll. 1986, p. 33, n° 4 ; TEBOUL (G), *A propos de la cessation des paiements*, RJ com. 1998, 169 ; MARTY (J.-P.), *De la cessation des paiements aux difficultés prévisibles*, Lamy dr. aff. mars 2005 p. 21, suppl., n° 80.

<sup>349</sup> V. à titre d'ex., Com. 2 mars 1999, Act. Proc. Coll. 1999-9, n° 113, qui refuse de voir dans la seule constatation de huit factures impayées la justification suffisante d'une impossibilité de faire face au passif

ou l'impossibilité pour le débiteur de régler une créance arrivée à échéance, doit néanmoins éveiller l'attention du chef d'entreprise, qui devra vérifier si cet état n'est pas de nature à affecter durablement la situation économique et financière de l'entreprise. En effet, lorsque le débiteur demandera l'ouverture d'une procédure de règlement préventif, ce défaut de règlement d'une créance pourra être un indice de la « *situation économique et financière difficile* » qu'il connaît.

## **b) Situation difficile et l'insolvabilité**

**169.** La situation économique et financière difficile, susceptible de conduire à la cessation des paiements n'est pas l'insolvabilité. Elle ne se confond ni au « surendettement » du droit allemand, qui suppose que l'actif ne couvre plus le passif, déduction faite des fonds propres<sup>350</sup>, ni à l'insolvabilité laquelle est l'état où l'actif, au sens juridique<sup>351</sup>, est inférieur au passif, c'est-à-dire le total des dettes, soit, en termes comptables, le passif externe<sup>352</sup>. Cette situation patrimoniale qui résulte en général des pertes accumulées par le débiteur, entraîne une impossibilité durable de règlement des dettes<sup>353</sup>. Cela veut dire que la situation du débiteur insolvable, qui peut ne pas être en cessation des paiements<sup>354</sup>, est beaucoup plus grave que celle du débiteur qui simplement éprouve des difficultés économiques et financières, fussent-elles avérées. Aussi, est-il quasiment impossible que le concordat préventif puisse redresser la situation d'un débiteur dont l'endettement à court terme est supérieur à la totalité de l'actif, accompagné d'un résultat gravement déficitaire et d'une constante dégradation des capitaux propres, quoique cette situation ait été jugée insuffisante à caractériser la cessation des paiements<sup>355</sup>.

---

exigible à l'aide de l'actif disponible. *Contra* : Com. 8 mars 1994, JCP G 1994, IV, n° 1254, prononçant la cessation des paiements en présence d'une seule dette impayée.

<sup>350</sup> IHLE (M), *Les procédures collectives en République Fédérale d'Allemagne*, Rev. Banque, n° spéc. *La banque et l'entreprise en difficulté*, vol. 1, p. 11 ; TROCKELS (F), *Aperçu du nouveau régime de l'insolvabilité en Allemagne*, Rev. Proc. Coll. 1996, p. 23.

<sup>351</sup> C'est-à-dire la valeur totale des éléments d'actif (immobilisations corporelles et incorporelles, stocks et créances, liquidités).

<sup>352</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, ... 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 168.

<sup>353</sup> Com. 28 mars 1962, RTD com. 1962, p. 737, obs. R. HOUIN

<sup>354</sup> Au moins dans un premier temps, parce que ses dettes importantes ne sont pas exigibles ou parce qu'il bénéficie d'une réserve de crédit lui permettant de faire face aux échéances : JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 201, p. 128.

<sup>355</sup> Com. 17 oct. 2000, Act. Proc. Coll. 2000-19, n° 238.

**170.** À l'inverse, un débiteur peut être solvable, c'est-à-dire, avoir un actif supérieur à son passif, tout en connaissant une situation économique et financière difficile ou même être en cessation des paiements. C'est exactement le cas dans la décision rendue par le Tribunal Régional Hors Classe de Dakar précédemment évoquée ou, le juge, après avoir examiné l'ensemble des biens dont disposait le débiteur, en l'occurrence certains contrats en cours, a conclu que « l'actif » du débiteur assigné en liquidation des biens étant « de loin supérieur à son passif exigible », celui-ci n'est pas en cessation des paiements<sup>356</sup>. Ce qui est une erreur.

### **c) Situation difficile et le déficit**

**171.** Un débiteur peut présenter un bilan déficitaire sans que cela soit un indice de difficulté de nature à le conduire à la cessation des paiements<sup>357</sup>. Le déficit est le déséquilibre au cours d'une période donnée entre les produits et les charges du débiteur, les secondes excédant les premiers<sup>358</sup>. C'est donc une notion purement comptable et fiscale : il peut être constaté après inscription en compte d'un certain nombre de charges, par exemple, les provisions et amortissements, qui ne correspondent pas à de véritables dettes à l'égard des tiers<sup>359</sup>. Mais, un résultat déficitaire peut être un indice ou même la caractérisation de la situation difficile que connaît le débiteur, notamment lorsque ce dernier enregistre plusieurs fois à la suite une série de résultats déficitaires.

**172.** La notion de situation difficile mérite donc d'être davantage explicitée, afin d'inclure, sans équivoque, toute espèce de difficulté, dès lors qu'elle peut avoir des incidences financières, ou est de nature à conduire à la cessation des paiements. Cela permettra au débiteur de saisir, de façon suffisamment précoce, la juridiction compétente bien avant la survenance de la cessation des paiements, qui, si elle est avérée, le priverait du bénéfice du concordat préventif.

### **B - Une situation difficile exclusive de la cessation des paiements**

**173.** Le débiteur qui sollicite à son profit l'ouverture d'un règlement préventif ne doit pas être en cessation des paiements. Quelle que soit la nature ou encore l'étendue des difficultés qu'il

---

<sup>356</sup> Jugement. com. n°6 du 9 janvier 2004, IPRES c/ Société EURAFRICAIN D'INDUSTRIES, op. cit.

<sup>357</sup> Com. 19 mars 2002, Act. Proc. Coll. 2002-10, n° 120

<sup>358</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, ... 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 167.

<sup>359</sup> COZIAN (M), VIANDIER (A) et DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, 20<sup>ème</sup> éd., Litec, n° 146, p. 68 : "ne pas confondre pertes juridiques et pertes comptables".



éprouve, celles-ci ne doivent pas être constitutives d'un état de cessation des paiements. On regrettera qu'aucun texte de l'Acte uniforme applicable au règlement préventif ne le précise formellement. Toutefois, cette lacune est comblée par les dispositions de l'article 2-1, al. 1, qui précise le but assigné à la procédure, en l'occurrence, éviter la cessation des paiements du justiciable. Cette position est confortée par l'article 15-1, AUPC<sup>360</sup>, aux termes duquel la juridiction compétente doit prononcer d'office et à tout moment de la procédure, même pendant la phase de l'homologation du concordat, le redressement judiciaire ou la liquidation des biens, si elle constate la cessation des paiements.

**174.** Ce qui démontre le caractère fondamental de la notion de cessation des paiements en droit OHADA des entreprises en difficulté. Il convient donc de la définir (A) et de dire qu'il appartiendra au débiteur de prouver qu'il n'est pas en état de cessation des paiements, s'il veut bénéficier du concordat préventif (B).

### **1. Définition de la cessation des paiements**

**175.** Est en cessation des paiements<sup>361</sup>, selon l'article 25, AUPC, le débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible. Il est donc dans l'incapacité de régler « normalement », sans recourir à des procédés de financement extraordinaire, une dette exigible<sup>362</sup> : il n'a pas les fonds pour payer ce qu'il doit et ne peut pas se les procurer à bref délai en sollicitant banalement son banquier ou ses proches<sup>363</sup>. Il est en « panne de trésorerie ». Ce qui impose de comparer deux grandeurs, l'actif disponible (1) et le passif exigible (2), puis de faire une balance entre les deux (3).

---

<sup>360</sup> L'article 2-1, al. 1 dispose clairement que « le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif ». Quant à l'article 15-1, AUPC, il dispose : « Si elle (la juridiction compétente) constate la cessation des paiements, elle prononce, d'office, et à tout moment, le redressement judiciaire ou la liquidation des biens ».

<sup>361</sup> V. notamment, MARTY (J.-P.), *De la cessation des paiements aux difficultés prévisibles*, in La loi du 25 janvier 1985 a vingt ans ! entre bilan et réforme, *Lamy dr. aff.*, supplément, n° 80, mars 2005, p. 21 ; BERTHELOT (G.), *Les cessations des paiements : une notion déterminante et perfectible*, JCP E, 2008, 1, 2232 ; SAINTOURENS (B.), *Les conditions d'ouverture des procédures après l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté*, Rev. Proc. Coll. 2009, p. 40.

<sup>362</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, ... 8<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 163.

<sup>363</sup> CHAPUT (Y), *Une nouvelle architecture du droit français des procédures collectives*, JCP G 2005, I, 148, n° 8 : "La cessation des paiements est le signe de l'abandon du débiteur par ses fournisseurs, ses clients, ses parents et ses amis".

## a) L'actif disponible

- 176.** L'actif disponible s'entend de l'actif immédiatement utilisable<sup>364</sup>, mobilisable, c'est-à-dire de l'ensemble des sommes en caisse, des effets de commerce à vue<sup>365</sup>, du solde créditeur des comptes bancaires. Il n'inclut pas les immeubles, même ceux sur le point d'être vendus<sup>366</sup>, et plus largement, les immobilisations, les stocks, dès lors qu'ils ne sont pas en cours de réalisation<sup>367</sup> ; il n'englobe pas non plus les actifs réalisables à court terme<sup>368</sup> et les objets mobiliers<sup>369</sup>.
- 177.** Ainsi qu'on l'a observé<sup>370</sup>, le critère posé par la loi repose essentiellement sur la liquidité et la disponibilité. C'est pour cela qu'il a été jugé que « l'actif d'une société, constitué de deux immeubles, n'est pas disponible »<sup>371</sup>. Il en est de même de la valeur de marchés relatifs à la vente et à la distribution de récoltes<sup>372</sup> ou d'une créance à recouvrer et d'une quote-part dans une succession<sup>373</sup>. En revanche, un chèque de banque dont la provision est assurée fait partie de l'actif disponible<sup>374</sup>.
- 178.** La conception de l'actif disponible ainsi défini conduirait dès lors à exclure de la procédure du concordat préventif le débiteur, qui a pu l'obtenir en avançant comme argument le fait de

---

<sup>364</sup> DELATTRE (Ch.), *La notion d'actif disponible au sens de l'article L. 621-1 (devenu L. 631-1) du Code de commerce*, Rev. Proc. Coll. 2007, p. 109

<sup>365</sup> Signalons à ce propos, un arrêt de la Cour de cassation du 18 décembre 2007 (n° 06-16350, Révol/Bouvet, D. 2008, AJ, p. 83, obs. A. LIENHARD ; Act. Proc. Coll. 2008, comm. 36, obs. Th. BONNEAU ; JCP E, 2008, 1432, obs. M. CABRILLAC) qui a cassé un arrêt ayant refusé de faire rentrer dans l'actif disponible, alors qu'il couvrait le montant du passif, un chèque de banque qui n'avait pas été encaissé au jour du jugement d'ouverture et dont le délai de présentation de huit jours était expiré. La solution, selon SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 378, est justifiée car le chèque pouvait encore être présenté au paiement et elle vaudrait, non seulement pour un chèque de banque, mais aussi pour tout chèque dont la provision est certaine.

<sup>366</sup> Com. 27 février 2007, D. 2007, Act. jurisp. 872, obs. LIENHARD ; JCP E 2007, 2119, n° 1, obs. Ph. PÉTEL.

<sup>367</sup> Com. 11 juill. 1988, Inédit ; 10 mai 1971, JCP 1971, IV, 156.

<sup>368</sup> Ex. Refus par la Cour de cassation de tenir compte d'une garantie à première demande sur laquelle l'entreprise pouvait pourtant compter, en considérant que c'est au jour où statue le Tribunal que s'apprécie la cessation des paiements et qu'un crédit futur n'est pas à prendre en considération : Com. 26 juin 1990, JCP E, 1991, I, 44, n° 1, obs. Ph. PÉTEL.

<sup>369</sup> Com. 22 janvier 2002, RJDA 2002, n° 516

<sup>370</sup> CALENDINI (J.-M.), Obs. sous Aix-En-Provence, 26 juin 1990, Rev. Proc. Coll. 1992, p. 289.

<sup>371</sup> Com. 27 février 2007, n° 0610170, Rev. Jurisp. Com. 2007, p. 365, note Ph. ROUSSEL-GALLE

<sup>372</sup> Com. 18 mars 2008, Dr. et patri. 2008, Chron. Droit des difficultés économiques, n° 172, p. 109, obs. M. H. MONSERIE-BON.

<sup>373</sup> Paris, 3c. B. 18 déc. 2008, Gaz. Proc. Coll. 28 avr. p. 13, obs. C. LEBEL

<sup>374</sup> Com. 18 mars 2008, op. cit., obs. M. H. MONSERIE-BON.

disposer des contrats en cours d'exécution ou de négociation et de détenir des créances sur des clients solvables, le tout pour un montant supérieur au passif auquel il fait face<sup>375</sup>.

**179.** Toutefois, la jurisprudence française récente inclut dans l'actif disponible les réserves de crédit du débiteur pour ne pas retenir la cessation des paiements<sup>376</sup>. Cette solution est consacrée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui complète la définition de la cessation des paiements par la précision suivante : « *Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements.* »<sup>377</sup> Désormais, le débiteur ne peut plus être considéré comme en cessation des paiements si ses créanciers lui font confiance et lui accordent des délais de paiement, l'actif disponible s'accroissant, de manière mécanique de ces réserves de crédit<sup>378</sup>.

#### **b) Le passif exigible**

**180.** Le passif exigible est le passif échu. Les dettes échues sont les dettes arrivées à échéance et non réglées<sup>379</sup>. Il doit être distingué du passif à court ou très court terme. Par conséquent, le montant d'un prêt bancaire dont la déchéance du terme n'est pas survenue ne peut être inclus dans ce passif exigible<sup>380</sup>. Il en est de même de créances constatées par des décisions de référé provisoires en raison de leur caractère litigieux<sup>381</sup>. En France, la Cour de cassation a, par certains arrêts, affirmé que le passif exigible est le passif dont le règlement est réclamé. Le passif exigible serait alors le passif « exigé »<sup>382</sup>. La Cour a cependant pris une certaine

<sup>375</sup> T.R.H.C. de Dakar, 9 janvier 2004, IPRES c/ Société EURAFRICAINNE D'INDUSTRIES, op. cit.

<sup>376</sup> Com. 27 févr. 2007, n° 0610170, précité ; Com. 17 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 193 ; Com. 8 juin 1999, Rev. Proc. Coll. 2000, p. 49, n° 8, obs. J.-M. DELENEUVILLE. Sont aussi pris en compte les liquidités apportées par les dirigeants : Com. 24 mars 2004, D. 2004, Act. jurisp., p. 1022, obs. LIENHARD ; Act. proc. coll. 2004, n° 110, obs. J. VALLANSAN.

<sup>377</sup> Article 75, Ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 (article L. 631-1, C. com.)

<sup>378</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 378, p. 221.

<sup>379</sup> V. Dictionnaire permanent, Difficultés des entreprises, Éd. Législative 2011, p. 273, n° 46

<sup>380</sup> Douai, 22 févr. 1990, Rev. Proc. Coll. 1992, p. 290, obs. J.-M. CALENDINI.

<sup>381</sup> Com. 25 nov. 2008, D. 2009, AJ, 17 ; Com. 22 févr. 1994, JCP E 1994, n° 3799, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL.

<sup>382</sup> Com. 12 nov. 1997, Bull. civ. IV, n° 290 ; Rev. proc. coll. 2000, p. 46, n° 7, obs. J.-M. DELENEUVILLE ; D. Aff. 1997, n° 44, p. 468 ; Com. 28 avr. 1998, D. Aff. 1998, p. 1487 ; RJDA 8-9/98, n° 1000, JCP E 1998, p. 1926, obs. G. A. LIKILLIMBA ; BESSE (J), *Réflexions critiques sur la formule "passif exigible et exigé"*, Rev. proc. coll. 2000, p. 39 ; Com. 14 mai 2002, RJDA 10/02, n° 1046, p. 887 ; MARTINEAU-BOURGNINAUD, *La cessation des paiements, notion fonctionnelle*, RTD com. 2002, p. 245 ; CALVO (J), *La notion de cessation des paiements dans les procédures collectives*, Les Petites Affiches, 1999, n° 178, p. 4.

distance par rapport à cette jurisprudence qui ajoute aux textes<sup>383</sup>. En revanche, elle considère que les dettes faisant l'objet d'un moratoire de paiement ne doivent pas être intégrées dans le passif exigible pour caractériser l'état de cessation des paiements<sup>384</sup>. Un report d'échéance modifie, par conséquent, le contenu de ce passif exigible<sup>385</sup>. Un créancier peut faire crédit à son débiteur et la dette à terme ne rentre pas dans le passif. Cette analyse a été consacrée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 dans la mesure où le débiteur rapporte la preuve du report d'échéance<sup>386</sup>.

**181.** Ne rentrent dans le passif exigible que les dettes *certaines*<sup>387</sup>, *liquides, exigibles*<sup>388</sup>. La nature civile ou commerciale de la dette est indifférente<sup>389</sup>. Ce qui ne devrait poser aucun problème, notamment en droit OHADA où le débiteur éligible à la procédure du concordat préventif peut, s'il n'est pas commerçant, être simplement une personne morale de droit privé, comme par exemple un GIE<sup>390</sup>.

### **c) L'inadéquation du passif exigible et de l'actif disponible**

**182.** C'est l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible qui est constitutive de la cessation des paiements. Celle-ci ne résulte pas seulement d'un simple arrêt matériel des paiements, même si, cependant, le défaut de paiement d'une seule dette peut suffire à caractériser la cessation des paiements<sup>391</sup>. Elle n'est pas non plus caractérisée par un simple refus de paiement<sup>392</sup> ou des retards systématiques<sup>393</sup>. Pour la jurisprudence, c'est l'absence de

---

<sup>383</sup> V. TRICOT (D), *La cessation des paiements, une notion stable*, Gaz. Pal. 29-30 avr. 2005, p. 13 ; LIENHARD (A), *Réforme du droit des entreprises en difficulté : La Cour de cassation propose*, D. 2003, p. 1276.

<sup>384</sup> Com. 18 mars 2008, Rev. proc. coll. 2008, n° 114, Dr. et patri. 2008, 109, obs. M. MONSERIE-BON.

<sup>385</sup> Com. 27 févr. 2007, Bull. IV, n° 65, JCP 2007, éd. E. n° 1833, p. 28, note Ph. ROUSSEL-GALLE ; Besançon, 14 juin 2000, Act. proc. coll. 25 nov. 2000, n° 227.

<sup>386</sup> Com. 27 févr. 2007, Rev. proc. coll. 2007, p. 222, obs. B. SAINTOURENS.

<sup>387</sup> Ce qui exclut les créances litigieuses : Com. 25 nov. 2008, n° 07-20972, Gaz. proc. coll. 28 avr. 2009, p. 15, note C. LEBEL.

<sup>388</sup> N'est pas exigible une créance contestée, dès lors que la contestation est sérieuse : Com. 22 févr. 1994, Bull. civ. IV, n° 75. V. pour une somme mise sous séquestre : Civ. 20 mai 1988, D. 1989, somm. p. 286, obs. A. HONORAT.

<sup>389</sup> Com. 3 févr. 1998, D. Aff. 1998, n° 107, p. 383.

<sup>390</sup> Article 2-1, al. 1, AUPC.

<sup>391</sup> V. pour des cas de refus d'admission de la cessation des paiements: Com. 15 avr. 1986, JCP E 1987, 16003, obs. M. CABRILLAC et D. VIVANT : "Le défaut de paiement d'une seule dette doit montrer que l'entreprise ne peut faire face à son passif exigible". Dans le même sens, Com. 8 nov. 1988, Bull. civ. IV, p. 201, n° 298 : "La procédure ne doit pas être utilisée comme une voie d'exécution et le débiteur peut ne pas payer une créance qu'il conteste dans son principe sans être pour autant en état de cessation des paiements".

<sup>392</sup> Com. 25 févr. 1997, D. Aff. 1997, n° 15, p. 485

<sup>393</sup> Com. 8 juin 1998, Bull. civ. IV, n° 120.

trésorerie nécessaire à l'apurement de la dette qui caractérise la cessation des paiements et une simple insuffisance d'actif ne saurait l'établir<sup>394</sup>.

**183.** La cessation des paiements peut, par contre, se déduire d'une poursuite des paiements, mais avec des moyens frauduleux ou ruineux. Le fait de régler ses dettes avec des traites de complaisance<sup>395</sup>, par le prix de ventes effectuées à perte ou au moyen d'emprunts ruineux contractés à des taux excessifs<sup>396</sup>, ou encore grâce à des avances anormales en compte courant<sup>397</sup> ne peut dissimuler l'état de cessation des paiements. On parle de cessation des paiements déguisée<sup>398</sup>.

## 2. Preuve de l'absence de cessation des paiements

**184.** La juridiction compétente ne peut ouvrir la procédure du règlement préventif que si elle constate que l'entreprise débitrice n'est pas en état de cessation des paiements. C'est normalement au débiteur qu'incombe la charge de la preuve. Il devra rapporter la preuve de la consistance de son actif disponible, l'état de ses dettes exigibles et montrer que l'actif disponible est encore suffisant pour faire face au passif exigible<sup>399</sup>. C'est ainsi qu'en droit français, certains tribunaux exigeaient du débiteur sollicitant l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, qu'il atteste dans sa requête qu'il ne se considère pas en état de cessation des

---

<sup>394</sup> Com. 20 janv. 1998, Rev. proc. coll. 1998, n° 88, p. 11: "l'existence d'une créance exigible de 7 000 000 F pour le paiement de laquelle une procédure de saisie avait été engagée sur l'ensemble du patrimoine de la société démontrait l'absence de trésorerie nécessaire à l'apurement de la dette et caractérisait l'état de cessation des paiements". V. aussi Com. 25 nov. 2008, n° 07-15727, Gaz. proc. coll. 24 avr. 2009, obs. C. LEBEL, p. 7, qui estime que la cessation des paiements est caractérisée lorsque la Cour d'appel relève l'existence d'une créance exigible et constate l'absence d'actif disponible du débiteur. V., en revanche, com. 20 mai 1997, RJDA 10/97, n° 1257, qui juge qu'une dégradation constante de la trésorerie et le manque de capitaux propres ne suffit pas pour ouvrir une procédure. Il en est de même de l'observation d'une perte d'exploitation et d'un non-paiement des salaires (Com. 9 janv. 1996, D. Aff. 1996, n° 9, p. 273). Ces deux dernières décisions en concluent que les dirigeants ne peuvent pas être poursuivis pour ne pas avoir déclaré la cessation des paiements.

<sup>395</sup> Civ. 2 mars 1932, D. 1933, I, p. 121, note BESSON

<sup>396</sup> Req. 3 nov. 1937, D. crit. 1941, 1, p. 13, note PIC ; Trib. com. Metz, 28 mai 1986, Rev. proc. coll. 1987, p. 27, n° 1, obs. P. DIDIER.

<sup>397</sup> Com. 13 juin 1989, D. 1990, somm. p. 69.

<sup>398</sup> SOINNE (B), *Traité des procédures collectives*, 2<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 418 et s. ; JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd. op. cit., p. 131 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 223.

<sup>399</sup> Com. 22 janv. 2008, RJDA 6/08, n° 686, p. 684 : la cessation des paiements doit être prouvée par celui qui demande l'ouverture du redressement judiciaire. Dès lors, celui qui demande le règlement préventif doit prouver l'absence de cessation des paiements.

paiements<sup>400</sup>. À cet égard, les documents comptables exigés, en droit OHADA, à l'appui de la requête en règlement préventif, peuvent donc être d'une grande utilité.

**185.** Ce qui ne dispense pas le tribunal de s'assurer de la véracité des prétentions du débiteur. Il doit, avant de statuer, s'informer sur la situation du débiteur, prendre connaissance des données comptables et financières, rechercher d'office si le débiteur est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible<sup>401</sup>. La recherche est nécessaire ; aussi est-il prévu la nomination d'un expert, afin de lui permettre d'avoir une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise, avant toute décision. Les décisions citées plus haut, à titre d'exemple, révèlent, en effet, que la demande d'ouverture d'un règlement préventif émane bien souvent de débiteurs qui sont déjà en état de cessation des paiements. La situation financière du débiteur en difficulté doit donc être examinée, soit pour constater qu'il n'est pas en cessation des paiements et peut, à ce titre, bénéficier d'un concordat préventif, soit qu'il est déjà en cessation des paiements et relève alors d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens.

**186.** En cas d'appel, c'est au jour où la cour statue que devrait être appréciée l'existence de la cessation des paiements, de sorte que si la société présente, à ce moment, un compte créditeur, elle n'est pas en cessation des paiements, car elle dispose d'un actif disponible lui permettant de faire face au passif exigible<sup>402</sup>. Elle pourrait donc éventuellement accéder au bénéfice du concordat préventif.

**187.** En droit français, la Cour de cassation veille à ce que les juridictions du fond rapportent une preuve précise de la cessation des paiements ou de son absence, en matière de sauvegarde, et estime qu'ils ne peuvent se limiter à des motifs généraux<sup>403</sup>. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, le débiteur peut démontrer qu'il n'est pas en cessation des paiements, en rapportant la preuve de réserves de crédit ou de moratoire dont il bénéficierait de la part de ses créanciers, lui permettant de faire face au passif exigible avec son actif disponible.

---

<sup>400</sup> TEBOUL (G), *La cessation des paiements, point de convergence des intérêts contraires ?* Gaz. Pal. 25 et 26 juin 2008, p. 25.

<sup>401</sup> Lamy, *Droit commercial*, éd. 2010, op. cit., n° 2944.

<sup>402</sup> Com. 13 nov. 2007, n° 06-18925, RJDA 5/08, n° 549, p. 546.

<sup>403</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 381

**188.** On peut donc observer que la notion de situation économique et financière difficile peut être source de difficultés, notamment lorsqu'elle est confrontée à celle d'absence de cessation des paiements qu'exige l'application des textes en matière de règlement préventif. Ce qui semble n'être que la conséquence de l'imprécision des termes de la loi quant à la situation du débiteur pouvant bénéficier du concordat préventif. En effet, outre l'absence de cessation des paiements, le débiteur doit connaître une situation économique et financière difficile, mais non irrémédiablement compromise.

## **§.2 - Une situation non-irrémédiablement compromise**

**189.** Seul le débiteur « *qui... connaît une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise* », peut prétendre au bénéfice du concordat préventif, dispose l'article 2-1, al. 1, AUPC. La formule « *non irrémédiablement compromise* » est assez imprécise et floue, et surtout pose problème, compte tenu du but visé par la procédure, qui, selon le législateur, est « *destinée à éviter la cessation des paiements* » du débiteur. La notion de situation non irrémédiablement compromise et celle d'absence de cessation des paiements semblent, en effet, incompatibles. Il convient donc de définir la première (A) et, ensuite, établir une frontière entre elle et la seconde (B).

### **A - La notion de situation non-irrémédiablement compromise**

**190.** La notion de situation irrémédiablement compromise vise l'entreprise qui n'est plus viable et n'a plus de chance d'être redressée<sup>404</sup>, à la différence de la cessation des paiements qui laisse ouverte la perspective d'un redressement. Un débiteur peut donc être en cessation des paiements sans pour autant être dans une situation *irrémédiablement compromise*. Or, pour être passible du règlement préventif, il faut à la fois être dans situation économique et financière non irrémédiablement compromise, mais également ne pas être déjà en cessation des paiements. Comment concilier la situation non irrémédiablement compromise avec celle d'absence de cessation des paiements ? C'est là que réside toute la difficulté et peut-être l'une des principales causes d'inefficacité du concordat préventif ; ce qui entraîne une certaine

---

<sup>404</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 252 et s. ; JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 201, p. 129 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 377, p. 219 ; v. aussi BONNEAU (TH), *Droit bancaire*, 7<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2007, n° 692, qui observe que le débiteur est en situation irrémédiablement compromise lorsqu'il est "voué à la liquidation judiciaire".

liberté d'appréciation du critère par le juge. On abordera ce dernier élément, après avoir précisé l'origine de la notion de situation irrémédiablement compromise.

### 1. L'origine et le sens de la notion

**191.** La notion de situation irrémédiablement compromise était d'origine jurisprudentielle, pour caractériser l'état de cessation des paiements. Le Code de commerce français de 1807 avait, en effet, choisi la notion de cessation des paiements comme condition d'ouverture de la procédure de « *faillite* », mais il énumérait différents faits constitutifs de celle-ci<sup>405</sup>. Pour éviter les difficultés d'interprétation soulevée par l'énonciation limitative, la loi du 28 mai 1838, suivie par les textes ultérieurs, a renoncé à une énumération, laissant ainsi subsister un cas général d'ouverture. C'est ainsi que pendant longtemps, les tribunaux prenant à la lettre l'expression utilisée par le législateur avaient adopté une conception purement matérielle retenant essentiellement comme critère l'arrêt du service de caisse. Il n'y avait pas cessation des paiements lorsque le débiteur payait ses dettes à l'échéance ; elle existait lorsque les paiements n'étaient plus régulièrement assurés.

**192.** La jurisprudence française exigeait alors que le débiteur se trouve dans une situation financière « *désespérée* », « *sans issue* », « *irrémédiablement et inéluctablement compromise* ». Tant qu'il n'existait rien qui soit de nature à compromettre la vie de l'entreprise ou à empêcher définitivement le débiteur d'honorer ses engagements, tant que les difficultés ne présentaient pas un caractère insurmontable et traduisaient seulement un embarras passager, il n'y avait pas cessation des paiements. La Cour de cassation commença ainsi à définir l'état de cessation des paiements à la fois par le caractère irrémédiablement compromis de la situation et l'impossibilité pour le débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, pour finalement se limiter à l'insuffisance d'actif par rapport au passif exigible<sup>406</sup>. Toutefois, la Chambre criminelle de la Cour de cassation n'avait pas suivi cette évolution. Elle en était restée à la conception antérieure et a continué à exiger que la situation financière soit « *irrémédiablement compromise et sans issue* » ou « *définitivement et inéluctablement compromise* »<sup>407</sup>.

---

<sup>405</sup> V. Lamy Droit commercial, éd. 2010, op. cit., n° 2920.

<sup>406</sup> Com. 14 févr. 1978, n° 76-13.718, Bull. civ. IV, n° 66, p. 53, D. 1978, IR, p. 443, obs. HONORAT A. ; Com. 2 juill. 1985, n° 84-12.360, Bull. civ. IV, n° 202, p. 168.

<sup>407</sup> Crim. 12 janv. 1981, n° 79-93.455, Bull. crim. n° 10, p. 31 ; RTD com. 1981, p. 598, obs. MERLE PH.



**193.** Ainsi, avant la loi du 25 janvier 1985, coexistaient deux notions de la cessation des paiements : celle des juridictions pénales et celle des juridictions commerciales. En outre, l'ordonnance de 1967 sur la suspension des poursuites, bien que n'étant applicable qu'à certaines catégories d'entreprises, visait « *les entreprises en situation financière difficile mais non irrémédiablement compromise* ». Il était, cependant, devenu évident pour tous que la condition de situation irrémédiablement compromise caractérisait la cessation des paiements, aussi a-t-elle été abandonnée à partir de la loi de 1985.

**194.** Elle fut néanmoins consacrée par la loi bancaire n° 84-46 du 24 janvier 1984, qui autorise le banquier à mettre fin à ses concours de façon immédiate, sans être tenu par un délai de préavis minimal<sup>408</sup>. Cette notion correspond, selon un auteur, à la situation d'une entreprise dont la continuité d'exploitation n'est plus assurée dans un avenir prévisible, dans des conditions normales de fonctionnement<sup>409</sup>. Elle ne doit pas être confondue avec la situation des particuliers en état de surendettement pour lesquels le législateur a utilisé les mêmes termes pour qualifier « *l'impossibilité manifeste de mettre en œuvre les mesures de traitement préconisées par la commission de surendettement* »<sup>410</sup>.

**195.** La situation irrémédiablement compromise est, par hypothèse, variable d'une entreprise à l'autre ; aussi est-elle soumise à l'appréciation des juges du fond<sup>411</sup>, qui doivent la caractériser. Ainsi que l'indique clairement la Cour de cassation, « *la situation irrémédiablement compromise d'une société ne se confond pas avec la cessation des paiements* »<sup>412</sup>. Le tribunal ne peut donc déduire de l'absence d'une situation irrémédiablement compromise que l'entreprise n'était pas en cessation des paiements, les deux notions étant distinctes<sup>413</sup>. Or, c'est exactement l'application inverse que le juge OHADA fait des règles en matière de règlement préventif.

**196.** On a ainsi constaté que dans la plupart des affaires, le juge africain va systématiquement au-delà du critère de la cessation des paiements et cherche à déterminer si la situation du débiteur est ou non *irrémédiablement compromise*. C'est notamment le cas de l'affaire société STA

<sup>408</sup> C. mon. fin., art. L. 313-12, al. 1<sup>er</sup> ; Com. 11 mai 1999, n° 96-16.088, Bull. civ. IV, n° 95.

<sup>409</sup> BUTHURIEUX (A), *Responsabilité du banquier : entreprises en difficulté, crédit fautif, expertise*, Litec, 1999.

<sup>410</sup> Art. L. 330-1, al. 3, C. conso.

<sup>411</sup> Com. 1<sup>er</sup> févr. 1994, n° 91-19.430, Bull. civ. IV, n° 39, JCP E 1995, I, n° 465, obs. STOUFFLET J. et GAVALDA CH. ; RJDA 1994, n° 683.

<sup>412</sup> Com. 23 oct. 2001, n° 97-14.439

<sup>413</sup> Com. 31 mars 2004, n° 02-16.437, Bull. civ. IV, n° 64, RJDA 2004, n° 1347 ; Rev. banc. et fin. 2004, p. 323.

Mali<sup>414</sup> ou le débiteur, après avoir expressément avoué qu'elle ne disposait plus d'une trésorerie suffisante lui permettant de faire face aux échéances de paiement de ses principaux créanciers (ce qui est constitutif de l'état de cessation des paiements), a néanmoins bénéficié de l'ouverture de la procédure du règlement préventif, parce que le juge a estimé que sa situation, « *quoique difficile* », n'était « *pas irrémédiablement compromise* ». Ce qui correspond à l'interprétation que faisait la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui exigeait, pour caractériser l'état de cessation des paiements, une situation irrémédiablement compromise du débiteur<sup>415</sup>. Cette exigence a été supprimée par la loi du 25 janvier 1985, en raison de ce qu'elle entraînait dans la plupart des cas une ouverture tardive de la procédure de redressement<sup>416</sup>.

## 2. La pratique judiciaire

197. L'exigence d'une « *situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise* » comme critère d'ouverture de la procédure, laisse, il faut le reconnaître, une possibilité de pratiques judiciaires variables d'un tribunal à l'autre, et la recherche d'un effet d'aubaine par des débiteurs peu scrupuleux<sup>417</sup>. Des exemples, en la matière, il en existe<sup>418</sup>, mais de façon générale, le juge se montre, à des degrés divers, vigilant pour prononcer, soit le règlement préventif, soit la liquidation des biens, selon que la situation du débiteur est ou non irrémédiablement compromise<sup>419</sup>, même si elle est constitutive d'un état de cessation des paiements. C'est ainsi qu'un tribunal, après avoir constaté « que la trésorerie du débiteur est au plus bas », a néanmoins décidé qu'il y a lieu de lui accorder le bénéfice de la suspension provisoire des poursuites, en vue d'un règlement préventif, au motif que le débiteur « détient un portefeuille de marchés très important susceptibles d'assurer son fonctionnement normal et

<sup>414</sup> Cité par FENEON (A), *Le règlement préventif : analyse critique*, Penant, n° 870, précité.

<sup>415</sup> Crim. 20 nov. 1978, D. 1979, 525, note DERRIDA ; Crim. 12 janv. 1981, D. 1981, 348, rapp. COSSON ; Rev. Soc. 1981, 612, note BOULOC ; JCP 81 éd. G, II, 19660, note GUYON. V. aussi l'ord. de 1967 sur la suspension des poursuites, qui visait "*les entreprises en situation financière difficile mais non irrémédiablement compromise*".

<sup>416</sup> SOINNE (B), *Traité des procédures collectives*, 2<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 404 et s.

<sup>417</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd. op. cit. n° 213

<sup>418</sup> TGI, Ouagadougou, Jugement n° 100 bis du 24 janvier 2001, Ets. KORG0, Ohadata J-04-182 : Prononcé de la liquidation des biens d'un débiteur qui ne propose pas un concordat sérieux et ne présente pas de réelles perspectives de redressement : "*Attendu en effet que la proposition de concordat, pour être sérieux et gagner la conviction du tribunal ne doit pas consister en des perspectives bien évaluées mais plutôt en des mesures concrètes et des propositions réelles tout aussi bien quant au personnel qu'aux ressources et à des remises des créanciers et délais obtenus en vue de redémarrer l'activité et apurer collectivement le passif.*"

<sup>419</sup> TGI Ouagadougou, 24 juill. 2002, Ohadata J-04-44, admettant en règlement préventif une société, après avoir constaté que "*la demanderesse n'est pas actuellement en état de cessation de paiement*"; TRHC Dakar, Jugement n° 1538 du 8 août 2000, Société NBA, Ohadata J-04-342 : liquidation des biens d'une société bénéficiant du règlement préventif, parce que la continuité de son exploitation est irrémédiablement compromise.

de générer dans un futur de trois années, des bénéfiques conséquents ». Pour conforter sa position, le juge ajoute que « les employés de la société, tous possédant des qualifications spécifiques, seront parmi les premiers bénéficiaires de la continuation de la société. »<sup>420</sup>

**198.** C'est également le cas d'un juge qui a pu homologuer l'offre de concordat préventif proposée par une entreprise, manifestement en état de cessation des paiements, aux motifs que « sa situation quoique difficile, n'est pas pour autant irrémédiablement compromise ... eu égard aux perspectives qui s'offrent à elle », et ce, après avoir expressément reconnu que la débitrice « ne semble pas en mesure de faire face à son passif et (devrait) donc voir ouvrir à son encontre la procédure de liquidation prévue par les articles 25 et suivant de l'acte uniforme... »<sup>421</sup>.

**199.** Ainsi, bien que les termes de la loi excluent en théorie toute similitude avec le droit américain, la pratique judiciaire tend, cependant à rapprocher, dans une certaine mesure, la procédure du concordat préventif de celle du *chapitre 11* initiée par le débiteur, en ce que dans l'un comme dans l'autre système, le juge se livre à une appréciation concrète des difficultés rencontrées par le débiteur et de leurs conséquences à terme sur la survie de l'exploitation, ainsi qu'à un examen de la sincérité du requérant. C'est ainsi qu'une Cour d'appel a annulé l'ordonnance de suspension des poursuites individuelles dont bénéficiait une société, dans le cadre d'une procédure de règlement préventif, après avoir constaté que plus de dix mois après l'obtention de ladite ordonnance la société n'établit ni ne déclare même pas avoir déposé une quelconque offre de concordat préventif et n'a, en outre, accompli aucune des diligences et formalité prévues à sa charge par l'Acte uniforme<sup>422</sup>. On peut ajouter à cette décision, celle du TGI de Ouagadougou qui a prononcé la liquidation des biens d'une entreprise qui, tout en sollicitant le bénéfice d'un règlement préventif, ne propose pas un concordat sérieux et ne présente pas de réelles perspectives de redressement<sup>423</sup>.

**200.** Pareillement, pour éviter que les débiteurs abusent de la possibilité qui leur est offerte de se placer sous la protection de la justice avant même l'apparition des difficultés, le juge américain exerce un contrôle de la bonne foi du demandeur, sans pour autant exiger

---

<sup>420</sup> Trib. com. Bamako, ord. n° 135/08 du 6 mars 2008, SIPAL SUARL. Ohadata J-08-49.

<sup>421</sup> TRHC Dakar, jug. com. n°6 du 9 JANVIER 2004, IPRES c/ EURAFRICAINNE D'INDUSTRIES, Ohadata J-04-259.

<sup>422</sup> CA, Abidjan, arrêt n° 383 du 1<sup>er</sup> avril 2005, D.L.H. NORDISK c/ HAIDAR BOIS EXOTIQUE, Ohadata J-07-35.

<sup>423</sup> TGI, Ouagadougou, Jugement n° 100 bis du 24 janvier 2001, Ets. KORGO, Ohadata J-04-182.

l'existence d'une quelconque difficulté financière. C'est ainsi que les tribunaux exigent généralement que le requérant soit réellement un débiteur, c'est-à-dire, qu'il ait des dettes impayées<sup>424</sup>.

**201.** Cette liberté d'appréciation dont fait preuve le juge dans l'application des textes relatifs au règlement préventif est principalement due au caractère imprécis desdits textes, surtout que le législateur semble confondre l'absence de cessation des paiements avec la situation non irrémédiablement compromise. Or, ainsi que l'a relevé la Cour de cassation, ces deux situations sont distinctes<sup>425</sup> ; et elles semblent aussi incompatibles dans un dispositif de prévention des difficultés des entreprises.

## **B - L'incompatibilité entre situation non-irrémédiablement compromise et absence de cessation des paiements**

**202.** Cette incompatibilité paraît n'être que de principe (1), eu égard à la double finalité que la loi semble assigner au concordat préventif (2).

### **1. Situation non-irrémédiablement compromise et absence de cessation des paiements : Une incompatibilité de principe**

**203.** À s'en tenir à la lettre de l'article 2-1, al. 1, AUPC, la condition pour être admis au bénéfice du concordat préventif est, d'une part, que le débiteur éprouve des difficultés de nature économique et financière, d'autre part, que ces difficultés ne soient pas irrémédiables, que sa situation économique et financière ne soit pas définitivement compromise. Or, ainsi qu'il a été dit plus haut, la situation irrémédiablement compromise, s'analyse en une situation désespérée, sans issue, caractérisée par l'absence de tout espoir de survie pour le débiteur condamné à accumuler les pertes<sup>426</sup>. D'où l'idée que le débiteur est en situation irrémédiablement compromise lorsqu'il est « voué à la liquidation judiciaire »<sup>427</sup>, alors que la

---

<sup>424</sup> Affaire *Setzer* (Bankr. E.D.N.-Y. 1985); Affaire *Cooper Properties Liquidating Trust, Inc.*, 61 B.R. 531 (Bankr. W.D. Tenn. 1986). V. pour l'ensemble de ces décisions, STANKIEWICZ MURPHY (S), *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté*, thèse, Strasbourg, 2011, op. cit. p. 25.

<sup>425</sup> Com. 23 oct. 2001, n° 97-14.439.

<sup>426</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, ... 8<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 169.

<sup>427</sup> BONNEAU (Th.), *Droit bancaire*, Montchrestien, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 692 ; CREDOT (F.-J.), *Les notions de situation irrémédiablement compromise et de cessation des paiements ou la comparaison des articles 60 de la loi bancaire et 3 de la loi du 25 janvier 1985*, Les Petites Affiches, 4 juill. 1986, n° 80, p. 22.

cessation des paiements ne révèle qu'un problème aigu de trésorerie qui n'interdit pas le redressement de la situation<sup>428</sup>.

**204.** Concrètement, cela veut dire que lorsque le droit OHADA vise le débiteur dont la situation économique et financière n'est pas irrémédiablement compromise, il peut s'agir aussi bien du débiteur qui n'est pas encore en cessation des paiements, que du débiteur qui est déjà en cessation des paiements. Tout dépendrait alors de la gravité de cet état de cessation des paiements. Une cessation des paiements de plusieurs mois, rendant « *manifestement impossible* »<sup>429</sup> le redressement du débiteur, correspond à la situation irrémédiablement compromise, ce qui justifierait la liquidation judiciaire ou la liquidation des biens. Par contre, lorsque la cessation des paiements est récente, le débiteur mériterait que l'on lui accorde une seconde chance de résoudre à l'amiable ses difficultés<sup>430</sup>. Cette solution, admise en droit français, d'abord en matière agricole<sup>431</sup>, fut ensuite consacrée par la Cour de cassation en 2002<sup>432</sup>, puis entérinée par le législateur à l'occasion de la loi du 26 juillet 2005, dans la procédure de conciliation<sup>433</sup>.

**205.** Il en est de même en droit belge où la loi relative à la continuité des entreprises, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2009, a institué une procédure dite de réorganisation judiciaire, dont le but est de « *préserver, sous le contrôle du juge, la continuité de tout ou partie de l'entreprise en difficulté ou de ses activités* »<sup>434</sup>. Est éligible à cette procédure, toute entreprise dont la continuité est « *menacée, à bref délai ou à terme* », déclare l'article 23 de la loi, qui précise, en outre, que « *lorsque le débiteur est une personne morale, la continuité de son entreprise est en tout cas présumée menacée si les pertes ont réduit l'actif net à moins de la moitié du*

---

<sup>428</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, ... 8<sup>ème</sup> éd. op. cit., p. 141.

<sup>429</sup> Art. L. 640-1, C. com.

<sup>430</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, ... 8<sup>ème</sup> éd. op. cit., p. 52.

<sup>431</sup> L'art. L. 351-1, C. rur. : "*Il est institué une procédure de règlement amiable destinée à prévenir et à régler les difficultés financières des exploitations agricoles dès qu'elles sont prévisibles ou dès leur apparition, notamment par la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers*". Ce texte n'exige donc pas l'absence de cessation des paiements.

<sup>432</sup> En l'espèce, la Cour a décidé qu'il devait être tenu compte des reports d'échéance consentis par les créanciers dans l'accord amiable pour apprécier, *a posteriori*, la cessation des paiements : Com. 14 mai 2002, n° 98-22446, B. 87, JCP E 2002, 1380, n° 2, obs. PÉTEL ; D. 2002, 1837, obs. LIENHARD ; D. 2003, 615, note MARTINEAU-BOURGNINAUD ; RTD com. 2002, 532, obs. MARCORIG-VENIER ; JCP E 2003, 108, note VINCKEL.

<sup>433</sup> Art. L. 611-4, C. com. qui pose comme condition que le débiteur éprouve "*une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible*", et qu'il ne se trouve "*pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours*."

<sup>434</sup> Art. 16, Loi relative à la continuité des entreprises.

*capital social.* » Le texte ajoute, enfin que « *l'état de faillite du débiteur ne fait pas obstacle en soi à l'ouverture ou à la poursuite de la procédure de réorganisation.* »<sup>435</sup>

- 206.** C'est également l'exemple du système américain où aucune condition financière n'est exigée. La qualité de débiteur est la seule condition requise pour une mise en faillite volontaire sous le *chapitre 11*. La loi ne subordonne pas l'introduction d'une requête en faillite à l'existence de difficultés financières ou économiques. Il faut seulement que l'entreprise ait des dettes, à l'égard d'un ou plusieurs créanciers. La seule prise en compte de la qualité de débiteur explique que les tribunaux considèrent comme recevables des demandes émanant d'entreprises financièrement saines<sup>436</sup>. Ce qui a pour conséquent une constante augmentation du nombre de procédures de réorganisation sous le *chapitre 11*<sup>437</sup>.
- 207.** Il a, en effet, été observé qu'entre la cessation des paiements et la non-cessation des paiements, il y a rarement une frontière tranchée, mais plutôt une zone dangereuse<sup>438</sup>, de sorte que l'unique préoccupation du législateur devrait être une solution réaliste et cohérente avec la finalité de la procédure. Ainsi, dans le cadre d'une procédure telle que le règlement préventif, l'important devrait être l'absence de la cessation des paiements à l'issue de la procédure, non pas nécessairement à l'ouverture de celle-ci ; et un concordat préventif sérieux conclu avec l'ensemble des créanciers ou les principaux d'entre eux devrait permettre d'atteindre ce but.
- 208.** Aussi, la question : le législateur OHADA a-t-il réellement entendu exclure de la procédure du concordat préventif le débiteur en cessation des paiements, au même titre que le débiteur dont la situation financière et économique est irrémédiablement compromise ou *uniquement ce dernier* ? Une analyse objective des finalités poursuivies par la procédure militerait en faveur de cette seconde hypothèse.

---

<sup>435</sup> V. sur cette loi, ALEXANDRE-CASELLI (C) et OUTIN-ADAM (A), sous la direction de GERMAIN (M), *Zoom sur les droits belge et français de l'insolvabilité : convergences et divergences*, La Lettre de l'OCED, n° 9, juill. 2010 ; CEULEMANS, *La loi relative à la continuité des entreprises*, Pacioli n° 274, 27-10 mai 2009 ; STOLLE (Luc), *Nouvelle loi sur la continuité des entreprises (1<sup>er</sup> partie)*, Meritius, février 2009 ; MULLIEZ (Ph.), De MAREZ (D.) et De LEENHEER (I), *La nouvelle loi relative à la continuité des entreprises : aspects juridiques et fiscaux*, Accountancy & Tax 2009/2 ; ZENNER (A), *Du concordat judiciaire à la continuité des entreprises*, Comm. Projet L. relatif à la continuité des entreprises, Freshfields Bruckhaus Deringer, janvier 2007.

<sup>436</sup> Sénat Fr., *Etude de législations comparées*, n° 135, juin 2004 op. cit., p. 8.

<sup>437</sup> En 2004, sur 34 817 procédures de faillite ouvertes aux Etats-Unis, 10 368 étaient des procédures de réorganisation. V. HAZARD (J), *Les procédures d'insolvabilité aux Etats-Unis*, Les Petites Affiches, 16 juin 2005, 17.

<sup>438</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, ... 8<sup>ème</sup> éd. n° 169 op. cit.

## **2. Situation non-irréremdiablement compromise et absence de cessation des paiements : deux réalités bien distinctes**

**209.** L'article 2-1, AUPC, qui précise le but assigné à la procédure, dispose que « *le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif.* » La formule « destinée à éviter la cessation des paiements *ou* la cessation d'activité de l'entreprise » montre bien que la finalité de la procédure est, à la fois double et alternative. Il s'agit, soit d'éviter la cessation des paiements, lorsque cela est encore possible, ce qui correspond à l'hypothèse où le débiteur qui demande le bénéfice de la procédure n'était pas déjà en cessation des paiements au moment où le juge statue sur sa demande; soit d'éviter la cessation d'activité, lorsque la situation économique et financière du débiteur n'est pas irréremdiablement compromise, quoiqu'il soit déjà en cessation des paiements au moment où le juge statue. Car, en effet, la cessation des paiements et la cessation d'activité ne correspondent pas à la même réalité. Éviter la cessation d'activité équivaut à permettre la poursuite de l'activité, en sauvegardant l'entreprise, partiellement ou en totalité. Et cet objectif n'est, en principe, recherché que dans le cadre du redressement judiciaire.

**210.** La loi française n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises était « *destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif* ». Et comme l'a relevé un auteur<sup>439</sup>, cette loi visait en fait deux finalités hiérarchisées : la sauvegarde de l'entreprise, finalité numéro un, qui passe par celle du maintien de l'activité et de l'emploi, ce qui correspond à la finalité du règlement préventif consistant à éviter « *la cessation d'activité* » de l'entreprise ; l'apurement du passif est la seconde finalité, reléguée au second plan. Cette procédure s'ouvre par une période d'observation qui aboutit, dans le meilleur des cas, à un plan de redressement organisant la continuation ou la cession de l'entreprise ou bien, si le redressement paraît impossible (ce qui est un cas d'échec de la procédure), à la liquidation judiciaire. Cette finalité est également reprise par l'article 2-2, AUPC, applicable en matière de redressement judiciaire, qui « *est une procédure destinée à la sauvegarde de l'entreprise et à l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement* ».

---

<sup>439</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, ... 8<sup>ème</sup> éd. op. cit. n° 12.

**211.** Il semble donc que le droit OHADA met en place deux procédures différentes qui poursuivraient en fait des finalités presque identiques. La différence entre les deux résiderait en ce que l'une, en l'occurrence le règlement préventif, pourrait s'ouvrir, soit avant ou après la cessation des paiements, et qu'en cela, le concordat préventif poursuivrait en réalité deux finalités bien distinctes, en fonction du degré de gravité des difficultés auxquelles est confronté le débiteur. Il est destiné à éviter la cessation des paiements, au cas où le débiteur est encore *in bonis*, ou bien, si le débiteur est déjà en état de cessation des paiements, à éviter la cessation de son activité, si sa situation économique et financière n'est pas irrémédiablement compromise. Et dans le cas où aucune des deux tentatives n'est possible, ce qui correspond à la situation irrémédiablement compromise, il n'y aurait aucune autre issue que de soumettre le débiteur à une procédure de liquidation des biens.

**212.** Dès lors, doit être relativisé l'emploi de l'impératif à l'article 15-1, AUPC, ordonnant à la juridiction compétente de prononcer d'office, et à tout moment de la procédure, le redressement judiciaire ou la liquidation des biens, si elle constate la cessation des paiements. Car il s'agit d'une constatation relevant de l'appréciation souveraine du juge compétent<sup>440</sup>, même si le texte ne le précise pas expressément. C'est en tout cas le constat qui se dégage dans la plupart des décisions de justice en matière de règlement préventif où le juge se livre à une appréciation de la situation du requérant, pour décider de l'ouverture de la procédure et, éventuellement de sa conversion en redressement ou liquidation, selon que la situation de celui-ci est ou non irrémédiablement compromise.

**213. Synthèse de la section 1.** En définitive, contrairement au système américain qui autorise et encourage le débiteur à recourir le plus tôt possible à la justice, avant même la constatation des difficultés et parfois même en présence de résultats bénéficiaires<sup>441</sup>, le dispositif du droit OHADA, destiné à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité du débiteur, ne

---

<sup>440</sup> V. cependant, ROUSSEL-GALLE (Ph.), *OHADA et difficultés des entreprises, Etude critique, op. cit. p. 15*, qui considère qu'il s'agit d'une obligation pour le juge qui ne dispose d'aucune faculté d'appréciation.

<sup>441</sup> Exemple, l'affaire *Manville Corporation (MacArthur Co. vs. Johns-Manville Corp.)*, 837 F. 2d 89, 2d Cir. 1988). En l'espèce, la société *Manville*, spécialisée dans la production d'amiante, et dont le revenu annuel s'élevait à plus de deux milliards de dollars, fit l'objet de nombreuses plaintes de la part de personnes victimes des émanations nocives dues à l'amiante. Face à la multiplication des poursuites en réparation dont elle fait l'objet, la société décida de se placer sous la protection du *Chapitre 11*, et ce, en dépit des bons résultats financiers. La Cour fédérale de New York accueillit favorable la requête et décida de l'ouverture d'une procédure de réorganisation au motif que la situation financière de *Manville* reflétant de réelles difficultés excluant toute mauvaise foi de sa part, l'entreprise ne pouvait attendre que son image économique soit détériorée avant de déposer une requête. V. STANKIEWICZ MURPHY (S), thèse, op. cit., p. 25.



peut être mis en branle que lorsque la situation économique et financière de celui-ci, bien que difficile, n'est pas irrémédiablement compromise. Toute la question est dès lors de savoir ce qu'il faut entendre par situation difficile non-irrémédiablement compromise, faute d'une précision ou d'une indication claire de la part du législateur. Et c'est notamment ce qui retarde l'ouverture de la procédure, de sorte que la plupart des tentatives de sauvetage aboutissent à la liquidation pure et simple de l'exploitation commerciale. Il importe donc de revoir le critère de soumission à la procédure du règlement préventif, afin de le rendre plus clair et plus simple, ce qui garantirait davantage l'efficacité du concordat préventif en tant qu'instrument de sauvegarde des entreprises en difficulté.

## SECTION 2

### UNE SITUATION DIFFICILE À PROUVER

- 214.** Le débiteur qui sollicite le bénéfice du concordat devra rapporter la preuve de la consistance de son actif disponible, l'état de ses dettes exigibles et montrer que l'actif disponible est encore suffisant pour faire face à ses dettes<sup>442</sup>. Toutefois, le concordat préventif étant destiné à éviter la cessation des paiements et n'étant accessible qu'au débiteur dont la situation économique et financière n'est pas irrémédiablement compromise, il appartient au président de la juridiction compétente saisi de s'assurer de la véracité des prétentions du débiteur<sup>443</sup>.
- 215.** À cet effet, il est exigé du débiteur de joindre à sa requête en règlement préventif un certain nombre de pièces et documents. Mais, du fait du grand nombre et de la grande diversité de ces documents, cette exigence peut constituer un obstacle de taille à l'accès à la procédure préventive notamment pour certaines catégories d'entreprises, quoiqu'elle puisse paraître justifiable pour la majorité des débiteurs. En outre, pour aider le président de la juridiction saisie dans son appréciation de la situation du débiteur, la loi prévoit la nomination d'un expert chargé de faire un rapport sur la situation économique et financière du requérant. Il se révèle, cependant, que dans la pratique, la plupart des experts nommés ne se montrent pas à la hauteur de leur mission, notamment en ce qui concerne le respect du délai qui leur est imparti pour soumettre leur rapport. Il arrive par conséquent que la situation du débiteur dégénère

---

<sup>442</sup> Com. 22 janv. 2008, RJDA 6/08, n° 686, p. 684 : la cessation des paiements doit être prouvée par celui qui demande l'ouverture du redressement judiciaire. Corrélativement, celui qui demande la sauvegarde doit prouver l'absence de cessation des paiements.

<sup>443</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 381.

totalemment avant que le juge ait pu apprécier l'opportunité de lui accorder ou non le bénéfice du concordat préventif.

- 216.** La situation du débiteur justiciable de la procédure est donc difficile à prouver, d'une part, du fait de la trop grande diversité des documents devant accompagner sa requête (§.1), d'autre part, du fait de l'inefficacité de l'expert dans sa mission (§.2).

### **§.1 - Une trop grande diversité des documents exigés**

- 217.** Les pièces et documents exigés à l'appui de la requête en règlement préventif sont variés et de nature diverse : certains sont de nature essentiellement ou exclusivement comptable, alors que d'autres sont de nature commerciale, économique ou financière ; ce qui rend leur confection ou leur réunion relativement difficile (A). Toutefois, parmi les documents exigés certains, en l'occurrence les pièces comptables, semblent pertinents pour l'analyse de la situation du débiteur ; il serait donc souhaitable que l'exigence ne se limite qu'à eux seuls (B).

#### **A - Des documents relativement difficiles à fournir**

- 218.** Les pièces et documents devant accompagner la demande en règlement préventif sont au nombre de dix, et sont énumérés à l'article 6, AUPC. Il s'agit des mêmes pièces exigées par l'article 26 pour la déclaration de cessation des paiements aux fins d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. Il s'agit d'un extrait d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, des états financiers de synthèse comprenant, notamment, le bilan, le compte de résultat, un tableau financier des ressources et des emplois ; d'un état de la trésorerie, de l'état chiffré des créances et des dettes avec indication du nom et du domicile des créanciers et des débiteurs, de l'état détaillé, actif et passif, des sûretés personnelles et réelles données ou reçues par l'entreprise et ses dirigeants. Sont également exigés, l'inventaire des biens du débiteur avec indication des biens mobiliers soumis à revendication par leurs propriétaires et de ceux affectés d'une clause de réserve de propriété, le nombre des travailleurs et le montant des salaires et des charges salariales, le montant du chiffre d'affaires et des bénéfices imposés des trois dernières années, le nom et l'adresse des représentants du personnel, de même que, dans le cas où le débiteur est

une personne morale, la liste des membres solidairement responsables des dettes de celle-ci, avec indication de leurs noms et domiciles ainsi que les noms et adresses de ses dirigeants.

**219.** Le texte ajoute, en outre, que tous ces documents doivent être datés, signés et certifiés conformes et sincères par le requérant. Cette formalité est à mettre en relation avec les infractions prévues et réprimées par la loi aux articles 227 et s. AUPC, consistant à présenter de faux documents, à dissimuler des biens ou à se reconnaître débiteur de sommes non dues. Le fait de certifier sincères les documents, engage l'auteur<sup>444</sup> de la requête en règlement préventif. Ainsi qu'on peut le constater les documents exigés sont réellement nombreux et d'une grande variété. On peut dès lors s'interroger sur la pertinence de leur exigence.

**220.** S'agissant notamment des états financiers de synthèse, l'élément le plus important est sans doute le compte de résultat prévisionnel, quoique le législateur ait seulement fait état du compte de résultat, celui-ci étant déjà compris dans le bilan. Le compte de résultat prévisionnel peut, en effet, être très utile pour montrer les perspectives de poursuite de l'activité<sup>445</sup> pendant la formation et l'exécution du concordat. Il doit en principe être établi à la date de la demande<sup>446</sup>, ce que ne précise pas l'Acte uniforme. Le législateur OHADA ne précise pas non plus la date à laquelle doit remonter la situation de trésorerie. On peut avancer qu'une situation de trésorerie trop ancienne ne peut permettre d'avoir une image réelle de l'état des difficultés du débiteur, difficultés qui doivent être appréciées le jour où la juridiction statue. En France, la législation d'avant 2005 visait une situation de trésorerie datant de moins de trois mois. Cette exigence, reprise par l'avant-projet de réforme, a été abandonnée par la loi de sauvegarde qui retient, dans sa rédaction d'origine, une situation de trésorerie établie à la date de la demande<sup>447</sup>. Mais, depuis le Décret du 12 février 2009, la situation de trésorerie doit être établie à la date de la demande ou dans les sept jours qui précèdent<sup>448</sup>.

**221.** L'état chiffré des créances et des dettes est, quant à lui, destiné à fournir au tribunal une appréciation globale du passif et à permettre sa vérification ultérieure. Les formulaires habituellement utilisés séparent nettement les créanciers chirographaires des créanciers

---

<sup>444</sup> Lamy, *Droit Commercial*, fasc. 2573, p. 1202, op. cit.

<sup>445</sup> Lamy, *Droit Commercial*, éd. 2003, op cit., fasc. 2573, p. 1202.

<sup>446</sup> LE CORRE (P.-M.), *Droit et Pratique des Procédures Collectives*, 5<sup>ème</sup> éd., Dalloz-Action, n° 231-12, p. 353.

<sup>447</sup> D. n° 2006-1709, 23 déc. 2006, art. 44.

<sup>448</sup> D. n° 2009-160, 12 fév. 2009, art. 15.

privilégiés et comportent pour les sommes dues, une colonne « *échue* » et une colonne « *à échoir* »<sup>449</sup>, puisque le jugement d'ouverture ne rend pas exigibles les dettes non échues. Cette distinction est moins utile, si la liquidation des biens est demandée, les dettes étant alors toutes rendues exigibles. Elle conserve néanmoins son intérêt, pour l'appréciation du « *passif exigible* » requis pour caractériser la cessation des paiements<sup>450</sup>. En droit français, le Décret du 23 décembre 2006 pris pour l'application de la loi du 26 juillet 2005, précise en son article 44-2° que l'état chiffré des créances et des dettes doit indiquer par créancier ou débiteur, le montant total des sommes à payer et à recouvrer au cours d'une période de trente jours à compter de la demande. Ce qui correspond exactement au délai-limite accordé au débiteur pour déposer une offre de concordat. L'intérêt d'une telle précision dans le cadre du règlement préventif serait donc de permettre au juge de circonscrire les dettes dont l'exigibilité pourrait compromettre à brève échéance l'opération de sauvetage.

**222.** En outre, l'apport du décret français du 23 décembre 2006 permet d'affiner la situation et d'apprécier plus exactement si le débiteur n'est pas déjà en cessation des paiements ou s'il ne le sera pas dans un bref délai<sup>451</sup>.

**223.** L'état chiffré doit être établi à la date de la demande<sup>452</sup>, et il est recommandé, afin de faciliter l'utilisation de ce document, d'inscrire les créanciers par ordre alphabétique<sup>453</sup>.

**224.** S'agissant de l'exigence de l'inventaire des biens du débiteur avec indication des biens mobiliers soumis à revendication par leurs propriétaires et de ceux affectés d'une clause de réserve de propriété, non seulement, elle permet d'apprécier la consistance et la valeur de l'actif, mais elle est aussi indispensable pour l'appréciation des solutions. L'inventaire doit être établi à la date de la demande, tout comme le montant du chiffre d'affaires et des bénéfices imposés des trois dernières années, qui doit aussi être établi à la date de la demande.

**225.** Au nombre des documents à fournir par le requérant en règlement préventif figure également un extrait d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier. Ce qui impliquerait *de facto* que le commerçant de fait, ou le dirigeant d'une société de fait, ne peut

---

<sup>449</sup> Lamy, *Droit Commercial*, éd. 2003, fasc. 2573, p. 1202, op. cit.

<sup>450</sup> Lamy, *Droit Commercial*, éd. 2003, fasc. 2573, p. 1202, op. cit.

<sup>451</sup> LE CORRE (P.-M.), *Droit et Pratique des Procédures Collectives*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., p. 315, op cit.

<sup>452</sup> Ou, en droit français, dans les sept jours qui précèdent, selon le Décret du 12 février 2009.

<sup>453</sup> Lamy, *Droit Commercial*, fasc. 2573, p. 1202, op. cit. , LE CORRE (P.-M.) op. cit.

solliciter l'ouverture du règlement préventif. Il en irait de même de la société en participation. L'Acte uniforme de l'OHADA fait, en effet, obligation aux commerçants, personne physique ou morale de se faire immatriculer<sup>454</sup>, dès le premier mois de son exercice pour le commerçant personne physique<sup>455</sup>, et dans le mois de leur constitution pour les personnes morales<sup>456</sup>. Il en est ainsi des sociétés commerciales, des sociétés civiles par leur forme et commerciales par leur objet, des groupements d'intérêt économique, des établissements publics ayant une activité économique<sup>457</sup> et bénéficiant de l'autonomie juridique et financière, des succursales au sens de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, ainsi que de tous les groupements dotés de la personnalité juridique que la loi soumet à l'immatriculation audit registre<sup>458</sup>.

**226.** Ainsi, des renseignements complets pourront être obtenus en consultant le RCCM<sup>459</sup>, puisque les commerçants, personne physique ou morale, sont tenus de joindre à leur demande d'immatriculation un dossier relatif à l'identification de l'entreprise (dénomination social, siège social, etc.) et concernant les principaux dirigeants (nom, prénom, qualité, etc.). Pour une société, par exemple, les fondateurs doivent déposer une copie certifiée conforme des statuts ou de l'acte fondateur, la déclaration de régularité et de conformité ou la déclaration notariée de souscription et de versement, la liste certifiée conforme des gérants, administrateurs, dirigeants ou associés tenus indéfiniment et personnellement responsables ou ayant le pouvoir d'engager la société ou la personne morale<sup>460</sup>. De même, lorsque des modifications statutaires interviennent, les dirigeants de la société doivent déposer au greffe une copie certifiée des actes relatifs à la modification<sup>461</sup>. En droit français, la loi a rendu

---

<sup>454</sup> V. notamment, SANTOS (A) et TOE (J. Y.), *Droit commercial général*, Coll. dr. unif. afric., éd. Bruylant, 2002.

<sup>455</sup> Article 44, AUDCG : "Toute personne physique dont l'immatriculation est requise par la loi doit, dans le premier mois de l'exercice de son activité, demander au greffe de la juridiction compétente ou à l'organe compétent dans l'Etat Partie, dans le ressort de laquelle son activité se déroule, son immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier."

<sup>456</sup> Article 46, AUDCG : "Les personnes morales soumises par des dispositions légales à l'immatriculation doivent demander leur immatriculation dans le mois de leur constitution, auprès du greffe de la juridiction compétente ou de l'organe compétent dans l'Etat Partie dans le ressort duquel est situé leur siège social ou leur principal établissement."

<sup>457</sup> Article 35, AUDCG

<sup>458</sup> Article 97, AUSC : "À l'exception de la société en participation, toute société doit être immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier."

<sup>459</sup> V. notamment, SANTOS (A), *L'immatriculation au nouveau registre du commerce et du crédit mobilier*, Rev. tog. dr. aff. arb., mars 2000, p. 2; DELABRIERE (A), *Le registre du commerce et du crédit mobilier, instrument d'information et de sécurité des créanciers dans l'espace OHADA*, Penant, n° spécial 840; "Sûretés et garanties bancaires", p. 369.

<sup>460</sup> Article 47, AUDCG.

<sup>461</sup> Article 263 et s. AUSC ; Article 35, AUDCG.

obligatoire et effective la publication des comptes sociaux<sup>462</sup> et des rapports des commissaires aux comptes, par leur dépôt au greffe. Ce que prévoit également l'AUSC, mais uniquement pour les sociétés anonymes<sup>463</sup>.

**227.** Peuvent ainsi être identifiées, la perte de la moitié du capital social, les prorogations des délais de tenue de l'assemblée générale qui sont des signes de fragilité<sup>464</sup>. En outre, le fait que l'article 6, AUPC, exige expressément et en première position un extrait de l'immatriculation au RCCM, semble exclure du bénéfice du concordat préventif tout requérant non immatriculé.

**228.** Les nouvelles dispositions des articles 5 et 44, AUDCG<sup>465</sup>, contrairement à celles de l'ancien article 25, semblent toutefois limiter la portée de cette solution, en ce qui concerne le commerçant personne physique, puisque la preuve de la commercialité peut être maintenant rapportée par la tenue correcte des livres de commerce et des états financiers de synthèse. Ainsi la production d'un extrait du RCCM ne serait exigée du commerçant personne physique que dans le cas où son « immatriculation est requise par la loi »<sup>466</sup>. Ce qui exclurait de cette exigence la société en participation dont l'immatriculation n'est pas requise par la loi<sup>467</sup>. Par contre, en ce qui concerne les personnes morales, il faudra distinguer, selon qu'il s'agit de sociétés commerciales ou civiles, par la forme ou par l'objet<sup>468</sup>, ou selon qu'il s'agit de personnes morales de droit privé ou non.

**229.** C'est, en effet, l'immatriculation au RCCM qui confère la personnalité morale<sup>469</sup> aux sociétés commerciales par leur forme et aux sociétés civiles dont la commercialité dépend de leur objet. Sans immatriculation, ces groupements ne sauraient recourir à la juridiction compétente pour requérir le bénéfice du concordat préventif. Ce qui n'est pas le cas des autres personnes

---

<sup>462</sup> Art. L. 611-2, C. com.

<sup>463</sup> Article 269, AUSC.

<sup>464</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 132.

<sup>465</sup> Article 5, AUDCG : *"Les actes de commerce se prouvent par tous moyens même par voie électronique à l'égard des commerçants. Tout commencement de preuve par écrit autorise le commerçant à prouver par tous moyens contre un non-commerçant. Les livres de commerce tenus en application des dispositions du présent Acte uniforme sont admis par le juge pour constituer une preuve dans les conditions prévues ci-dessus. Les livres de commerce et les états financiers de synthèse constituent des moyens de preuve. Dans le cours d'une contestation, la représentation des livres de commerce et des états financiers de synthèse peut être ordonnée par le juge, même d'office, à l'effet d'en extraire ce qui concerne le litige."* Comp. Art. 25, ancien AUDCG : *"toute personne physique ayant la qualité de commerçant doit requérir du Greffe de la juridiction compétente dans le ressort de laquelle ce commerce est exploité, son immatriculation au Registre."*

<sup>466</sup> Article 44, AUDCG : *"Toute personne physique dont l'immatriculation est requise par la loi doit, dans le premier mois de l'exercice de son activité, ... demander son immatriculation..."*

<sup>467</sup> Article 97, AUSC.

<sup>468</sup> Article 6, al. 2 et article 869, AUSC

<sup>469</sup> Article 97 et 98, AUSC.

morales de droit privé, telles que les associations<sup>470</sup>, les sociétés civiles professionnelles<sup>471</sup>, les mutuelles et les coopératives<sup>472</sup>, pour qui la jouissance de la personnalité juridique est fonction de l'accomplissement de certaines formalités administratives.

**230.** Le visa de l'état des sûretés est, non seulement important pour la vérification du passif, mais aussi pour l'appréciation de la proposition de concordat, avec ou sans cession. Il doit être établi à la date de la demande. Aux termes de l'article 35-6°, AUDCG, le registre du commerce et du crédit mobilier a pour objet, notamment, de "recevoir toutes les demandes d'inscription des sûretés prévues par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés et par toute autre disposition légale. Il reçoit également l'inscription des contrats de crédit-bail". Parmi les sûretés inscrites au RCCM, celles personnelles données ou reçues par l'entreprise et ses dirigeants intéressent la procédure du règlement préventif, puisqu'elles sont visées par l'article 6, AUPC, au même titre que les sûretés réelles, qui elles, sont inscrites au Service du Domaine et de la Conservation foncière, en ce qui concerne, à titre d'exemple, le Togo.

**231.** Ainsi les greffes tiennent des registres relatifs à des sûretés spéciales, telles que, les privilèges généraux du Trésor, de l'Administration des douanes et des institutions de Sécurité Sociale<sup>473</sup>, le privilège du vendeur de fonds de commerce<sup>474</sup>, le nantissement sur le fonds de commerce<sup>475</sup>, le nantissement sur le matériel<sup>476</sup> et l'outillage, les contrats de crédit-bail

---

<sup>470</sup> Ainsi, une association, pour acquérir la personnalité juridique, doit procéder, contre récépissé, à une déclaration au Ministère de l'Administration Territoriale, dans le cas du Togo, ou à la préfecture pour la plupart des États parties au Traité de l'OHADA, ainsi qu'à une insertion au Journal Officiel sur production de ce récépissé (Loi française du 1<sup>er</sup> juillet 1901, art. 2 et s. toujours applicable dans la plupart des pays francophones).

<sup>471</sup> Les sociétés civiles professionnelles jouissent de la personnalité morale à compter de l'inscription au Tableau de l'ordre dont relèvent leurs membres (Cf., pour le cas du Togo, les articles 41 et s. du Décret n° 80-37 du 7 mars 1980 pris en application de l'Ordonnance n° 80-11 du 9 janvier 1980 relative à l'exercice de la profession d'avocat).

<sup>472</sup> En ce qui concerne les mutuelles et les coopératives d'épargne et de crédit, l'acquisition de la personnalité morale était soumise à une autorisation délivrée par le ministère chargé des finances sous forme de reconnaissance ou d'agrément. Cet agrément leur conférait la personnalité morale (Exemple au Togo : Art. 16, loi n° 95-014 du 14 juillet 1995 et son décret d'application n° 96-038 du 10 avril 1996, portant réglementation des institutions mutualistes ou coopératives d'épargne et de crédit, *J.O.R.T. 16 juillet 1995*). Toutefois, depuis l'adoption le 15 décembre 2010 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives, celles-ci jouissent de la personnalité juridique à compter de leur immatriculation au Registre des Sociétés Coopératives (art. 78). Aux termes de l'art. 70 du nouvel Acte uniforme, "le Registre des Sociétés Coopératives est tenu au niveau local par l'autorité administrative chargée de la tenue dudit registre. - Dans chaque Etat Partie, l'autorité administrative chargée de la tenue du Registre des Sociétés Coopératives est l'organe déconcentré ou décentralisé de l'autorité nationale chargée de l'administration territoriale ou l'autorité compétente, auquel est immédiatement rattaché le siège de la société coopérative." V. J.O. OHADA, n° 23, 15 Février 2011.

<sup>473</sup> Article 51 et s. AUS

<sup>474</sup> Article 166 et s. AUS

<sup>475</sup> Article 162 et s. AUS

<sup>476</sup> Article 118 et s. AUS

mobiliers et de vente comportant des clauses de réserve de propriété<sup>477</sup>. La consultation de ces registres est donc précieuse pour savoir si l'entreprise est propriétaire de ses actifs ou si la plupart sont affectés en garantie ; et dans ce dernier cas, de connaître les créanciers bénéficiaires du gage, ainsi que le montant des engagements souscrits<sup>478</sup>. Elle permet surtout de connaître l'étendue des sûretés personnelles souscrites par les dirigeants de l'entreprise, étant donné que la mise en œuvre de celles-ci pendant l'opération de sauvetage peut constituer un frein à la réussite du redressement<sup>479</sup>.

**232.** En outre, la loi de réglementation bancaire de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africain (UEMOA) fait obligation à toutes les banques et établissements financiers de ladite zone de fournir, à toute réquisition de la Banque Centrale, les renseignements, éclaircissements, justifications et documents jugés utiles pour l'examen de leur situation, l'appréciation de leurs risques, l'établissement de listes de chèques et effets de commerce impayés et d'autres incidents de paiement, et généralement pour l'exercice par la Banque Centrale de ses attributions<sup>480</sup>.

**233.** De plus, aux termes de l'article 203 du Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les Etats membres de l'Union, le greffier du tribunal compétent tiendra régulièrement à jour, par ordre alphabétique, d'après les dénonciations qui lui seront faites par les notaires, huissiers, personnes ou institutions dûment habilitées par la loi, un état nominatif, et par débiteur, des protêts faute de paiement, des lettres de change acceptées<sup>481</sup>. Ce qui peut être une source appréciable d'informations pour l'expert qui sera chargé d'établir un rapport sur la situation du débiteur. L'article 12-1, AUPC, l'habilite, en effet, à se faire communiquer par toutes administrations y compris publiques, de même que par les organismes de sécurité et de prévoyance sociales, les établissements bancaires ou financiers, ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de

---

<sup>477</sup> Article 72 et s. AUS

<sup>478</sup> Dictionnaire Permanent, *Difficultés des entreprises*, 2011, op. cit. p. 921.

<sup>479</sup> Exemple : TPI Douala-Bonanjo, Ordonnance n° 251 du 29 juin 2006, Affaire OMAIS KASSIM C/ La société S.D.V. CAMEROUN SA, note Jean GATSI et Willy James NGOUE, Ohadata J-07-81 ; TGI Ouagadougou, Jugement n° 20 du 29 janvier 2003, Ohadata J-04-188.

<sup>480</sup> Article 42, Loi de réglementation bancaire, UEMOA-BCEAO.

<sup>481</sup> Le texte précise que l'état nominatif énoncera : - la date du protêt ; - les nom, prénom(s), profession et domicile de celui au profit de qui l'effet a été créé ou le tireur de la lettre de change ; - les nom, prénom(s) ou raison sociale de l'accepteur de la lettre de change ; - la date de l'échéance s'il y a lieu ; - le montant de l'effet ; - la réponse donnée au protêt." L'article 204 ajoute : "Après l'expiration d'un délai d'un (1) mois à compter du jour du protêt et pendant un (1) an à compter de la même date, tout requérant pourra se faire délivrer, à ses frais, par le greffier du Tribunal susvisé, un extrait de l'état nominatif prévu à l'article 203 du présent Règlement."



paiement, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise débitrice.

- 234.** Enfin, l'inscription des droits réels, notamment à la conservation des hypothèques est un moyen d'information très précieux sur la situation des immeubles, parce que tous les transferts et constitutions de droits réels immobiliers ainsi que toutes les constitutions de sûretés immobilières y sont publiés. Il est possible de demander la levée d'un état hypothécaire qui renseigne parfaitement sur la situation juridique de l'immeuble, et notamment sur le point de savoir s'il a déjà été affecté en garantie<sup>482</sup>.
- 235.** La requête en règlement préventif doit également comporter le nombre des travailleurs et le montant des salaires et des charges salariales, c'est-à-dire, le nombre des salariés employés lors de la demande, ainsi que le nom et l'adresse des représentants du personnel, c'est-à-dire les représentants du comité d'entreprise ou des délégués du personnel habilités à être entendus par le tribunal, s'ils ont été déjà désignés. S'ils ne le sont pas encore, ils devraient être désignés le plus rapidement possible, car ils seront en principe entendus en chambre du conseil avant le prononcé du jugement de règlement préventif<sup>483</sup>. Cependant, l'article 14, AUPC, ne mentionne pas les représentants du personnel parmi les personnes devant être entendues par la juridiction compétente à l'audience de l'homologation du concordat préventif. Ce qui semble curieux. Il est, donc, permis de supposer que l'exigence du nom et de l'adresse des représentants du personnel dans les documents à fournir n'est pas nécessairement destinée à l'audition du juge de l'homologation, mais surtout à l'enquête de l'expert qui sera désigné pour faire un rapport sur la situation économique et financière du débiteur. En effet, l'article 12-1, AUPC, prévoit que, dans le cadre de sa mission, l'expert peut, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir, par les représentants du personnel, notamment, communication des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur.
- 236.** S'agissant d'une personne morale, la liste des membres solidairement responsables des dettes de celle-ci est demandée en vue de l'application des articles 31 et 33, AUPC. La décision qui constate la cessation des paiements d'une personne morale produit ses effets à l'égard de tous

---

<sup>482</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 138.

<sup>483</sup> Lamy, *Droit Commercial*, fasc. 2573, p. 1202, op. cit.

les membres, indéfiniment et solidairement responsables du passif et prononce, contre chacun d'eux, soit le redressement judiciaire, soit la liquidation des biens.

**237.** Ainsi, les renseignements contenus dans l'ensemble de ces pièces à fournir à l'appui de la demande sont essentiels pour permettre au magistrat de qualifier les difficultés de l'entreprise, et en particulier pour les situer par rapport à la cessation des paiements. Ils doivent également lui permettre d'apprécier si l'entreprise a des perspectives sérieuses de redressement<sup>484</sup>. Cependant, s'agissant d'une procédure préventive dont la réussite dépend en grande partie de la rapidité avec laquelle elle est conduite, on aurait pu limiter ces documents dans leur nombre et ne retenir que ceux, comme les livres comptables, qui sont nécessaires à une appréciation immédiate et rapide de la situation économique et financière du débiteur.

### **B - La nécessité d'une limitation aux seuls documents comptables**

**238.** Aux termes du nouvel article 13, AUDCG, situé dans le chapitre 3, intitulé « obligations comptables du commerçant », « *tout commerçant, personne physique ou morale, doit tenir tous les livres de commerce conformément aux dispositions de l'Acte uniforme relatif à l'organisation et à l'harmonisation des comptabilités des entreprises.* » Ce texte fait ainsi obligation au commerçant de tenir tous les livres de commerce prévus par les dispositions de l'article 19, AUCE, qui énumère « *les livres comptables et autres supports dont la tenue est obligatoire* » pour tout commerçant personne physique ou morale.

**239.** Il s'agit en l'occurrence du livre journal, du grand-livre, de la balance générale des comptes et du livre d'inventaire. En effet, l'obligation de tenir des livres de commerce est une obligation professionnelle<sup>485</sup>. Elle était imposée, en droit français, aux commerçants par l'ordonnance de 1673<sup>486</sup>, et reproduite par le Code de commerce<sup>487</sup>. D'ailleurs, ainsi que l'a relevé un auteur, les commerçants ont tenu des livres bien avant que l'obligation leur en eût été imposée<sup>488</sup>. Ils l'ont fait pour connaître l'état de leur caisse et de leurs marchandises et pour se souvenir des opérations réalisées<sup>489</sup>. Quand l'usage d'en avoir s'est fixé, les tiers qui traitent avec le

---

<sup>484</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd. op. cit. n° 90, p. 58

<sup>485</sup> RIPERT (G) et ROBLOT (R) par VOGEL (L), *Du droit commercial au droit économique*, 19<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2010, n° 304, p. 283.

<sup>486</sup> Ordonnance de Colbert de 1673, Titre III, cité par VOGEL, op. cit.

<sup>487</sup> Article L. 123-12 et s., C. com.

<sup>488</sup> GORÉ, *L'évolution du droit de la comptabilité de l'entreprise*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, 1978, 854.

<sup>489</sup> De CASTET, *Le droit au service de la comptabilité ou la comptabilité investie par le droit*, D. 2008, 860

commerçant ont pu demander, le cas échéant, que ces livres soient représentés, et l'inscription sur les livres est devenue un mode de preuve usuel des opérations commerciales<sup>490</sup>. C'est le cas de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général qui reconnaît que les livres de commerce régulièrement tenus peuvent être admis par le juge pour constituer une preuve entre commerçants<sup>491</sup>, et que dans le cours d'une contestation, la représentation des livres peut être ordonnée par le juge, même d'office, à l'effet d'en extraire ce qui concerne le litige<sup>492</sup>.

**240.** À ces intérêts privés, s'ajoute l'intérêt public de la surveillance des opérations commerciales<sup>493</sup>. Ainsi, l'exigence des documents comptables énumérés à l'article 6, AUPC, non seulement, fait peser sur le commerçant, personne physique ou morale, l'obligation de respecter les dispositions légales, mais également, facilite l'élaboration et l'appréciation de l'offre de concordat préventif<sup>494</sup>. De plus, en cas d'échec de la procédure préventive et d'ouverture subséquente du redressement judiciaire, on cherchera dans les livres du commerçant l'histoire de son exploitation pour s'assurer que ses opérations ont été sérieuses et régulières, en vue notamment de l'application des dispositions pénales prévues aux articles 230 et s., AUPC. L'on ne peut donc qu'approuver l'exigence de ces documents comptables par l'Acte uniforme, quoique leur réunion ou leur établissement puisse paraître difficile voire onéreuse. La tenue d'une comptabilité est, en effet, essentielle pour la gestion de l'entreprise. Et, comme l'a si bien souligné une voix autorisée, sans comptabilité, il n'existe aucun tableau de bord et la gestion ne peut être considérée comme sérieuse<sup>495</sup>.

**241.** Il demeure, cependant, une inquiétude, soulevée notamment par d'éminents auteurs, celle de savoir, si, du fait de leur diversité ou de leur nature, la réunion des documents, notamment comptables, visés à l'appui de la requête en règlement préventif, ne risque pas de décourager certaines demandes, en l'occurrence celles de commerçants, personnes physiques<sup>496</sup> ou de « petites et moyennes entreprises qui sont certainement moins bien armées que les grandes entreprises pour y faire face »<sup>497</sup>.

---

<sup>490</sup> RIPERT (G) et ROBLOT (R), par VOGEL, op. cit., n° 304.

<sup>491</sup> Art. 15, AUDCG.

<sup>492</sup> Art. 16, AUDCG et les obs. du Prof. A. SANTOS.

<sup>493</sup> VOGEL (L), *Du droit commercial au droit économique*, LGDJ, 19<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 303, p. 282,

<sup>494</sup> SAWADOGO (F. M.), obs. sous art. 6, AUPC, in, *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, 3<sup>ème</sup> éd., Juriscope, 2008, p. 898.

<sup>495</sup> SOINNE (B), *Traité des procédures collectives*, 2<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 2598, p. 2157.

<sup>496</sup> ROUSSEL-GALLE (Ph.), *OHADA et difficultés des entreprises, Etude critique*, op. cit., p. 18.

<sup>497</sup> SAWADOGO (F. M.), obs. sous art. 6, AUPC, op. cit., p. 898.

**242.** La plupart des documents comptables exigés par l'article 6, AUPC, sont des documents normaux de gestion. Il en est ainsi de l'état de trésorerie ou encore du montant du chiffre d'affaires et des bénéfices imposés des trois dernières années. Ce qui n'est, toutefois, pas le cas des états financiers, dont la confection peut être source de difficulté. Conscients de cela, les rédacteurs de l'Acte uniforme portant droit commercial général ont opéré une distinction entre les personnes physiques et les personnes morales, et ne mettent qu'à la charge de ces dernières l'obligation d'établir les états financiers de synthèse.

**243.** L'article 15, AUDCG, dispose, en effet que « *toute personne morale commerçante doit également établir tous les ans ses états financiers de synthèse conformément aux dispositions de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises et de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.* » Ce texte renvoie aux dispositions de l'article 137, AUSC, qui, de même que l'AUDCG, renvoie à celles de l'AUCE. Ce dernier texte fait lui aussi une distinction, cette fois quant à leur taille, entre les entreprises soumises à l'obligation d'établir les états financiers, dont il institue trois catégories<sup>498</sup> :

**244.** Un système de droit commun appelé « *système normal* » pour toutes les entreprises, mais qui concernera surtout les moyennes et les grandes entreprises, mais aussi les petites entreprises qui y trouveront des motifs d'intérêt et qui s'en donneront les moyens techniques. Il comporte l'obligation d'établir quatre documents de synthèse : le bilan, le compte de résultat, le tableau financier des ressources et des emplois et l'état annexé<sup>499</sup> ;

**245.** Un « *système allégé* », plus sommaire dans ses états financiers, que pourront utiliser les entreprises ne dépassant pas un chiffre d'affaires de 100 000 000 de Francs CFA<sup>500</sup>. Il se caractérise par une réduction à 3 des états financiers et une réduction du nombre de rubriques et de postes du bilan et du compte de résultat ainsi que du nombre d'éléments demandés dans l'état annexé<sup>501</sup> ;

---

<sup>498</sup> V. SERE (S) obs. sous art. 8 et s., AUCE, in *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés*, op. cit. p. 604 s.

<sup>499</sup> Article 8, AUCE

<sup>500</sup> Franc de la Communauté Financière d'Afrique, utilisé dans la plupart des Etats membres de l'OHADA, et qui est la monnaie de référence de l'Organisation, conformément aux dispositions de l'article 42 du Traité, faisant du Français la langue de travail de l'OHADA.

<sup>501</sup> Article 11, AUCE

- 246.** Un « *système minimal* » de trésorerie, proposé aux très petites entreprises, qui repose sur une comptabilité de trésorerie (recettes-dépenses), en respectant les règles de la partie double<sup>502</sup>.
- 247.** L'article 6, AUPC, exige dans les documents et pièces à fournir aux fins d'obtention du concordat préventif, « *des états financiers de synthèse comprenant, notamment, le bilan, le compte de résultat, un tableau financier des ressources et des emplois* ». Ce qui correspond au « *système allégé* », système accessible aux entreprises dont les recettes annuelles dépassent les seuils fixés par l'article 13, AUCE, mais inférieures à 100 000 000 Francs CFA, et que peut donc ne pas choisir toute entreprise dont les recettes annuelles ne dépassent pas les seuils indiqués par l'article 13. Ce qui veut dire que le législateur s'est montré indulgent, en faisant du système allégé, le système de droit commun, en matière de règlement préventif, au lieu du système normal, dont l'établissement peut engendrer des dépenses excessives pour une entreprise dont la situation financière est déjà assez difficile.
- 248.** En outre, en prévoyant un système minimum de trésorerie de caractère dérogatoire aux normes comptables générales, le législateur OHADA, entend permettre aux nombreuses micro-entreprises du secteur informel, notamment les entreprises individuelles ou familiales, d'accéder à un minimum d'organisation comptable, afin de pouvoir bénéficier d'un statut officiel dans le monde des affaires<sup>503</sup>. Ce qui leur permet, corrélativement, de pouvoir prétendre au bénéfice des dispositions relatives au règlement préventif, en cas de difficultés.
- 249.** Une réécriture de l'article 6, AUPC, est donc nécessaire, afin de limiter les documents exigés aux seules pièces comptables, dont l'exigence ne risque pas de constituer un obstacle à l'efficacité du règlement préventif. Ils sont, en effet, indispensables pour connaître la situation financière de l'entreprise et déceler les difficultés auxquelles elle est exposée<sup>504</sup>. Ces pièces

---

<sup>502</sup> Article 13, AUCE : "*Les très petites entreprises, dont les recettes annuelles ne sont pas supérieures aux seuils fixés à l'alinéa 2 du présent article, sont assujetties, sauf utilisation de l'un des deux systèmes prévus à l'article 11 ci-dessus, au "Système minimal de trésorerie", de caractère dérogatoire aux dispositions générales du présent Acte uniforme.*

*Ces seuils sont les suivants :*

- *Trente millions (30 000 000) de FCFA pour les entreprises de négoce,*
- *Vingt millions (20 000 000) de F CFA pour les entreprises artisanales et assimilées,*
- *Dix millions (10 000 000) de FCFA pour les entreprises de services."*

À rapprocher avec l'article 21, AUCE : "*Les entreprises visées à l'article 13 ci-dessus qui relèvent du Système minimal de trésorerie tiennent une simple comptabilité de trésorerie dans les conditions fixées par le Système comptable OHADA. Les états financiers de ces entreprises ainsi que leurs règles d'établissement font l'objet d'une édition distincte."*

<sup>503</sup> SERE (S), obs. sous art. 13, AUCE, in *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés*, op. cit. p. 606.

<sup>504</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 101.

comptables constituent même des instruments de prévention pour le chef d'entreprise, en ce sens que leur tenue correcte est de nature à lui donner en tout moment, une situation exacte de son actif disponible par rapport à son passif exigible et l'amener à prendre les mesures adéquates pour éviter la cessation des paiements.

**250.** D'ailleurs, l'article 6 prévoit une exception qui pourrait se révéler très fréquente<sup>505</sup>: dans le cas où l'un ou l'autre de ces documents ne peut être fourni, ou ne peut l'être qu'incomplètement, la requête reste possible mais doit indiquer les motifs de cet empêchement. Cela veut dire que si le débiteur n'est pas en mesure de fournir la totalité des pièces qui doivent accompagner sa requête en règlement préventif, le greffier a néanmoins l'obligation d'accepter celle-ci, tout en consignait dans un procès-verbal les pièces manquantes<sup>506</sup>. Le tribunal est seul compétent pour tirer les conséquences juridiques de l'absence de pièces. C'est le cas en droit français<sup>507</sup>.

**251.** Hormis les exigences formulés à l'article 6, l'Acte uniforme prévoit la nomination d'un expert chargé de dresser un rapport sur la situation économique et financière du débiteur ; ce qui, en principe, devrait permettre de faire la lumière sur la situation exacte du requérant.

## §.2 - L'inefficacité du rôle de l'expert

**252.** Les dispositions de l'article 8, AUPC font obligation au président de la juridiction compétente de nommer, dès l'ouverture de la procédure du règlement préventif, un expert « *pour lui faire rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise, les perspectives de redressement compte tenu des délais et remises consentis ou susceptibles de l'être par les créanciers et toutes autres mesures contenues dans les propositions du concordat préventif.* ». Qui peut être nommé expert ? Dans quelles conditions doit-il effectuer sa mission ? Quels sont ses obligations ? Quelle est sa rémunération ? Comment celle-ci est-elle fixée ? Autant de questions auxquelles la loi n'apporte aucune précision. C'est ainsi que dans la pratique, les imprécisions autour du choix de l'expert (A), de même que les lacunes dont celui-ci fait généralement preuve dans sa mission (B), ont dans la plupart des cas conduit à l'échec de la procédure préventive.

---

<sup>505</sup> SAWADOGO (F. M.), obs. sous art. 26, AUPC, in *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés*, op. cit. p. 914.

<sup>506</sup> Lamy, *Droit Commercial*, fasc. 2573, p. 1202, op. cit.

<sup>507</sup> JOAN, Q. 22 juill. 1985, p. 3434.

## A- Des imprécisions dans le choix de l'expert

**253.** L'Acte uniforme ne prévoit aucun statut particulier, ni aucune qualification précise auxquels devrait répondre l'expert pour être nommé en cette qualité. Il peut donc être librement choisi parmi les personnes estimées qualifiées<sup>508</sup>, indépendamment de toute inscription sur une liste particulière. Connaissance<sup>509</sup> des problèmes des entreprises et du milieu des affaires, imagination diplomatique, autorité personnelle, « force de persuasion »<sup>510</sup> semblent ses qualités nécessaires. Le président peut ainsi choisir, à son gré, un administrateur judiciaire ou un expert en diagnostic d'entreprise, c'est-à-dire, un professionnel tel qu'un expert-comptable, un gestionnaire, un avocat-conseil, un magistrat, un professeur<sup>511</sup>. Dans la pratique du droit OHADA, le juge a souvent nommé en cette qualité, des experts-comptables<sup>512</sup>. Ce qui peut s'expliquer par la nature exclusivement économique et financière des difficultés ayant entraîné la saisine du juge.

**254.** Toutefois, pour encadrer cette liberté de choix, l'alinéa 2 de l'article 8 dispose que l'expert désigné est soumis aux dispositions des articles 41 et 42, relatifs à la nomination et à la révocation du syndic dans le cadre du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens. Aucun parent ou allié du débiteur jusqu'au quatrième degré inclusivement ne peut donc être nommé expert. Aucun cadre ni créancier de l'entreprise ne devrait non plus être nommé expert, même si le texte ne le précise pas expressément, ce qui devrait contribuer à préserver son indépendance et à "moraliser"<sup>513</sup> la procédure. On peut naturellement, ajouter à cette liste la capacité civile, l'absence d'interdiction et de déchéance, sans oublier l'absence de procédure collective subie personnellement ou en tant que dirigeant d'une personne morale débitrice<sup>514</sup>, qui devront, sans doute, être également prises en compte.

---

<sup>508</sup> V. JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd. op. cit. n° 94, au sujet du conciliateur.

<sup>509</sup> LE CANNU (P), *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, Jurid. Joly, 1988, n° 189, p.146.

<sup>510</sup> GAVALDA (C) et MENEZ (J), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, JCP G, 1985, I, 3196, n° 14.

<sup>511</sup> V. pour le conciliateur, SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 300.

<sup>512</sup> TPI Lomé, jugement n° 565/2009 du 10 mars 2009, désignant M. KONOU KOSSI, expert-comptable ; TGI Ouagadougou, jugement n° 741 du 24 juillet 2002 désignant M. ZEBADAMA expert-comptable.

<sup>513</sup> V. SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., n° 300, op. cit.

<sup>514</sup> LE CANNU (P), *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n° 189, p. 146.

**255.** C'est ainsi que depuis la loi du 26 juillet 2005 en droit français, le conciliateur, comme le mandataire *ad hoc*, est doté d'un statut spécifique destiné à encadrer l'exercice de ses fonctions<sup>515</sup>. Les missions de conciliateur et de mandataire *ad hoc* ne peuvent en effet être exercées par une personne ayant au cours des vingt-quatre mois précédents, perçu à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement, une rémunération ou un paiement de la part du débiteur, de tout créancier du débiteur ou d'une personne qui en détient le contrôle, ou est contrôlée par lui au sens de l'article L. 233-16, sauf s'il s'agit d'une rémunération perçue au titre d'un mandat *ad hoc* ou d'une mission de règlement amiable ou de conciliation réalisée pour le même débiteur ou le même créancier. Ainsi, par exemple, le commissaire aux comptes de la société débitrice, son expert-comptable ou celui d'un de ses créanciers, ou même un créancier ayant reçu paiement peu de temps avant l'ouverture de la procédure, ne pourront être désignés.

**256.** Il est, en outre, prévu, dans le cadre de la conciliation, que le conciliateur ainsi désigné doit attester sur l'honneur, lors de l'acceptation de son mandat, de se conformer à ces interdictions<sup>516</sup>.

**257.** En droit OHADA, l'expert, dont on ne connaît la plupart du temps que la profession (généralement expert-comptable), est « *informé de sa mission* »<sup>517</sup> par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite du président de la juridiction compétente ou du débiteur.

---

<sup>515</sup> Article L. 611-13 et s. C. com.- Au gré des réformes, la dénomination des mandataires judiciaires a fait l'objet de nombreuses modifications : Mandataires-liquidateurs (loi n° 85-99 du 25 janv. 1985, J.O., 26 janv. 1985), mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises (loi n° 90-1259 du 31 déc. 1990, J.O., 5 janv. 1991), puis mandataires au redressement et à la liquidation des entreprises (loi n° 2003-7 du 3 janv. 2003, J.O. 4 janv. 2003), enfin et de façon plus simple, les mandataires judiciaires (loi n° 2005-845 du 26 juill. 2005, J.O., 27 juill. 2005). La rénovation de la profession s'est effectuée, notamment, par la loi n° 2003-7 du 3 janv. 2003, présentée comme le "*dernier avatar du psychodrame qu'a été le débat engagé par quelques parlementaires en vue de réformer les professions d'administrateurs et de mandataires*" (LUCAS F.-X., *Analyse de la loi du 3 janvier 2003 réformant le statut d'administrateur et de mandataire judiciaires*, Dr. et patri. 2003, p. 30). Cette réforme a, en effet, déçu au regard des ambitions affichées : ROUSSEL-GALLE (PH), *Les professions d'administrateurs et de liquidateurs judiciaires : grand projet pour une petite réforme !*, Dr. sociétés 2003, Repères, p. 3 ; SOINNE (B), *Une péripétie : la loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003 portant modification du statut des administrateurs et des mandataires judiciaires*, Rev. proc. coll. 2003, p. 1. Sur la nouvelle réforme, v. BOLARD (G), *Les fonctions des mandataires de justice*, Rev. proc. coll. 2006, p. 205 ; GORRIAS (S), *Le mandataire judiciaire dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 et le décret du 12 février 2009*, Gaz. pal., 2009, p. 755.

<sup>516</sup> Article L. 611-13, C. com.

<sup>517</sup> La formule employée à l'article 8, al. 3 et celle de l'article 12, AUPC, laisseraient même penser que l'expert désigné n'a pas le pouvoir d'accepter ou de refuser sa nomination, puisqu'aucun texte n'en prévoit la possibilité, ni la forme, ni surtout le délai dont il dispose pour faire connaître sa réponse au président de la juridiction compétente. V. cependant l'art. R. 611-25, al. 4, C. com. : "*Le conciliateur fait connaître sans délai au président du tribunal son acceptation ou son refus*".



Ce qui renforce l'idée qu'en pratique le nom de l'expert serait le plus souvent « *suggéré* »<sup>518</sup> par le requérant au président, qui ne disposerait lui-même d'aucun pouvoir ni moyen de contrôle de l'honorabilité et de la compétence de l'expert ainsi désigné. Que le nom de l'expert soit "suggéré" ou carrément proposé par le débiteur n'est pas une mauvaise chose en soi. En droit français, le législateur accorde au débiteur le droit d'en proposer un au président et de récuser celui que ce dernier a choisi<sup>519</sup>. Toutefois, les missions assignées au conciliateur du droit français n'étant pas les mêmes que celles assumées en droit OHADA par l'expert, toute possibilité qu'aurait le débiteur d'interférer dans le choix de celui-ci pourrait avoir de graves conséquences sur le bon déroulement de la procédure du règlement préventif. On pourrait, en effet, assister à des retards inexplicables dans le dépôt du rapport de l'expert, selon que celui-ci est animé de la volonté de favoriser les intérêts du débiteur ou bien ceux des créanciers<sup>520</sup>.

**258.** Les nombreuses imprécisions sur le choix et le statut de l'expert constituent donc de réelles difficultés pour une procédure telle que le règlement préventif, dont la réussite dépend dans une large mesure de la neutralité et de l'honnêteté de tous les intervenants dans l'exercice de la mission qui est la leur.

## **B- Des imprécisions affectant la mission de l'expert**

**259.** La mission de l'expert est importante. L'article 8, AUPC, dispose expressément qu'il est désigné par le président de la juridiction compétente pour « *lui faire rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise, les perspectives de redressement compte tenu des délais et remises consentis ou susceptibles de l'être par les créanciers et toutes autres mesures contenues dans les propositions du concordat préventif* ». C'est la mission habituelle

---

<sup>518</sup> FENEON (A), *Le règlement préventif : analyse critique*, op. cit., p. 22.

<sup>519</sup> Article R. 611-26 et R. 611-27, C. com.

<sup>520</sup> CA, Abidjan, 1er avril 2005, NORDISK c/ HAIDAR BOIS EXOTIQUE, *Juris-Ohada*, n° 4/2006 p. 40, qui prononce la caducité d'une ordonnance de suspension des poursuites décidée depuis le 19 mars 2003, pour défaut de dépôt du rapport de l'expert, soit plus de deux ans après la prise de fonction de celui-ci ; CA, Lomé, 2 septembre 2008, BIA-TOGO c/ UDECTO SA : annulation de l'ordonnance de suspension des poursuites individuelles pour défaut de dépôt de son rapport par l'expert ; TPI Libreville, 17 janvier 2005 : l'expert dépose son rapport huit mois après sa nomination, et le Tribunal se prononce onze mois plus tard pour constater la cessation des paiements, puis le redressement judiciaire de la société "Général Business Machines" et homologue son concordat, qui certainement avait été élaboré dans le cadre du règlement préventif. V. les observations amusées du Prof. SAWADOGO, sous art. 13, AUPC, OHADA, *Traité et Actes uniformes...* op. cit.

de l'expert en diagnostic d'entreprise<sup>521</sup>. Il s'agit, en effet, pour l'expert d'apprécier la situation du débiteur, afin de déterminer l'étendue de ses difficultés, tant économiques que financières, pour en dresser rapport au président.

**260.** C'est donc une mission d'investigation dans le cadre d'une procédure collective, ce qui peut l'amener à s'adjoindre un expert-comptable (si lui-même ne l'est pas déjà), sans que les opérations soient entachées de nullité<sup>522</sup>. Pour atteindre ce but, l'expert dispose d'énormes prérogatives et de plusieurs moyens d'information. Il peut, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication par les commissaires aux comptes, les comptables, les représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociales, les établissements bancaires ou financiers, ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur<sup>523</sup>. Il ne peut donc, dans ses investigations, se voir opposer un refus quelconque fondé sur le secret professionnel<sup>524</sup>.

**261.** Il est, toutefois, à craindre que ces demandes de renseignements n'ébruient les difficultés du débiteur et ne compromettent le redressement espéré<sup>525</sup>. On aurait pu, à ce stade de la procédure, prévoir comme en droit français, que toute personne qui est appelée à la procédure ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité<sup>526</sup>, quand bien même le concordat qui sera conclu soit destiné à être publié après son homologation. Cela aurait contribué à conduire la procédure au moins jusqu'à son homologation, c'est-à-dire, jusqu'à son terme, ce qui lui garantirait du coup une plus grande efficacité, les créanciers non appelés au concordat ne devant être informés qu'après la publication subséquente à l'homologation.

**262.** En outre, et comme l'ont souligné plusieurs auteurs<sup>527</sup>, l'étendue des pouvoirs octroyés à l'expert auraient dû être suivie de précisions sur les qualifications et compétences à réunir

---

<sup>521</sup> Art. L. 813-1, C. com. : *"Les experts en diagnostic d'entreprise sont désignés en justice pour établir un rapport sur la situation économique et financière d'une entreprise en cas de procédure de conciliation ou de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire."*

<sup>522</sup> Com. 23 juin 1998, D. 1999, somm. comm., p. 71, obs. A. HONORAT ; *Procédures*, éd. J.-Cl., janv. 1999, p. 14 ; *RJDA* 11/98, n° 1248, p. 938 ; *Act. proc. coll.* 31 juill. 1998 ; n° 78.

<sup>523</sup> Article 12-1, AUPC.

<sup>524</sup> TIGER (Ph.), *Le droit des affaires en Afrique, OHADA*, PUF, Coll. *Que sais-je ?* n° 3536, 1999, p. 112.

<sup>525</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, ... 7<sup>ème</sup> éd. LGDJ, 2006, n° 73, p. 52.

<sup>526</sup> Art. L. 611-15, C. com.

<sup>527</sup> V. not., SAWADOGO (F. M.), obs. sous art. 41, AUPC ; ROUSSEL-GALLE (Ph.), *OHADA et difficultés des entreprises*, op. cit. n° 28, p. 64 ; FENEON (A), *Le règlement préventif*, op. cit., p. 22.

avant l'exercice d'une telle mission. Ce qui pourrait se faire dans le cadre d'une réglementation de ces professions d'auxiliaire de justice<sup>528</sup>, en précisant les conditions d'admission et les modalités de rémunération<sup>529</sup>.

**263.** La mission de l'expert, quoique vaste, est assurément brève : deux mois au maximum, sauf autorisation motivée du président de la juridiction compétente de proroger ce délai d'un mois. Ce qui fait au total trois mois pour déposer le rapport. Le dépôt du rapport de l'expert est particulièrement important pour la suite de la procédure, puisqu'il contient le concordat préventif conclu, qui doit faire l'objet d'une homologation par la juridiction compétente. Cependant, de nombreuses décisions révèlent que ce délai n'est généralement pas respecté<sup>530</sup>, malgré la disposition du texte qui précise que l'expert engage sa responsabilité auprès du débiteur ou des créanciers en cas de non-respect du délai. Aussi est-il proposé d'obliger ou au moins d'encourager l'expert à souscrire une assurance<sup>531</sup>, en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité, ou comme l'ont fait déjà certaines juridictions<sup>532</sup>, de frapper de caducité la décision de suspension des poursuites individuelles dès lors que le rapport de l'expert n'est pas déposé dans le délai de deux ou trois mois<sup>533</sup>.

**264. Synthèse de la section 2.** La preuve de la situation du débiteur justifiant l'octroi de la mesure préventive semble donc difficile, du fait de l'étendue et de la variété des documents exigés à l'appui de la demande. Une intervention du législateur serait dès lors utile, afin de limiter le nombre des documents à ceux strictement indispensables (notamment les pièces comptables)

---

<sup>528</sup> Il pourrait être envisagé, à l'instar de ce que prévoit l'Acte uniforme portant droit commercial général, la création, dans chaque Etat partie d'une liste nationale d'auxiliaires de justice (experts, syndics, etc.), près chaque cour d'appel ; ensuite, une liste OHADA regroupant les meilleurs auxiliaires de justice des divers Etats partie, sélectionnés sur une base de compétence et de moralité, cette 2<sup>nd</sup>e liste devant être tenue près la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

<sup>529</sup> Sur la question de fixation de la rémunération des auxiliaires de justice, v. les obs. de SAWADOGO, sous art. 41, AUPC et les décisions citées.

<sup>530</sup> V. les obs. et les nombreuses décisions citées par SAWADOGO sous art. 13, AUPC. On citera à titre d'ex., TPI Libreville, 19 juin 2006, faisant suite à l'ordonnance du 1<sup>er</sup> sept. 2005 suspendant les poursuites contre la société SENBT et nommant un expert, connaît de la contestation de ladite ordonnance par un créancier qui sollicite sa rétractation en raison du non-respect du délai de 2 ou 3 mois pour le dépôt du rapport de l'expert, près d'un an s'étant écoulé depuis la nomination. La nouvelle ordonnance, se basant sur le fait que l'ordonnance de nomination a été prise conformément à la loi, décide simplement de remplacer le premier expert par un nouvel expert en rappelant à ce dernier qu'il a un délai de 2 mois pour déposer son rapport – Trib. com. Bamako, 2 mars 2005, qui prononce la liquidation des biens de la société SOGEP-Mali, après avoir attendu plus de 20 mois après le dépôt du rapport de l'expert, celui-ci, nommé dans le cadre du règlement préventif, n'ayant lui aussi déposé son rapport que trois mois et demi après sa nomination.

<sup>531</sup> ROUSSEL-GALLE (Ph.), *OHADA et difficultés des entreprises, étude critique*, op. cit. n° 29, p. 65

<sup>532</sup> CA, Abidjan, 1<sup>er</sup> avril 2005, NORDISK c/ HAIDAR BOIS EXOTIQUE, *Juris-Ohada*, n° 4/2006 p. 40 : prononcé de la caducité d'une ordonnance de suspension des poursuites de plus de deux ans, pour défaut de dépôt du rapport de l'expert.

<sup>533</sup> FENEON (A), *Le règlement préventif : analyse critique*, op. cit., p. 23.

à une analyse rapide de la situation du requérant par le président du tribunal, en attendant le rapport de l'expert censé fournir de plus amples éléments sur la situation économique et financière du débiteur. Ce qui serait de nature à faciliter et accélérer la mise en œuvre du critère d'ouverture de la procédure du règlement préventif et en assurer l'efficacité.

**265.** D'un autre côté, la procédure du règlement préventif, même ouverte en temps utile, ne peut être conduite jusqu'au bout et atteindre le résultat espéré que si l'expert désigné accomplit, en toute impartialité et indépendance sa mission, et notamment dépose, dans le délai, son rapport. Toutefois, du fait des nombreuses imprécisions qui entourent sa nomination, la mission de l'expert ne parvient pas à atteindre le résultat auquel l'on doit s'attendre, de sorte que dans la majorité des cas, la procédure préventive a dû être convertie en redressement judiciaire ou directement en liquidation des biens. Une réglementation de cette profession s'impose dès lors, afin d'encadrer et canaliser les actions de l'expert en vue de la réussite du redressement des entreprises qui connaissent des difficultés.

## Synthèse du chapitre 2

**266.** Le constat ne fait donc aucun doute : c'est l'imprécision quant à la situation du justiciable qui est la principale source de difficulté dans l'application des textes en matière de bénéfice du concordat préventif. Au lieu d'une situation économique et financière difficile, mais non-irréremédiablement compromise, il aurait fallu simplement viser *toute difficulté, avérée ou prévisible*. La notion de difficulté serait ainsi volontairement imprécise pour pouvoir englober tout type de difficulté<sup>534</sup> : *financière* (dettes arrivant à terme, trésorerie fragile)<sup>535</sup>, *économique* (perte d'un marché, concurrence agressive, renchérissement du coût des matières premières...), *sociale* (grèves, sous-qualification du personnel, sureffectifs)<sup>536</sup>, *juridique* (difficultés de recouvrement de créances, procès en cours...). Ce qui, non seulement permettrait au chef d'entreprise d'anticiper davantage qu'à l'heure actuelle, les difficultés à venir, afin, sinon d'empêcher leur survenance, d'être à même de mieux les traiter le moment

---

<sup>534</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 376.

<sup>535</sup> Com. 26 juin 2007, n° 06-17821, RJDA 1/08, n° 56 : baisse du chiffre d'affaires d'une société et nécessité de lourds investissements pour développer une nouvelle activité ; Com. 26 juin 2007, n° 06-20820, RJDA 1/08, n° 56 : épuisement dans un avenir proche des lignes de crédit et existence d'un passif échu notable.

<sup>536</sup> TGI Bressuire, 19 déc. 2007, SAS Rambaud Carrières, BRDA 14/08, n° 9 : conflits familiaux incessants, absence de réelle direction, mouvement de grève.

venu<sup>537</sup>, mais l'autoriserait également à saisir le plus précocement possible la juridiction compétente, dès l'apparition des premiers signaux<sup>538</sup>.

**267.** Du côté du juge, son pouvoir d'appréciation sur l'opportunité d'ouvrir la procédure serait ainsi légalement reconnu et renforcé, en même temps que sa fonction de conseil auprès des entreprises. Ce qui, sans doute, aurait pour conséquence d'éviter les difficultés constatées dans la mise en œuvre du critère d'éligibilité au concordat préventif, tel que le prévoit actuellement le législateur OHADA.

## Synthèse du titre 1

**268.** Incontestablement, la phase préparatoire de la procédure du règlement préventif est inadaptée, ce qui a pour conséquence que, même dans les cas où le débiteur a, apparemment, saisi assez tôt la juridiction compétente, la procédure, une fois ouverte, aboutit souvent à la liquidation des biens. C'est le cas d'une affaire où le Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou a admis, par Jugement n° 741 du 24 juillet 2002, la Société Internationale Faso Export (IFEX)<sup>539</sup> en règlement préventif et ordonné la suspension des poursuites individuelles diligentées contre elle. À l'appui de sa décision, le tribunal soutient que le concordat préventif déposé conformément aux dispositions de l'article 7 de la loi précise les mesures et conditions

---

<sup>537</sup> [http://perso.orange.fr/cgtribc/publfile/rappgen/ch1\\_ent\\_diff\\_conciliation](http://perso.orange.fr/cgtribc/publfile/rappgen/ch1_ent_diff_conciliation)

<sup>538</sup> V. sur le critère d'ouverture de la sauvegarde, la récente décision de la Cour de cassation dans l'affaire *Heart of La Défense*, Com. 15 févr. 2011, n° 09-71.436, censurant un arrêt de la Cour de Paris, du 25 févr. 2010, rétractant une décision d'ouverture d'une procédure de sauvegarde rendue par le Trib. de commerce de Paris, le 3 nov. 2008. L'arrêt de la Cour de Paris a suscité beaucoup de critiques: PH. ROUSSEL-GALLE, *Rétractation des jugements d'ouverture des procédures de sauvegarde dans l'affaire "Cœur Défense"*: Dict. perm. Difficultés des entreprises, bull. 313, p. 3957; B. SAINTOURENS, *Conditions d'ouverture de la sauvegarde: le recadrage de la cour d'appel de Paris*, Act. proc. coll. 2010, comm. 112; G. TEBOUL, *L'affaire "Cœur Défense": du nouveau (à propos de CA Paris, 25 février 2010)*, Les Petites Affiches, 9 mars 2010, n° 48, p. 12; F.-X. LUCAS, *Les difficultés des LBO sont-elles solubles dans la sauvegarde?*, Bull. Joly Sociétés 2010, p. 211; P.-M. LE CORRE, *La notion de difficulté que le débiteur ne peut surmonter*, Gaz. Pal. 16 et 17 avr. 2010, p. 13; R. DAMMANN et G. PODEUR, D. 2010, p. 579; M. MENJUCQ, *Affaire Heart of La Défense: incertitudes sur le critère d'ouverture de la procédure de sauvegarde*, Rev. proc. coll., n° 3, mai-juin 2010, p. 13. Dans cette affaire, la Cour de cassation a admis, notamment, que le cumul de la privation de l'actif social unique et du risque subséquent d'exigibilité immédiate d'un prêt est "de nature à conduire à la cessation des paiements" et peut justifier l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, conformément à la notion de difficultés que le débiteur n'est pas en mesure de surmonter et de nature à le conduire à la cessation des paiements, selon la terminologie de l'article L. 620-1, C. com., dans sa rédaction antérieure à l'ord. du 18 déc. 2008 applicable à l'espèce. En deuxième lieu, la Cour de cassation rappelle que "si la procédure de sauvegarde est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin, notamment, de permettre la poursuite de l'activité économique, il ne résulte pas de ce texte que l'ouverture de la procédure soit elle-même subordonnée à l'existence d'une difficulté affectant cette activité". Elle en conclut qu'en refusant l'ouverture de la sauvegarde au motif que les sociétés débitrices n'invoquaient pas que les difficultés qu'elles avaient rencontrées les empêchaient de poursuivre leur activité, "la cour d'appel a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas" (Rev. proc. coll., n° 2, mars-avril 2011, obs. M. MENJUCQ).

<sup>539</sup> TGI Ouagadougou, jugement n° 741 du 24 juillet 2002, Ohadata J-04-44.

envisagées ; que cette proposition est sérieuse et mérite d'être favorablement accueillie ; qu'il convient dès lors de faire droit à la requête de la société et de dire qu'elle est en règlement préventif avec toutes les conséquences de droit. Cette même juridiction reviendra six mois plus tard, par un jugement n° 20 du 29 janvier 2003<sup>540</sup>, pour prononcer la liquidation des biens de la société, au motif qu'il « *est apparu au cours de la procédure des éléments négatifs mettant en cause le règlement préventif précédemment accordé* ».

**269.** Cet insuccès est dû, non seulement au monopole accordé au débiteur dans le déclenchement de la procédure, mais également à l'imprécision qui entoure la situation du justiciable, le législateur ayant retenu comme critères<sup>541</sup> d'admissibilité à la procédure de règlement préventif, à la fois, une « situation non-irréremdiablement compromise » et l'« absence de cessation des paiements », deux notions, en réalité incompatibles. Ce qui engendre de grandes difficultés, tant pour le débiteur que pour les tribunaux, de pouvoir déterminer avec précision, non seulement la qualité du justiciable, mais aussi l'opportunité d'accorder ou non à celui-ci le bénéfice du dispositif de prévention. La conséquence en est que de manière générale, la formation proprement dite du concordat préventif est entamée de façon tardive, réduisant ainsi très sensiblement les chances de réussite de la procédure.

---

<sup>540</sup> TGI Ouagadougou, jugement n° 20 du 29 janvier 2003, Ohadata J-04-188

<sup>541</sup> L'Avant-projet d'amendements à l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif semble corriger cette lacune. L'article 5 du nouveau texte est, en effet, ainsi libellé : « *Le règlement préventif est ouvert au débiteur qui, sans être en état de cessation des paiements, justifie des difficultés économiques ou financières sérieuses.* » Serait ainsi abandonnée, la référence à la situation non irréremdiablement compromise.

## TITRE 2

### UNE PHASE DE FORMATION TARDIVE

- 271.** Le règlement préventif du droit OHADA peut, à des titres divers, se rattacher à plusieurs institutions anciennes que le droit français a pu connaître à diverses reprises et à différentes époques. Tel est le cas du règlement amiable<sup>542</sup>, ainsi que de certains aspects de la procédure de suspension provisoire des poursuites créée par l'ordonnance du 23 septembre 1967. Comme le règlement amiable, le règlement préventif repose sur une base contractuelle ; comme la suspension provisoire des poursuites<sup>543</sup>, il nécessite l'intervention d'un juge ainsi que l'élaboration d'un plan de redressement<sup>544</sup> : le concordat préventif.
- 272.** La procédure du règlement préventif est, en effet, marquée par la volonté de rechercher un accord entre l'entreprise et ses principaux créanciers avant l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. Aussi, la procédure confère-t-elle au juge une fonction qui ne consiste ni à trancher un différend, ni même principalement, à résoudre une difficulté<sup>545</sup>. Si, pour reprendre une formule imagée<sup>546</sup>, son rôle n'est pas celui d'un « juge-pacificateur », ou d'un « juge-arbitre », le président du tribunal intervient dans le règlement préventif comme un organe incitatif, dont la fonction est de pousser à la négociation<sup>547</sup>. En outre, ce premier aspect de la fonction du juge est complété par une autre intervention qui autorise, cette fois-ci, le tribunal à créer, par l'homologation, une situation juridique complètement nouvelle<sup>548</sup>, qui va au-delà du contenu de l'accord préventif, rendant ainsi le processus nettement « judiciarisé ».

---

<sup>542</sup> CHAPUT (Y), *Le règlement amiable*, JCP éd. E, 1985, II, 14455 ; GAVALDA (C) et MENEZ (J), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, JCP éd. G, 1985, n°3196 ; CHAPUT (Y), *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, 2<sup>ème</sup> éd., PUF, 1990, p.127 et s. ; FRÉMEAUX (S), *Remises de dettes et plans de règlement*, Les Petites Affiches, 29 déc. 1997, n° 156, p. 4, n° 21 et 22 ; GUYON (Y), *Le règlement des difficultés des entreprises*, Dr. soc., 1985, 267 ; LABBÉ (M), *Le règlement amiable*, thèse, Paris 1, 1987 ; LE CANNU (P), *Règlement amiable et droit des sociétés*, Bull. Joly, 1986, 811 ; SAVARY (C), *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, Defrénois, 1984, 961.

<sup>543</sup> BAUDRON (A.-M.), *La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 1967*, LGDJ, 1972.

<sup>544</sup> V. à propos de la conciliation, JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit Commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 81, p. 59.

<sup>545</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit Commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 81, p. 60.

<sup>546</sup> OST (F), *Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur : trois modèles de justice*, in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire – Transformations et déplacements*, Bruxelles, 1983, p. 46-47.

<sup>547</sup> MARTIN (J.-F.), *Le règlement amiable*, Gaz. pal. 1984, Doct. 328

<sup>548</sup> PERCEROU (R), *Le traitement judiciaire de la situation des entreprises en difficulté : mythe ou possibilité réelle ?*, Mélanges CHAMPAUD, éd. Dalloz, 1997, p. 506.

**273.** La phase de formation proprement dite du concordat préventif est donc marquée par une prépondérance du rôle du juge, qui lui dénie ainsi un caractère purement contractuel. Elle s'ouvre sur décision du juge : la suspension des poursuites individuelles<sup>549</sup>, dont l'objectif est de permettre à l'entreprise en difficulté de négocier avec ses créanciers un accord de redressement, en étant mise à l'abri des poursuites de ces derniers, et d'obtenir des remises de dettes ou des délais de paiement<sup>550</sup>. Cette première intervention du juge est suivie d'une seconde : l'homologation, afin de faire produire à l'accord conclu son plein effet. Ce qui aurait pu être un facteur d'efficacité, l'accord auquel l'intervention du tribunal confère son effectivité étant librement négocié et conclu entre le débiteur et ses créanciers. Cependant, du fait du prononcé tardif de la décision de suspension (chapitre 1), l'efficacité de l'homologation qui s'en suit se trouve fortement limitée (chapitre 2).

---

<sup>549</sup> Cette procédure a été instituée par l'ordonnance française du 23 septembre 1967 et marquait, par son caractère préventif, une rupture avec le droit antérieur. Elle n'a pas été reprise dans le texte d'origine sur le règlement amiable, mais y a été introduite par la loi du 10 juin 1994 (anc. art. L. 611-4-III, C. com.), alors qu'elle était prévue dans la loi du 30 déc. 1988 relative au règlement amiable agricole. Elle sera ensuite supprimée par la loi de sauvegarde du 26 juill. 2005, parce qu'elle "accentuait le caractère judiciaire de la procédure", ce qui expliquerait qu'elle fût "peu utilisée" par les juges" (SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 30).

<sup>550</sup> BAUDRON (A.-M.), *La suspension provisoires des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 1967*, thèse, LGDJ, 1972, préface CH. GAVALDA, n° 148 et s.



LE PRONONCÉ TARDIF DE LA SUSPENSION DES POURSUITES

**275.** L'objectif de la suspension des poursuites individuelles dans le règlement préventif est à rapprocher de celui de l'arrêt des poursuites de la procédure de redressement judiciaire classique, que ce soit en droit OHADA<sup>551</sup> ou en droit français<sup>552</sup>. Dans l'un comme dans l'autre système, la suspension ou l'arrêt provisoire des poursuites est fondé sur la volonté législative de soumettre l'ensemble des créanciers aux mêmes règles<sup>553</sup>, en conférant ainsi à la procédure un caractère collectif et égalitaire qui ne pourrait pas exister si les créanciers

<sup>551</sup> Art. 75, AUPC : *"La décision d'ouverture suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à faire reconnaître des droits et des créances ainsi que toutes les voies d'exécution tendant à en obtenir le paiement, exercées par les créanciers composant la masse sur les meubles et immeubles du débiteur"*.

<sup>552</sup> La loi du 25 janvier 1985 lui avait déjà donné une force et une portée particulière : une force très grande dans la mesure où, depuis ce texte, les poursuites sont définitivement arrêtées et ne reprennent ni avec l'arrêt d'un plan (Com. 14 mars 2000, RJDA 6/00, n° 687 ; Soc. 10 mai 2006, n° 04-42.076, D. 2006, n° 22, p. 1529, obs. A. LIENHARD), ni par suite de la liquidation pendant toute la durée de celle-ci (Com. 19 déc. 1995, D. 1996, p. 145, note M.-J. CAMPANA ; D. 1996, p. 937, obs. J.-P. SENECHAL ; Rev. proc. coll. 1997, p. 51, obs. F. MACORIG-VENIER. Les poursuites ne pourraient reprendre que dans les hypothèses expressément visées par l'art. L. 622-32, anc. C. com.) ; un domaine très large, puisque le législateur de 1985 avait confirmé les acquis antérieurs en soumettant, dans la lignée de la jurisprudence, tous les créanciers à la règle, qu'ils soient chirographaires ou titulaires de sûretés alors que l'article 35 de la loi du 13 juillet 1967 ne visait que les créanciers démunis de garanties (J.-P. SORTAIS, *La situation des créanciers titulaires des sûretés et de privilèges dans les procédures collectives*, RTD com. 1976, 269). La loi de sauvegarde a repris les textes antérieurs sans y apporter un grand changement (art. L. 622-21-I, C. com. : le jugement d'ouverture de la sauvegarde *"interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant : - à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent, - à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent"*. V. également, RIZZO (F), *Le traitement juridique de l'endettement*, PUAM, 1996, n° 117 et s. ; VALLENS (J.-L.), *L'effet du redressement judiciaire sur les instances en cours*, RTD com. 1991, p. 529 et s. ; VALLANSAN (J), *Redressement et liquidation judiciaires, Arrêt des poursuites individuelles*, J-cl. com. 1993, fasc. 2355 ; RIPERT et ROBLOT, *Traité de Droit commercial*, par DELEBECQUE (P) et GERMAIN (M), T. 2, 1995, LGDJ, n° 2969 et s. ; DERRIDA (F), GODE (P) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises...*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 521 et s. ; GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, op. cit., n° 1239 et s. ; SOINNE (B), *Traité des procédures collectives*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1039 et s. ; CHEVALLIER (V), *Les conditions d'ouverture des nouvelles procédures collectives*, in *Faillites*, D. 1971 ; BLONDEL (PH), *Le plan*, in *Faillites*, sous la direction de R. RODIERE, D. 1971, p. 368 ; VASSE (S), *La constitution de la masse*, in *Faillites*, sous la direction de R. RODIERE, D. 1970, p. 125 ; VIALA (Y), *Le principe de l'égalité des créanciers dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, thèse, Toulouse, 2001 ; MARTIN-SERF (A), *Les créanciers munis de sûretés dans les nouvelles procédures collectives de liquidation et de redressement des entreprises*, thèse, Nancy, 1974 ; SORTAIS (J.-P.), *La situation des créanciers titulaires de sûretés et de privilèges dans les procédures collectives*, RTD com. 1976, p. 269 ; OVERSTAKE (F), *Sûretés et revendications*, in *Faillites*, D. 1970, op. cit., p. 217 ; GOMAA (N), *Le concordat*, in *Faillites*, D. 1970, op. cit., p. 303 ; DE LA PRADELLE (G), *L'Union*, in *Faillites*, D. 1970, op. cit., p. 335 ; MARTIN-SERF (A), *Réflexion sur la nature contractuelle du concordat*, RJ com. 1980, p. 293.

<sup>553</sup> LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 378, p. 264

continuaient d'agir séparément pour obtenir paiement de ce qui leur est dû<sup>554</sup>. La règle est d'ordre public en droit tant interne qu'international<sup>555</sup>.

**276.** Par-delà cet objectif, la suspension des poursuites dans le cadre du règlement préventif est destinée à favoriser la conclusion d'un accord entre l'entreprise en difficulté et ses créanciers (le concordat préventif), l'entreprise étant mise à l'abri des poursuites intempestives de ces derniers. Il convient donc d'analyser la décision de suspension des poursuites en matière de règlement préventif (section 1), avant d'en appréhender le but et les effets (section 2).

### SECTION 1

#### LA DÉCISION DE SUSPENSION DES POURSUITES INDIVIDUELLES

**277.** Aux termes de l'article 8, AUPC, 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. La suspension des poursuites ne peut donc avoir lieu qu'après le dépôt d'une offre de concordat préventif (§-1) par le débiteur, qui doit alors entrer en négociation avec ses principaux créanciers, avec l'aide de l'expert (§-2), en vue de trouver un accord sur les modalités de redressement de l'entreprise commerciale.

#### §.1- Le moment du prononcé de la décision de suspension

**278.** La décision de suspension des poursuites individuelles diligentées contre le patrimoine du débiteur est soumise au dépôt d'une offre de concordat préventif (A) ; ce qui peut être tardif et impropre à favoriser l'efficacité de la mesure, puisque ce dépôt peut n'intervenir qu'un mois après la requête en règlement préventif. Un prononcé immédiat de la décision de suspension semble à cet égard beaucoup plus propice à favoriser une ouverture rapide de la phase de formation du concordat ; ce qui garantirait une plus grande efficacité de la procédure (B)

---

<sup>554</sup> VALLENS (J.-L.), *L'effet du redressement judiciaire sur les instances en cours*, RTD com. 1991, 529

<sup>555</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 mars 1988, D. 1989, 577, note J. ROBERT ; 5 févr. 1991, Bull. civ. I, n° 44, p. 28 ; 19 déc. 1995, D. aff. 1996, 241, et plus récemment, Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 mai 2009, n° 08-10281, B, D. 2009, 1422, note DELPECH, qui rappelle que "le principe de suspension des poursuites individuelles en matière de faillite est à la fois d'ordre public interne et international".

## A- Une décision soumise à l'offre de concordat

**279.** La nature de la décision de suspension des poursuites individuelles, en elle-même, ne devrait soulever de problème majeur. L'absence de contradiction excluant le référé<sup>556</sup>, le régime des ordonnances sur requête<sup>557</sup> semble donc le plus proche<sup>558</sup>. Toutefois, à s'en tenir à la lettre de l'article 8, AUPC, le président de la juridiction compétente ne semble disposer d'aucun pouvoir d'appréciation<sup>559</sup> quant à l'opportunité du prononcé de la décision. Le texte dispose, en effet, que « *dès le dépôt de la proposition de concordat préventif, celle-ci est transmise, sans délai, au Président de la juridiction compétente qui rend une décision de suspension des poursuites individuelles...* » Cela veut dire que le juge est tenu de prononcer de manière automatique la suspension des poursuites dès réception de l'offre du débiteur. Il n'a ainsi semble-t-il pas le droit d'examiner le contenu de la proposition et ne semble même pas pouvoir opposer un refus au débiteur, puisque la décision de suspension n'est apparemment pas motivée et n'est susceptible d'aucune voie de recours<sup>560</sup>. Le président ne peut se faire une idée de la viabilité des propositions du débiteur qu'à l'issue du rapport de l'expert qu'il est tenu de nommer en même temps dans la décision de suspension des poursuites individuelles. Pourquoi alors attendre le dépôt d'une proposition concordataire avant le prononcé de la suspension des poursuites ?

---

<sup>556</sup> CALENDINI (J.-M.), *La loi du 1<sup>er</sup> mars 1984...*, Les Petites Affiches, 1984, n° 62, p. 16 ; GUYON (Y), *Droit des affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op cit., n° 1086, p. 96 ; CALENDINI (J.-M.), *Commentaire du décret du 1<sup>er</sup> mars 1985*, Les Petites Affiches, 1985, p. 22, n° 83 ; v. à propos du règlement amiable, art. 39-1 nouveau du décret du 1<sup>er</sup> mars 1985, pris pour l'application de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 sur le règlement amiable, qui dispose que les ordonnances prises en matière de règlement amiable sont exécutoires de plein droit, à titre provisoire, et sont susceptibles d'un recours en rétractation formé en référé, par tout intéressé.

<sup>557</sup> V. à propos de la décision de désignation du conciliateur, GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1086, pour qui cette décision "prend la forme d'une ordonnance sur requête, et est susceptible d'un recours en rétractation, notamment en cas de rejet, puis d'un appel (Décret du 1<sup>er</sup> mars 1985, art. 39-1)".

<sup>558</sup> La plupart des décisions rendues en la matière font d'ailleurs état d'ordonnance de suspension des poursuites : CA, Abidjan, 1<sup>er</sup> avril 2005, NORDISK c/ HAIDAR BOIS EXOTIQUE, Juris-Ohada, n° 4/2006 p. 40 ; CA, Lomé, 2 septembre 2008, BIA-TOGO c/ UDECTO SA ; Tribunal régional hors classe de Dakar, Jugement N° 1466 du 30 juillet 2001, OHADATA J-04-339 ; Tribunal régional hors classe de Dakar, ordonnance du 23 février 2001, Ohadata J-04-338 ; Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou, Jugement n° 286 du 03 novembre 2004, Ohadata J-05-233 ; Tribunal de Première Instance de Libreville, Jugement, Répertoire n° 48/2002-2003 du 11 juillet 2003, Ohadata J-04-144 ; Tribunal de Première Instance de Libreville, Ordonnance de référé, Répertoire n° 714/ 2002-2003 du 26 septembre 2003, Ohadata J-04-145 ; Tribunal de première Instance de Douala-Bonanjo, Ordonnance n° 251 du 29 juin 2006, Affaire OMAIS KASSIM c/ La société S.D.V. CAMEROUN SA, note Jean GATSI et Willy James NGOUE ; Ohadata J-07-81.

<sup>559</sup> ROUSSELL-GALLE (Ph), *OHADA et difficultés des entreprises, Etude critique*, op. cit., n°24.

<sup>560</sup> Article 22, AUPC.

**280.** En effet, aux termes de l'article 7, AUPC, le débiteur a jusqu'à un mois, à partir de la requête en règlement préventif, pour déposer l'offre de concordat, dépôt après lequel est prononcé la suspension des poursuites diligentées par les créanciers contre le patrimoine de l'entreprise débitrice. Or, pendant ce laps de temps, ces derniers, informés des difficultés du débiteur, ont eu le temps de recouvrer leurs créances, ou au moins de prendre les dispositions nécessaires, afin d'en garantir le recouvrement. Les créanciers chirographaires ont ainsi pu réclamer et obtenir des souscriptions de garanties, les créanciers nantis ou disposant de privilèges ont pu renforcer ceux-ci. Dans ces conditions, la suspension des poursuites individuelles risque de n'intervenir que tardivement, et son objectif, difficile à atteindre, étant entendu que la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses créanciers, que vise la suspension des poursuites, n'est généralement obtenue que lorsque ces derniers jugent la procédure préventive de nature à mieux préserver leurs intérêts qu'une procédure collective classique. Aussi refusent-ils, de façon générale, le dialogue dès lors qu'ils ont organisé leur désengagement et n'ont plus beaucoup de risques<sup>561</sup>.

**281.** Il aurait fallu prévoir le prononcé de cette suspension automatique des poursuites beaucoup plus tôt, notamment dès le dépôt de la requête introductive d'instance par le débiteur, à l'instar de ce qui se fait dans un certain nombre de systèmes juridiques modernes. C'est l'exemple du droit américain où s'applique la règle de suspension automatique des poursuites – *automatic stay*, indépendamment de toute décision du tribunal, la procédure de suspension automatique étant ouverte dès que la requête du débiteur est enregistrée<sup>562</sup>. C'est également le cas du droit libanais où le simple dépôt de la demande de concordat préventif emporte *de facto* suspension immédiate des poursuites individuelles. Ainsi, aucun créancier antérieur ne peut, à peine de nullité, entamer ou poursuivre une procédure d'exécution, acquérir un droit de préférence quelconque sur les biens du débiteur, ni faire inscrire une hypothèque<sup>563</sup>. C'est encore l'exemple du droit Allemagne et du droit Canadien.

**282.** En Allemagne, le tribunal peut prendre des mesures conservatoires, parmi lesquelles la suspension des poursuites<sup>564</sup>, et ce, avant même de se prononcer sur la recevabilité et sur la validité de la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La nouvelle loi qualifie

---

<sup>561</sup> GAVALDA (CH) et MENEZ (J), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, JCP G, 1985, I, 3196, n°15

<sup>562</sup> Doc Sénat, n° 135, Etude de législation comparée, *op. cit.*, Juin 2004, p. 9.

<sup>563</sup> NAMMOUR (F), *Les procédures collectives en droit libanais*, *op. cit.*, p. 184.

<sup>564</sup> LEGAIS (R) et LUCAS (S), *Code allemand de l'insolvabilité du 5 oct. 1994*, Juriscope 1998, § 21.2.3.

cette mesure d'administration provisoire de l'insolvabilité et oblige le tribunal de l'insolvabilité à prendre toutes mesures qui apparaissent nécessaires pour empêcher, jusqu'à la décision sur la demande d'ouverture de la procédure, la détérioration de la situation économique du débiteur<sup>565</sup>. La réforme de 1992 de la loi canadienne sur la faillite et l'insolvabilité, quant à elle, permet au débiteur insolvable d'anticiper la suspension des poursuites. Auparavant accordée automatiquement au moment du dépôt d'une « proposition concordataire », visant à modifier les modalités de remboursement des dettes, la suspension des poursuites peut désormais commencer plus tôt : dès le dépôt par le débiteur d'un *avis d'intention* de déposer une telle proposition<sup>566</sup>.

### **B- L'intérêt d'une suspension dès le dépôt de la requête en règlement préventif**

**283.** Le juge OHADA pourrait, en effet, ouvrir la procédure du règlement préventif, dès le dépôt de la requête en règlement préventif, en prononçant la suspension des poursuites individuelles dirigées contre le patrimoine du débiteur, l'objectif étant d'éviter que les biens nécessaires à la poursuite de l'activité fassent l'objet de saisies ou autres mesures similaires. À cette même occasion serait désigné un expert, afin de faire rapport au président de la juridiction compétente sur la situation économique et financière du débiteur. La désignation d'un expert à cette étape de la procédure aurait ainsi tout son sens ; il devrait sans doute s'agir d'un expert en diagnostic d'entreprise, mieux prédestiné à cette tâche<sup>567</sup>. Celui-ci devra déposer son rapport dans un délai de deux mois, à compter de la décision d'ouverture ; le débiteur de son côté devra, dans ce même délai, déposer une offre de concordat préventif. C'est dire que pendant cette période, le débiteur pourrait bénéficier de l'assistance de l'expert, mis au fait de sa situation, pour élaborer un projet de concordat pouvant convaincre, non seulement les créanciers, mais aussi le juge du caractère « redressable » de l'entreprise débitrice.

**284.** À l'issue de cette période de deux mois, le président de la juridiction compétente pourra, au vu du rapport de l'expert, ainsi que des propositions du débiteur, apprécier la situation globale de celui-ci, mais également ses chances de redressement. Un délai de huit jours, à compter du dépôt du rapport de l'expert et de l'offre de concordat, devrait suffire pour lui permettre de prendre avec une grande liberté d'appréciation sa décision. S'il rejette la requête, cela peut

---

<sup>565</sup> Etude Juriscope, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté en Allemagne*, Janv. 1999, p.5

<sup>566</sup> Doc Sénat, n° 135, Etude de législation comparée, *op. cit.*, Juin 2004, p. 21.

<sup>567</sup> LE CANNU (P), *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, *op. cit.*, n° 189, p. 146.

avoir deux explications : soit, les difficultés rencontrées peuvent se régler sans que l'on ait recours au concordat, soit l'entreprise est déjà en cessation des paiements. Il peut, en outre estimer que la négociation ne donnera rien, notamment parce que la prévision de résultats est très mauvaise, ou que les chances de redressement sont nulles, en raison du type d'activités de l'entreprise<sup>568</sup>.

**285.** Si le débiteur est en cessation des paiements, le tribunal peut se saisir d'office et ouvrir une procédure de redressement judiciaire. Et s'il estime que le redressement est manifestement impossible, parce que la situation économique et financière du débiteur est irrémédiablement compromise, il prononcera la liquidation des biens.

**286.** Si le président estime que la situation du débiteur ne relève d'aucune procédure collective, il mettra fin à la suspension des poursuites individuelles, ainsi qu'à la mission de l'expert. Ce qui suppose, dans ce cas précis, que le débiteur peut ou a trouvé solution à ses difficultés dans le cadre d'un accord amiable avec ses créanciers<sup>569</sup>. Tout rejet de la requête en règlement préventif devra pouvoir être attaqué par la voie de l'appel qui pourrait être interjeté dans le délai de quinze jours, à compter de la décision de rejet<sup>570</sup>.

**287.** Le président de la juridiction compétente peut, au contraire, admettre l'entreprise au bénéfice du concordat préventif. Il pourra alors, soit mettre fin aux fonctions de l'expert et nommer un négociateur, ou bien reconduire l'expert, s'il juge qu'il dispose des compétences nécessaires, en vue d'offrir ses bons offices au débiteur et ses créanciers pour parvenir à un accord sur les mesures et modalités de redressement proposées par le débiteur. Un gestionnaire ou un juriste professionnel<sup>571</sup> semble, toutefois, mieux indiqué pour assumer les fonctions de négociateur, étant donné qu'il serait également appelé à superviser l'exécution du concordat, une fois homologué. Le négociateur devra disposer d'un délai d'un mois<sup>572</sup> pour déposer le concordat conclu entre le débiteur et ses créanciers, délai au cours duquel serait maintenue la mesure de

---

<sup>568</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 96, p. 71.

<sup>569</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 298, p. 165.

<sup>570</sup> Article 23, AUPC.

<sup>571</sup> LE CANNU (P), LUCHEUX (J.-M.), PITRON (M) et SÉNÉCHAL (J.-P.), *Entreprises en difficulté - Prévention, redressement et liquidation judiciaires*, éd. GLN Joly, 1994, n° 185, p. 94.

<sup>572</sup> Le délai d'un mois peut paraître trop court pour permettre au débiteur de parvenir à un accord avec ses créanciers sur les modalités de remise à flot de l'exploitation commerciale. Mais, en réalité, les contacts auront déjà été établis avec les créanciers pendant l'élaboration du projet de concordat, les mesures proposées ayant certainement été prises sur avis de l'expert, après concertation avec les créanciers. On peut, néanmoins, prévoir qu'il puisse être, éventuellement, prorogé d'un mois supplémentaire, en cas de nécessité.

suspension des poursuites individuelles, et qui ne devrait prendre fin qu'avec l'homologation du concordat.

**288.** Toutefois, l'intervention judiciaire dans la procédure de règlement préventif du droit OHADA n'a lieu qu'après le dépôt, par le débiteur, d'une proposition de concordat, manifestant ainsi sa volonté de négocier avec ses créanciers. À cet effet, l'article 8, AUPC, prévoit que la décision qui prononce la suspension des poursuites nomme un expert, dont la mission sera, entre autres, de concourir à cette négociation.

## **§.2- Les suites de la suspension des poursuites : la négociation du concordat**

**289.** Une fois acquise l'autorisation de régler à l'amiable les difficultés de l'entreprise, le juge cède le devant de la scène aux parties, la convention évoluant, toutefois, dans un environnement judiciaire<sup>573</sup>. Ainsi, sans perdre son fondement contractuel, le règlement préventif est mené sous les auspices judiciaires, permettant au débiteur et ses créanciers de négocier librement, avec le concours de l'expert.

### **A- Les parties à la négociation**

**290.** La négociation des termes de l'accord préventif se déroule entre l'entreprise en difficulté et ses créanciers, et rentre, pour le débiteur, dans le cadre des rapports d'une personne morale avec les tiers<sup>574</sup>. Par conséquent, ce sont les représentants légaux de cette personne morale qui doivent participer aux discussions. S'il s'agit d'un commerçant, personne physique, il ne fait aucun doute que ce dernier est habilité à participer à la négociation. Toutefois, du fait de la suspension des poursuites, les pouvoirs des dirigeants peuvent être limités, sans qu'il y ait lieu de parler de dessaisissement<sup>575</sup>. Il s'agira, dans tous les cas, pour le débiteur, de faire accepter par ses créanciers, ou au moins les principaux<sup>576</sup> d'entre eux, les remises et délais sollicités en

---

<sup>573</sup> LE CANNU (P), LUCHEUX (J.-M.), PITRON (M) et SÉNÉCHAL (J.-P.), *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 184.

<sup>574</sup> LE CANNU (P), *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n° 191, p. 147.

<sup>575</sup> Article 11, AUPC; LE CANNU (P), LUCHEUX (J.-M.), PITRON (M) et SÉNÉCHAL (J.-P.), op. cit., n° 188.

<sup>576</sup> En droit français, il a été précisé par le garde des sceaux, à propos du règlement amiable de la loi 1984, que cette solution a été retenue dans un souci de souplesse, de rapidité, aussi bien que d'efficacité: "Il importe de mettre entre les mains des parties concernées les meilleures possibilités d'accord. Il est donc indispensable d'éviter que le conciliateur n'ait à recevoir ou à réunir la totalité des créanciers en vue de parvenir à un accord avec chacun d'entre eux... C'est la raison pour laquelle nous avons proposé la formule "principaux créanciers", étant entendu qu'il appartient au conciliateur d'apprécier cette notion" (Déclaration du garde des sceaux, J.O., 17

vue du redressement de son exploitation. D'où la nécessité pour lui d'élaborer un plan sérieux et fiable<sup>577</sup>, assurant la viabilité de l'entreprise, donc la consolidation ou le retour à une marge brute d'autofinancement positive<sup>578</sup>. Il est, en effet, évident que l'entreprise ne pourra obtenir un concordat préventif de la part de ses créanciers que si, à l'appui de ce moratoire sont prévues et programmées un certain nombre de mesures qui donneront au plan de redressement un véritable caractère de crédibilité<sup>579</sup>.

**291.** S'agissant des créanciers, on rappellera que le règlement préventif étant de nature contractuelle, seuls devraient y participer les créanciers qui le veulent bien. Cependant, comme nous l'avons vu, la négociation se fera avec les créanciers désignés par le débiteur dans la requête introductive, avec toutes les conséquences relevées : notamment la possibilité de poursuites diligentées par les créanciers non appelés, ce qui est de nature à perturber gravement le redressement envisagé. Il aurait fallu, par conséquent, viser les principaux créanciers<sup>580</sup>, étant donné que la liste de tous les créanciers, avec indication du montant de leurs créances, est jointe à la demande déposée par le débiteur, conformément aux dispositions de l'Acte uniforme<sup>581</sup>. De cette manière, le président ou l'expert pourrait user de son autorité morale pour convaincre le débiteur à appeler tel ou tel créancier qu'il avait préféré laisser en dehors de la négociation<sup>582</sup>.

**292.** Seraient ainsi appelés à participer à la négociation, ceux qui détiennent le pouvoir, en précipitant le recouvrement de leur créance, et faute de concession, de paralyser la vie de

---

nov. 1983, Débat Sénat, p. 2954); MATHIEU (M), *La participation du banquier au règlement amiable des difficultés des entreprises*, JCP E 1986, 14805, p. 690.

<sup>577</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 310.

<sup>578</sup> GAVALDA (CH) et MENEZ (J), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n° 15.

<sup>579</sup> V. PAILLUSSEAU (J), *L'ouverture du règlement judiciaire*, in *L'enjeu du nouveau droit des faillites*, Litec, 1985, p. 18 et s.; v. sur l'ensemble de la question de crédibilité du plan de redressement, BEHAR-TOUCHAIS (M), *Les plans de sauvegarde et de continuation*, Rev. proc. coll. 2005-4, p. 363; BLANC (G), *Le plan de sauvegarde*, Rev. proc. coll. 2006, p. 182; LEBEL (C), *L'élaboration du plan de redressement de l'entreprise*, PUAM, 2000; *Les plans de sauvegarde et de redressement dans l'ordonnance du 18 décembre 2008*, Gaz. Pal. 6-7 mars 2009, p. 46; LUCAS (F.-X.), *Du plan de continuation au plan de sauvegarde, la restructuration de l'entreprise*, Lamy dr. aff. mars 2005, p. 35; Les Petites Affiches, 8 févr. 2006, p. 75; MONSERIE-BON (M.-H.), *Le plan de sauvegarde issu de la loi du 26 juillet 2005*, Dr. et patri. mars 2006, p. 73; PEROT-REBOUL (C), *Les plans dans la loi de sauvegarde des entreprises*, Les Petites Affiches, 17 févr. 2006, n° 35, p. 30.

<sup>580</sup> En droit français, l'art. 35, al. 3, de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984, relative au règlement amiable, visait un accord conclu avec "les principaux". La loi de 1994 n'a pas repris la notion de "principaux créanciers" pour l'accord du règlement amiable de droit commun ; le conciliateur devait "rechercher la conclusion d'un accord avec les créanciers" (art. 36, al. 1<sup>er</sup>), mais le maintint pour le règlement amiable agricole (art. 25). Mais, la loi de 2005 va ramener la notion dans la procédure de conciliation en décidant que l'accord peut réunir les "les principaux créanciers" ainsi que, si le conciliateur l'estime utile, "ses contractants habituels" (C. com., art. L. 611-7).

<sup>581</sup> Article 6, AUPC : "En même temps que la requête, le demandeur d'un règlement préventif doit déposer : ... l'état chiffré des créances et des dettes avec indication du nom et du domicile des créanciers et des débiteurs".

<sup>582</sup> LE CANNU (P), *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n° 194.



l'entreprise et de l'amener au dépôt du bilan<sup>583</sup> ; c'est-à-dire, selon un critère quantitatif et objectif, ceux dont le montant des créances est élevé et qui disposent d'importantes garanties<sup>584</sup>. Peu importe, par conséquent, que la créance ne soit pas exigible, ni même liquide. Un titre exécutoire n'est pas nécessaire<sup>585</sup>. L'important est qu'elle risque de le devenir à brève échéance. On retrouve souvent parmi cette catégorie, le Trésor, la Sécurité sociale, les organismes de prévoyance, les banques et les principaux fournisseurs<sup>586</sup>. Pourront, en outre, être appelés, les créanciers de moindre importance, mais dont l'effort peut contribuer au fonctionnement de l'entreprise<sup>587</sup>. Les salariés ne figureront, en général, pas parmi les principaux créanciers<sup>588</sup>.

**293.** En tout état de cause, le règlement préventif doit toucher un nombre suffisant de créanciers, ou, plus exactement, une part suffisante du passif<sup>589</sup>, pour que l'accord revête une réelle utilité économique, et puisse atteindre son efficacité, c'est-à-dire, permettre la réussite du plan de sauvetage. Sur tous ces points, le président devrait pouvoir contrôler la demande du débiteur et devrait pouvoir l'inviter à la modifier, s'il l'estime nécessaire à la réussite de l'opération.

**294.** Entre ces deux parties – le débiteur et les créanciers – la négociation s'instaurera librement<sup>590</sup> en la présence de l'expert, dont les suggestions pourraient en pratique être déterminantes. Le débiteur tentera d'obtenir des sacrifices, les créanciers chercheront à les mesurer et à en

---

<sup>583</sup> GAVALDA (CH) et MENEZ (J), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n°19.

<sup>584</sup> SOINNE (B), *La réforme des procédures collectives: la confusion des objectifs et des procédures*, Rev. proc. coll. 2004-2, p. 81 et s.; CHAPUT (Y), *La nouvelle architecture du droit français des procédures collectives*, JCP G 2005-46, I, 184, n° 37 et s.; LEGROS (J.-P.), *La nouvelle procédure de sauvegarde*, Dr. sociétés, novembre 2005, n° 31; PETEL (P), *Le nouveau droit des entreprises en difficulté*, JCP E 2005-42, 1509, n° 90.

<sup>585</sup> LE CANNU (P), *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n° 193.

<sup>586</sup> MARTIN (J.-F.), *Le règlement amiable*, Gaz. pal. 1984, II, 328, n° 21; v. pour des opinions d'après la réforme, BREMOND (G) et SCHOLASTIQUE (E), *Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire*, JCP E 2006, 10, 1405; DAMMANN (R), *Les comités de créanciers dans la loi de sauvegarde*, Rev. Lamy dr. aff., mars 2006, p. 65; LE CORRE (P.-M.), *Les irrégularités affectant la composition et le vote des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire*, D. 2007, p. 822.

<sup>587</sup> RIVES-LANGE (J.-L.), *Le règlement amiable, bilan de trois années d'application*, Banque et droit, n° 2, janvier-février 1989, p. 5.

<sup>588</sup> GUYON (Y), *Le règlement des difficultés des entreprises*, Dr. soc., 1985, 267

<sup>589</sup> Traitant de la notion de "principaux créanciers" de l'art. 35, al. 3, de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984, le Prof. LE CANNU observe que dans cette notion, on peut repérer d'abord une signification quantitative, l'appréciation étant ainsi fonction de la dimension de l'entreprise débitrice. Ensuite, les garanties dont la créance est pourvue sont de nature à la faire accéder au rang de créance principale, ces considérations étant sans doute plus importantes que celles qui tiennent à la seule personnalité du créancier quoique la politique de recouvrement des créanciers ne soit pas non plus un élément négligeable (*Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n° 194, p. 149).

<sup>590</sup> GAVALDA (CH) et MENEZ (J), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n°20.

évaluer la nécessité<sup>591</sup>. En effet, contrairement au redressement judiciaire, il existe en matière de règlement préventif une véritable liberté de négociation. Le caractère contractuel de la procédure permet, ainsi, aux créanciers de discuter les conditions de l'accord, les sacrifices consentis pouvant trouver une contrepartie dans les obligations nouvelles à la charge du débiteur<sup>592</sup>. La négociation peut être menée par l'expert, qui rend compte au président du tribunal.

## **B - Le rôle de l'expert dans la négociation**

**295.** S'agissant de l'expert, l'article 12-3, AUPC, dispose qu'il entend le débiteur et les créanciers et leur prête « *ses bons offices* » pour parvenir à la conclusion d'un accord sur les modalités de redressement de l'entreprise et l'apurement de son passif. Il est donc le « *Monsieur Bons Offices* »<sup>593</sup> de la procédure. Sa première tâche consistera, aux termes de l'article 12-1, AUPC, à apprécier la situation du débiteur. De façon concrète, cela veut dire qu'il devra faire une évaluation de l'entreprise désireuse d'obtenir le concordat préventif et analyser les causes de ses difficultés pour établir une sorte de diagnostic<sup>594</sup>. Ce qui confirme encore l'idée développée plus haut, selon laquelle les présidents de juridiction devraient désigner en qualité d'expert, de véritables experts en diagnostic d'entreprise. Sa mission essentielle est de faciliter une négociation par nature très délicate<sup>595</sup> ; pour cela, il dispose d'une autorité morale qu'il ne faut pas négliger<sup>596</sup>.

---

<sup>591</sup> LE CANNU (P), LUCHEUX (J.-M.), PITRON (M) et SÉNÉCHAL (J.-P.), *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 198.

<sup>592</sup> BAYLE (M), *De l'intérêt du règlement amiable*, op. cit., n° 14 et 15.

<sup>593</sup> GAVALDA (CH) et MENEZ (J), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n°14.

<sup>594</sup> Au sujet du rôle du conciliateur, dans la négociation de l'accord de règlement amiable, il a été estimé qu'il devra procéder à une sorte de restructuration consistant à évaluer les mesures commerciales, industrielles, sociales et financières qui doivent être mises en œuvre pour obtenir une consolidation. Ainsi, en matière industrielle par exemple, l'entreprise devra être replacée sur son marché par rapport à la concurrence et à la compétitivité de ses produits. Il peut aussi être utile de faire une évaluation des moyens de production de l'entreprise et de vérifier si les machines ne sont pas dépassées ou obsolètes. Enfin, il faudra évaluer la rentabilité de l'entreprise en rapport avec sa masse salariale. Il se peut en effet que l'on débouche sur la nécessité de bâtir un véritable plan social dont le but sera de ramener les effectifs à un volume convenable. De l'ensemble de ces approches très diversifiées devront résulter de nouveaux comptes d'exploitation prévisionnels enregistrant le retour à la capacité d'autofinancement: GAVALDA (CH) et MENEZ (J), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit. n°15.

<sup>595</sup> LE CANNU (P), LUCHEUX (J.-M.), PITRON (M) et SÉNÉCHAL (J.-P.), *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 194.

<sup>596</sup> MARIANI-RIELA (M.-C.), *Le règlement amiable des entreprises*, Université de Nice Sophia-Antipolis, septembre 1991, n° 307 et s.

**296.** Mais, il ne peut imposer une solution de son propre crut<sup>597</sup>. Il ne devra, dans cette phase de la procédure, ni se substituer au chef d'entreprise, qui doit rester étroitement engagé<sup>598</sup>, ni faire montre d'une autorité que ses fonctions ne lui accorderaient pas<sup>599</sup>, en cherchant, par exemple à imposer des obligations aux créanciers ou même au débiteur. Sa vertu essentielle résidera en ses facultés de négociation, son rôle consistant plutôt à rapprocher les points de vue<sup>600</sup> : il informe, il organise les contacts, il incite à la négociation et il rend compte de sa mission, qu'elle réussisse ou non, au président, en déposant son rapport dans le délai imparti, sous peine d'engager sa responsabilité<sup>601</sup>.

**297.** À cet égard, l'impossibilité pour l'expert de parvenir à un accord entre le débiteur et ses créanciers serait caractéristique de la survenance de la cessation des paiements ou même révélatrice du caractère irrémédiablement compromise de la situation financière du débiteur, la conclusion d'un accord étant seule à même d'éviter la cessation des paiements.

### **C - Le président du tribunal dans la négociation**

**298.** Celui-ci n'est plus au premier plan durant la phase de négociation<sup>602</sup>, ce qui ne veut pas dire qu'il reste inactif. Outre un rôle de surveillance, traduit par l'obligation de rendre compte qui pèse sur l'expert<sup>603</sup>, le président continue de remplir sa fonction de garant du bon déroulement de la procédure<sup>604</sup>. Il peut, par conséquent, modifier les données du processus en cours en accordant à l'expert le délai d'un mois supplémentaire pour déposer son rapport<sup>605</sup>, ou même

---

<sup>597</sup> GYON (Y), *Le règlement des difficultés des entreprises*, Dr. soc., 1985, 267, op. cit., pour qui le conciliateur en matière de règlement amiable du droit français, "n'a aucun pouvoir propre".

<sup>598</sup> V. SOINNE (B), *Traité des procédures collectives*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 113, qui écrit au sujet du conciliateur, que ce dernier n'a aucune fonction de gestion ou d'administration de l'entreprise. Il n'a pas à intervenir dans les actes ou dans l'exploitation du débiteur. Il ne saurait ainsi avoir de responsabilité dans la poursuite d'une exploitation déficitaire ou dans l'absence de dépôt de bilan dans la quinzaine de l'état de cessation des paiements.

<sup>599</sup> GAVALDA (CH) et MENEZ (J), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit. n° 15.

<sup>600</sup> LE CANNU (P), *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n° 198, p. 152.

<sup>601</sup> La responsabilité de l'expert n'est engagée, aux termes de l'article 13, al. 2, AUPC, que lorsqu'il ne respecte pas le délai de deux mois, éventuellement prorogé d'un mois, pour déposer son rapport. On peut, néanmoins, estimer, à la suite de B. SOINNE, n° 113, précité, que la responsabilité serait également engagée s'il s'est immiscé dans la gestion ou dans l'administration de l'entreprise, ou encore dans le cas où le rapport qu'il a présenté reflèterait une situation frauduleusement inexacte de l'entreprise.

<sup>602</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La légitimité des tribunaux de commerce*, in *La légitimité des juges*, UFR Droit, PU Toulouse, 2002, p. 173.

<sup>603</sup> Article 8, AUPC.

<sup>604</sup> RAIBAUT (J), *Point de vue d'un président de tribunal de commerce sur le sort des entreprises en difficulté*, Lamy, dr. aff. mars 2005, suppl. au n° 80, p. 28.

<sup>605</sup> Article 13, AUPC : "L'expert commis dépose au greffe, en double exemplaire, son rapport contenant le concordat préventif proposé par le débiteur ou conclu entre lui et ses créanciers, dans les deux mois de sa

en remplaçant celui-ci, si cela s'avère nécessaire pour la bonne marche des négociations. Mais il ne peut pas appeler lui-même d'autres créanciers, ce rôle étant exclusivement confié au débiteur par les textes<sup>606</sup>. On peut estimer qu'en pratique le président peut intervenir dans les phases délicates de la négociation et donner son point de vue aux créanciers comme au débiteur<sup>607</sup>. Mais, peut-il arrêter le processus du règlement préventif ?

**299.** La réponse ne fait aucun doute, s'il apparaît que durant le processus, le débiteur est en cessation des paiements ; mais, dans ce cas, ce n'est pas le président du tribunal seul qui prend la décision. C'est en effet au tribunal que l'article 15-1, AUPC, donne pouvoir de prononcer d'office, et à tout moment, le redressement judiciaire ou la liquidation des biens, s'il constate la cessation des paiements. Mais, en l'absence de toute procédure de redressement judiciaire, le président de la juridiction compétente peut-il rétracter la nomination de l'expert ?

**300.** La question relève plus du droit processuel que du droit des procédures collectives. La décision de nomination de l'expert ayant la nature d'une ordonnance sur requête, la rétractation devrait être possible. Ce serait, par exemple, dans le cas du Togo, sur le fondement de l'article 165 du Code de procédure civile, qui dispose expressément que le juge « *a la faculté de modifier ou de rétracter son ordonnance* »<sup>608</sup>. Ce devrait être la même solution dans la plupart des Etats francophones de l'espace OHADA, dont le système judiciaire, calqué sur celui français, est pratiquement identique. C'est d'ailleurs en ce sens que se prononcent les juges, en mettant fin à la suspension des poursuites individuelles, lorsque l'expert ne respecte pas le délai qui lui est imparti pour déposer son rapport<sup>609</sup>. Ce qui empêche cette mesure d'atteindre son but.

**301. Synthèse de la section 1.** Il ne fait aucun doute que la règle de suspension des poursuites individuelles instituée par le droit OHADA dans le cadre du règlement préventif est conforme au souci de résorption anticipée des difficultés de l'entreprise. Mais la condition de sa mise en

---

*saisine, au plus tard, sauf autorisation motivée du Président de la juridiction compétente de proroger ce délai d'un mois*".

<sup>606</sup> Article 9, AUPC.

<sup>607</sup> LE CANNU (P), LUCHEUX (J.-M.), PITRON (M) et SÉNÉCHAL (J.-P.), *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 193.

<sup>608</sup> Décret n° 82-50 du 15 mars 1982, portant Code de procédure civile, *J.O.R.T.* n° 8, du 15 mars 1982.

<sup>609</sup> V. à titre d'exemple : CA, Abidjan, 1er avril 2005, *NORDISK c/ HAIDAR BOIS EXOTIQUE*, *Juris-Ohada*, n° 4/2006 p. 40, qui prononce la caducité d'une ordonnance de suspension des poursuites pour défaut de dépôt du rapport de l'expert ; CA, Lomé, 2 septembre 2008, *BIA-TOGO c/ UDECTO SA* : annulation de l'ordonnance de suspension des poursuites individuelles pour défaut de dépôt de son rapport par l'expert.

œuvre semble constituer un obstacle de taille à son efficacité. Une décision de suspension des poursuites, prononcée beaucoup plus tôt, notamment dès la saisine de la juridiction compétente par le débiteur, semble en effet beaucoup plus indiquée à permettre à la mesure d'atteindre son but, celui de favoriser la conclusion d'un accord dans de meilleures conditions, l'entreprise disposant encore d'assez de garanties à offrir à ses partenaires.

## SECTION 2

### LE BUT ET LES EFFETS DE LA SUSPENSION DES POURSUITES

**302.** Il ressort des dispositions de l'Acte uniforme, applicables au règlement préventif<sup>610</sup>, que la suspension des poursuites est, entre autres, destinée à permettre l'élaboration sereine d'un accord (A), en vue du redressement de l'entreprise. Ce qui ne peut se faire sans une limitation substantielle des prérogatives des futures parties à l'accord que sont le débiteur et les créanciers (B).

#### §.1- La conclusion du concordat préventif

La conclusion du concordat préventif devrait nécessairement passer par un certain nombre de processus qu'il convient d'analyser l'un après l'autre.

#### A - Le projet de concordat

**303.** L'Acte uniforme ne précise pas la manière dont le débiteur rentre en relation avec les créanciers désignés : il n'y a ici rien du formalisme des procédures collectives, donc pas de convocation en assemblée<sup>611</sup>, par exemple. C'est le débiteur en difficulté qui veut éviter l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire qui doit prendre l'initiative de contacter ses créanciers. On estime qu'une lettre peut être envoyée aux fournisseurs les plus importants<sup>612</sup>, ou aux créanciers qu'il a décidé d'appeler, leur indiquant qu'un règlement préventif est demandé ; cela devrait suffire, dans un premier temps<sup>613</sup>. Ceux qui acceptent de participer à l'accord recevront davantage d'informations, les propositions formulées par le

---

<sup>610</sup> Article 8 et article 12-3°, AUPC.

<sup>611</sup> Article 122 et s., AUPC.

<sup>612</sup> SOINNE (B), *Traité des procédures collectives*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 98.

<sup>613</sup> MARTIN (J.-F.), *art. précité*, RJ com., février 1986, 96, n°14.

débiteur dans l'offre de concordat pouvant à ce stade servir de base aux futures négociations. Il se pose, toutefois, la question de savoir s'il faut réunir les parties.

**304.** Aucun texte n'imposant la tenue d'une assemblée, certains auteurs parlent de « tour de table »<sup>614</sup>, expression qui, selon d'autres, implique plutôt la nécessité de recueillir l'avis de tous les créanciers désignés qui acceptent de participer à la négociation<sup>615</sup>. Cependant, la tenue d'une réunion, en présence de l'expert, peut s'avérer utile. Ce sera l'occasion pour le chef d'entreprise d'expliquer sa situation aux créanciers, leur indiquant que celle-ci peut être sauvée si des sacrifices lui sont consentis, tout en avançant les conséquences de l'ouverture d'une procédure collective<sup>616</sup>. Il recueillera ensuite les avis des créanciers ainsi que, le cas échéant, leur accord, même de principe, sur ses suggestions. Cela permettra d'éviter le risque de voir se développer plusieurs négociations indépendantes, certains créanciers accordant beaucoup plus de facilités que d'autres<sup>617</sup>. Il est donc indispensable que tous les créanciers désignés disposent de la même information, de sorte que si certains créanciers se montrent plus généreux que d'autres, qu'ils le fassent en toute connaissance de cause<sup>618</sup>.

**305.** L'information des créanciers est d'autant plus importante qu'ils doivent pouvoir mesurer la fiabilité économique de la solution qu'on leur propose<sup>619</sup>, avant de s'engager. Ils doivent, pour cela, connaître les mesures de redressement proposées par le débiteur, l'étendue approximative du passif, et les propositions de délais et remises avancées par lui. Dans cet esprit, il est plus prudent pour l'expert d'assurer une information égale pour tous les créanciers appelés, et de ne pas cautionner de son autorité les traités particuliers que voudraient conclure dans la discrétion le débiteur et tel créancier<sup>620</sup>. Le caractère inégalitaire du règlement préventif est incontestable<sup>621</sup> : la notion de « *créances désignées* » le démontre,

---

<sup>614</sup> GAVALDA (CH) et MENEZ (J), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n°15.

<sup>615</sup> LE CANNU (P), *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n° 201.

<sup>616</sup> SOINNE (B), *Traité des procédures collectives*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 98.

<sup>617</sup> LE CANNU (P), *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n° 201.

<sup>618</sup> GUYON (Y), *La transparence dans les procédures collectives*, Les Petites Affiches, 21 avril 1999; GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1084 et s., 1087-2 et s.

<sup>619</sup> MATHIEU (M), *La participation du banquier au règlement amiable des entreprises*, JCP E, 1986, II, 14805.

<sup>620</sup> LE CANNU (P), *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n° 196.

<sup>621</sup> Dans les concordats amiables de droit commun, une éventuelle inégalité entre les sacrifices consentis par les créanciers n'était pas considérée comme illégale (v. introduction, n° 4 et s.). Pour J.-P. HAEHL, *Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté*, thèse, Ed. Techniques, 1981, n° 133 : "l'intérêt commun justifie de telles préférences et elles ne sont possibles qu'à la condition d'être acceptées par tous et de ne pas être clandestines. En ce domaine, les obligations de sincérité et de renseignements, à la charge des contractants, et plus particulièrement du débiteur, revêtent une grande importance et leur irrespect s'analyse aisément en un dol ou une fraude". Ces directives peuvent être transposées en matière de règlement préventif du droit OHADA.

et le législateur l'affirme expressément<sup>622</sup> ; mais, il n'est pas absolu. Même si le concordat qui en est l'aboutissement réunit un faisceau de volontés individuelles<sup>623</sup>, il a, avant tout, un caractère collectif<sup>624</sup>, en ce sens qu'il s'agit d'un accord unanime, une convention unique et homogène qui est signée par toutes les parties<sup>625</sup>. Il est, dès lors, nécessaire de veiller à assurer cette homogénéité de la convention, en donnant un certain caractère global à la négociation<sup>626</sup>.

**306.** On aboutit ainsi à un accord provisoire, consigné dans un projet de convention<sup>627</sup>, établi dans le cadre d'un calendrier mis au point par les parties et l'expert. Ce projet reproduit, avec le montant et les garanties des créances concernées, le résultat de la première étape de la négociation<sup>628</sup>. Il constitue la base de l'accord définitif, mais il peut toujours être amendé jusqu'à la dernière signature, les propositions du débiteur et les offres des créanciers pouvant être rétractées<sup>629</sup>. C'est seulement la signature de la convention qui stabilisera pour un temps la situation<sup>630</sup>. À ce stade de la procédure, il apparaît opportun, voire obligatoire, à peine d'entrave aux fonctions du comité d'entreprise, de consulter ce dernier, ou à défaut, le délégué du personnel, même si cela n'a pas été fait dès l'introduction de la demande<sup>631</sup>.

## **B - La signature du concordat**

**307.** La conclusion de la convention n'est jamais acquise d'avance : la négociation peut échouer, parce que les créanciers ne veulent pas accepter les conditions offertes par le débiteur<sup>632</sup>

---

<sup>622</sup> Article 15-2, AUPC : "Les délais et remises consentis par les créanciers peuvent être différents".

<sup>623</sup> LE CANNU (P), LUCHEUX (J.-M.), PITRON (M) et SÉNÉCHAL (J.-P.), *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 207.

<sup>624</sup> GUYON (Y), *Droit des affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1087-2, p. 98, qui affirme, au sujet du règlement amiable, que son "aspect collectif... a aussi pour conséquence qu'un accord conclu avec un seul créancier ne serait pas un règlement amiable au sens strict".

<sup>625</sup> LE CANNU (P), *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n° 204.

<sup>626</sup> LE CANNU (P), *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n° 201.

<sup>627</sup> MARTIN (J.-F.), *art. précité*, RJ com. février 1986, 96, spéc. n° 15.

<sup>628</sup> GUYON (Y), *Droit des affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1085 et s.

<sup>629</sup> BALENSI (I), *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, RTD civ. 1978, p. 43, n° 37.

<sup>630</sup> Cette solution s'explique par le fait qu'avant l'homologation le concordat préventif a une nature purement contractuelle et obéit aux règles du droit des contrats.

<sup>631</sup> GUYON (Y), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises et les salariés*, Dr. social, 1985, p. 267; GUYON (Y), *Droit des affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1086; Rapp. De ROUX, Doc. AN n° 2095, p. 134.

<sup>632</sup> V. not. TGI, Ouagadougou, Jugement n° 20 du 29 janvier 2003, Ohadata J-04-188, qui prononce la liquidation des biens d'une société bénéficiant d'une suspension des poursuites, à la suite du rapport de l'expert démontrant l'impossibilité de parvenir à un accord avec les créanciers ; TGI, Ouagadougou, jugement du 25 mai 2004, Revue burkinabé de droit, n° 45, note F. M. SAWADOGO, Ohadata J-05-249 : prononcé de la liquidation des biens d'une société bénéficiant d'une mesure de suspension des poursuites, mais qui ne propose pas de concordat réalisable et acceptable par les créanciers.

(sacrifices trop importants, plan peu crédible, mauvaises conditions juridiques, trop faible part du passif concernée, etc.) ou simplement parce que le marché est tellement dégradé que l'entreprise n'est plus à même de demeurer compétitive<sup>633</sup>. Dans ce cas, l'expert doit informer le président du tribunal et solliciter, s'il y a lieu, une prorogation de délai<sup>634</sup>, afin de convaincre les créanciers en leur présentant avec le débiteur de nouvelles propositions. Il y a de fortes chances que l'entreprise soit alors en cessation des paiements. Si elle ne dépose pas son bilan, le tribunal pourra ouvrir d'office<sup>635</sup> ou sur requête du ministère public<sup>636</sup> une procédure de redressement judiciaire ou même de liquidation des biens, s'il estime que la situation du débiteur est irrémédiablement compromise<sup>637</sup>. L'ouverture de la procédure collective ne saurait, toutefois, être automatique du seul fait de l'échec des négociations. Une décision rendue en droit français, estimant que le seul échec de la conciliation n'est pas une cause d'ouverture du redressement judiciaire<sup>638</sup>, doit, à cet égard, être admise en droit OHADA en ce qui concerne le règlement préventif. En revanche, si la négociation aboutit, les parties passent au stade suivant, celui de la signature de l'accord.

**308.** S'agissant des signataires, la convention de règlement préventif devrait être signée, non seulement par les parties (débiteur et créanciers), mais également par l'expert. En ce qui concerne le débiteur, peuvent signer la convention au nom de l'entreprise, le chef de l'entreprise individuelle, ou les représentants légaux<sup>639</sup> de la personne morale.

**309.** Quant aux créanciers signataires, il se peut que parmi ceux qui sont désignés et appelés, certains ne se prêtent pas à la négociation, et que d'autres, après avoir négocié, ne donnent

---

<sup>633</sup> SOINNE (B), *Traité des procédures collectives*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 113.

<sup>634</sup> Article 13, AUPC.

<sup>635</sup> Article 15-1, AUPC

<sup>636</sup> Article 29, AUPC. Le ministère public est d'ailleurs informé de l'échec de la procédure, par le fait qu'un exemplaire du rapport de l'expert lui est transmis par le greffier en chef (Article 13, al. 3, AUPC).

<sup>637</sup> V. not. Tribunal régional hors classe de Dakar, Jugement n° 1538 du 8 août 2000, Ohadata J-04-342 : Doit être déclarée en liquidation des biens, la société qui, à la suite d'une ordonnance de suspension des poursuites individuelles, se trouve en état de cessation des paiements et ne présente pas de propositions concordataires. V. aussi TGI, Ouagadougou, Jugement n° 20 du 29 janvier 2003, Ohadata J-04-188 ; TGI, Ouagadougou, jugement du 25 mai 2004, Revue burkinabé de droit, n° 45, note Prof. F. M. SAWADOGO, Ohadata J-05-249.

<sup>638</sup> Trib. com., Paris, 14 novembre 1985, Rev. proc. coll., 1986-2, p. 47, obs. Y. CHAPUT.

<sup>639</sup> Si la convention définitive n'est pas fondamentalement éloignée du projet décidé pour présenter la demande ou l'offre de concordat, aucune délibération nouvelle ne devrait être nécessaire. Mais, s'il apparaît un contenu totalement nouveau, une nouvelle série de décisions internes peut être nécessaire pour son acceptation, telles l'autorisation du conseil d'administration, etc. v. LE CANNU (P), *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n° 205.



pas leur accord. Ce qui est de nature à restreindre<sup>640</sup> le groupe des créanciers signataires. En tout état de cause, le créancier signataire n'est pas obligé d'inclure chacune de ses créances ou la totalité de sa créance dans l'accord<sup>641</sup>.

**310.** En outre, quand bien même l'expert ne soit pas partie à la convention, sa signature au bas du concordat semble indispensable<sup>642</sup>, comme pour attester de la nature de la convention. En signant, l'expert, qui n'est nullement engagé<sup>643</sup>, certifie néanmoins qu'il s'agit bien du concordat préventif conforme aux dispositions de l'Acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif. Il devrait en être ainsi d'autant que l'une des fonctions pour lesquelles il a été désigné consiste justement à prêter « ses bons offices »<sup>644</sup> aux parties pour parvenir à un tel accord, qu'il doit déposer en même temps que son rapport au greffe du tribunal<sup>645</sup>. Mais cette signature n'a, en aucun cas, le sens d'une condition d'efficacité particulière<sup>646</sup>.

**311.** En ce qui concerne le président du tribunal, il n'est ni partie à l'accord ni signataire du concordat. Cependant, c'est lui qui en a permis la négociation en nommant l'expert, et il en surveille l'élaboration<sup>647</sup> et la conclusion. Il intervient ensuite en vue de son homologation<sup>648</sup>, afin de lui conférer l'autorité judiciaire.

### **C - Le contenu du concordat conclu**

**312.** Le concordat vise essentiellement la continuation de l'activité de l'entreprise débitrice. Il n'a donc pas pour vocation d'organiser une liquidation amiable<sup>649</sup>. Aussi, le législateur prévoit-il à

---

<sup>640</sup> On estime, cependant qu'en pratique cette réduction du nombre des créanciers signataires ne sera pas importante, car beaucoup préfèrent ne pas signer, si tel autre ne le fait pas (LE CANNU (P), *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n° 206).

<sup>641</sup> Com. 13 oct. 1998, Bull. civ. IV, n° 235, p. 196. Cette solution lui permet de pouvoir éventuellement exercer des poursuites et réaliser des sûretés sur les créances non comprises dans l'accord (LE CANNU (P), *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n° 206).

<sup>642</sup> Il en était ainsi pour le conciliateur du règlement amiable du droit français (art. 38, Décret du 1<sup>er</sup> mars 1985).

<sup>643</sup> V. pour le cas du conciliateur du règlement amiable, LE CANNU (P), LUCHEUX (J.-M.), PITRON (M) et SÉNÉCHAL (J.-P.), *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 210.

<sup>644</sup> Article 12-3, AUPC

<sup>645</sup> Article 13, al. 1, AUPC

<sup>646</sup> CHAPUT (Y), *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n° 174.

<sup>647</sup> Articles 12 et 13, AUPC.

<sup>648</sup> Article 14, AUPC : "Dans les huit jours du dépôt du rapport, le Président saisit la juridiction compétente et convoque le débiteur à comparaître devant cette juridiction pour y être entendu en audience non publique. Il doit, également convoquer à cette audience l'expert rapporteur ainsi que tout créancier qu'il juge utile d'entendre". L'objectif de la convocation de toutes ces personnalités par le président du tribunal, c'est en effet en vue de l'homologation prévue à l'article suivant (art. 15).

<sup>649</sup> ENDREO (G), *Règlement amiable et concordat*, op. cit., n° 33.

l'article 7, AUPC, deux séries de stipulations devant figurer dans le concordat préventif, et qui constituent autant de mesures destinées au redressement de l'entreprise.

- 313.** Le concordat doit, ainsi, indiquer, à titre principal, les différentes mesures qui vont être prises par le débiteur pour permettre à l'entreprise de surmonter ses difficultés. Le débiteur peut, en effet, s'engager à augmenter son capital, à vendre certains actifs improductifs, à cesser certaines activités jugées non-rentables<sup>650</sup>, voire même à procéder à des licenciements qui s'opéreront dans les conditions de droit commun<sup>651</sup>. L'Acte uniforme prévoit même la cession de la totalité de l'entreprise. En d'autres termes, la convention peut organiser directement une prise de contrôle, par exemple, au moyen d'une augmentation de capital avec libération par conversion d'une ou plusieurs créances<sup>652</sup>, ou même une reprise totale au moyen d'un rachat de l'entreprise par des tiers<sup>653</sup>, ou par ses salariés<sup>654</sup>.
- 314.** Il peut encore, être envisagé dans le concordat le remplacement des dirigeants de l'entreprise débitrice, hypothèse qui risque d'être fort rarissime. Elle n'est même pas envisageable, lorsqu'il s'agit d'une entreprise individuelle. Mais, dans l'hypothèse d'une personne morale avec conseil d'administration, cette solution demeure possible, lorsque, par exemple l'initiative de la saisine a été prise, non pas par le directeur général, mais sur décision du conseil d'administration<sup>655</sup>.
- 315.** En outre, le concordat doit préciser les délais et remises nécessaires à la poursuite de l'activité de l'entreprise, ainsi que les créanciers dont le soutien peut permettre d'atteindre ce but. Ces créanciers acceptent librement de consentir au débiteur des délais de paiement ou des remises de dettes, ou les deux à la fois, ou encore une autre forme d'aide, comme par exemple, un cautionnement afin de faciliter l'obtention d'un prêt<sup>656</sup>. On estime même que ces délais et remises peuvent s'étendre aux dettes futures, mais certaines, afin de faciliter le redressement

<sup>650</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 310

<sup>651</sup> GUYON (Y), *Droit des affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1087-2, p. 100.

<sup>652</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprise en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 83, n° 110; LE CANNU (P), LUCHEUX (J.-M.), PITRON (M) et SÉNÉCHAL (J.-P.), *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 214.

<sup>653</sup> Com. 1<sup>er</sup> déc. 1981, JCP, 1983, II, 19976, note FIESCHI-VIVET; BIENAYME, *Les repreneurs*, in *La reprise des affaires en difficulté*, Rev. Fr. Compta., 1981, p. 332; CAZENAVE (F), *Les repreneurs d'entreprise*, Le Monde du Dimanche, 8 mars 1981; DELFOSSE (A), *Holdings et reprise d'entreprise*, thèse, Paris, 1988.

<sup>654</sup> MARTIN (L), *La reprise d'une entreprise par ses salariés (RES)*, RJ com. n° spéc. nov. 1988, p. 127.

<sup>655</sup> Le conseil d'administration peut en effet reprocher au directeur général son manque de clairvoyance et donc son incompétence, pour n'avoir pas su proposer à temps le recours à la procédure préventive, ou il peut, tout simplement, estimer que la situation difficile de l'entreprise est due à une mauvaise gestion du directeur.

<sup>656</sup> GUYON (Y), *Droit des affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1087-2, p. 99.

de l'entreprise<sup>657</sup>. Le recours à tous les moyens possibles est d'ailleurs, nettement envisageable, le législateur ayant pris soin de préciser que les modalités énumérées à l'article 7, AUPC, ne sont ni limitatives, ni exclusives les unes des autres<sup>658</sup>.

**316.** En définitive, la conclusion du concordat, comme tout accord, nécessite des concessions, tant du côté du débiteur que des créanciers, chaque partie renonçant à telle prérogative ou concédant tel droit ou tel privilège.

## §.2- Les restrictions apportées aux prérogatives des parties

La suspension des poursuites individuelles a pour conséquence immédiate une limitation des droits des créanciers (1) et une réduction des pouvoirs du débiteur (2).

### A - La limitation des droits des créanciers

**317.** La limitation des droits des créanciers constitue l'un des effets marquants de la décision de suspension des poursuites individuelles. La décision suspend, en effet, toutes les poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement des créances désignées par le débiteur et nées antérieurement à ladite décision<sup>659</sup>. Cela signifie que les créances antérieures non désignées

---

<sup>657</sup> GUYON (Y), *Droit des affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1087-2, p. 99.

<sup>658</sup> Il est évidemment difficile de dresser une liste complète des mesures ou clauses possibles, d'autant qu'elles ne concernent pas forcément tous les créanciers, mais parfois un seul ou plusieurs d'entre eux. C'est ainsi qu'il a été suggéré de prévoir dans l'accord, par exemples, des clauses résolutoires (J. MESTRE, *La prévention*, Les Petites affiches, 1984, n° 109, p. 61), qui peuvent se révéler très utiles et pourront donner un peu d'aise aux signataires. Les causes de résolution conventionnelles retenues visent, en effet, à rétablir un peu d'égalité entre les signataires et les non-signataires (P. LE CANNU, *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n° 216). En outre, selon ce dernier auteur, on peut inclure dans le concordat, des sûretés dites "négatives", qui sont des obligations de ne pas faire, que l'on nomme pour simplifier des "sûretés négatives", mais qui n'ont rien d'une sûreté au sens technique du terme. On peut empêcher par ce moyen le débiteur de prendre certaines décisions de gestion (aliénation de tel bien ou participation, prise de crédit au-delà de telle somme, etc.). Les parties peuvent, en outre, décider de faire évoluer leur accord en fonction de l'état de santé de l'entreprise débitrice. Quelques clauses ont été en particulier proposées (F. FABRE, *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, RTD civ. 1983, 1, et les références citées). C'est le cas, par exemple, de la clause de révision, qui fait obligation aux parties d'ouvrir à nouveau des négociations si tel événement se produit. Une autre clause peut permettre à chaque créancier, individuellement, de consentir en cours d'exécution du concordat, des conditions meilleures au débiteur, sans être contraint d'obtenir un accord unanime de modification de la convention. Plus classique, la clause de retour à meilleure fortune restitue aux créanciers tout ou partie des sommes abandonnées. On estime, toutefois, qu'une telle clause a été la cause de l'échec du règlement amiable homologué du décret-loi de 1937, parce qu'elle n'incite pas le débiteur à se présenter sous un jour prospère (RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 2, éd. 1982, n° 2801 et 3186; GAVALDA (CH) et MENEZ (J), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit. n°29; CHAPUT (Y), *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n° 176; LE CANNU (P), LUCHEUX (J.-M.), PITRON (M) et SÉNÉCHAL (J.-P.), *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 220).

<sup>659</sup> Article 9, AUPC.

par le débiteur, donc hors règlement préventif, de même que les créances postérieures à la suspension, dont serait titulaire un créancier, dont la créance est désignée, ou un autre, ne sont pas concernées par cette suspension. Le débiteur doit dès lors veiller à ne pas omettre de mentionner dans sa requête des créances importantes dont la réclamation pourrait compromettre le redressement de l'entreprise<sup>660</sup>.

**318.** Selon l'alinéa 2 de l'article 9, AUPC, la suspension concerne aussi bien les voies d'exécution que les mesures conservatoires. Sur ce point précis, l'Acte uniforme a fait un pas de plus que la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984, qui était demeurée silencieuse sur la question de l'extension de la suspension aux mesures conservatoires<sup>661</sup>. Ainsi, en droit uniforme, les voies d'exécution sont suspendues « tant sur les meubles que sur les immeubles »<sup>662</sup>, dans la mesure où elles visent au paiement des créances désignées par le débiteur dans la requête en règlement préventif.

**319.** La suspension s'applique à toutes les poursuites, quel que soit le stade de la procédure auquel le créancier est parvenu avant son prononcé ; pourvu que celle-ci n'ait pas encore produit un effet définitif<sup>663</sup>. Si la poursuite n'a pas été entamée, l'action ne peut être introduite ; si elle est en cours, elle doit être abandonnée ou faire l'objet d'un sursis à statuer<sup>664</sup>. Le créancier ne peut faire appel de la décision de condamnation, sauf à demander l'ouverture d'un redressement judiciaire sur la base de l'article 28, AUPC<sup>665</sup>. La suspension des poursuites s'applique aussi bien aux créanciers chirographaires qu'aux créanciers munis de privilèges généraux ou de sûretés réelles spéciales telles qu'un privilège mobilier spécial, un gage, un nantissement ou une hypothèque. Elle dure autant que dure la mission de l'expert, c'est-à-dire pendant toute la durée des négociations en vue de la conclusion du concordat préventif, soit

---

<sup>660</sup> SAWADOGO (F. M.), note sous. art. 9, AUPC, *OHADA, Traité et Actes uniformes...*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 901.

<sup>661</sup> GAVALDA (CH) et MENEZ (J), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n°21; MARTIN (J.-F.), *Le règlement amiable*, op. cit., n° 25; KERCKHOVE (E), *Prévention et règlement amiable*, Rev. proc. coll., 1994, p. 441; CHVIKA (E), *Droit privé et procédures collectives*, thèse Paris II, 2002; COURET (A), MORVILLIERS (N) et DE SENTENAC (G), *Le traitement amiable des difficultés des entreprises*, Economica, 1995; BAYLE (M), *De l'intérêt du règlement amiable*, RTD com. 1988, 1; CHAPUT (Y), *Le règlement amiable*, JCP, 1985, éd. E, II, 14455; LABBE (M), *Le règlement amiable*, thèse, Paris I, 1987; MATHIEU (M), *Le banquier et le règlement amiable*, Banque 1986, 959; MEYNET (R), *Le règlement amiable, un nouvel outil de gestion*, JCP, 1987, éd. E, II, 14868.

<sup>662</sup> LE CANNU (P), LUCHEUX (J.-M.), PITRON (M) et SÉNÉCHAL (J.-P.), *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 216.

<sup>663</sup> SAWADOGO (F. M.), note sous. art. 9, AUPC, op. cit.

<sup>664</sup> LE CANNU (P), LUCHEUX (J.-M.), PITRON (M) et SÉNÉCHAL (J.-P.), *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 216.

<sup>665</sup> Parce que la décision prononçant la suspension des poursuites n'est susceptible d'aucun recours (article 22, AUPC). Quant à l'article 28, il dispose : "*La procédure collective peut être ouverte sur la demande d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance, pourvu qu'elle soit certaine, liquide et exigible*".

deux mois, ou trois, en cas de prorogation du délai par le président de la juridiction compétente. Les créanciers ont donc tout intérêt à ce que l'expert dépose son rapport dans les délais fixés.

**320.** Cependant, la suspension des poursuites ne s'applique ni aux actions tendant à la reconnaissance de droits ou de créances contestées, ni aux actions cambiaires dirigées contre les signataires d'effets de commerce autres que le bénéficiaire de la suspension. En ce qui concerne les actions en reconnaissance de créance, on estime en effet qu'elles ne rompent pas l'égalité entre les créanciers, dans la mesure où les créanciers concernés cherchent seulement à obtenir un titre, afin d'être sur un même pied avec les autres créanciers<sup>666</sup>. C'est d'ailleurs en ce sens que se prononcent la plupart des décisions en la matière<sup>667</sup>. Il en est de même au sujet des actions cambiaires dirigées contre les signataires d'effets de commerce autres que le bénéficiaire de la suspension, dès lors que ces actions sont dirigées, non pas contre le débiteur ou son patrimoine, mais contre des tiers signataires de l'effet, qui se sont ainsi portés garants des engagements souscrits par le débiteur. S'ils sont poursuivis en vertu de leurs engagements cambiaires, ils doivent payer : étendre la suspension à leur égard aurait en effet pour conséquence de paralyser l'application de la règle de l'inopposabilité des exceptions du droit des effets de commerce<sup>668</sup>.

**321.** La suspension ne s'applique pas non plus aux salariés, ce qui ne les empêche pas de participer à l'accord préventif<sup>669</sup>, d'autant que sur le plan interne de l'entreprise, la situation difficile de celle-ci sera connue de l'ensemble des salariés<sup>670</sup>. En effet, en tant que créanciers de salaires, les salariés pourront être individuellement pris en considération<sup>671</sup>. Le débiteur pourra, s'il le souhaite, demander à des salariés qu'il déterminera (sans doute ceux dont le salaire est élevé),

---

<sup>666</sup> SAWADOGO (F. M.), note sous. art. 9, AUPC, *OHADA, Traité et Actes uniformes...*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit.

<sup>667</sup> Ex. : CA, Dakar, arrêt n° 397 du 8 sept. 2000, NBA c/ Compagnie Sucrière du Sénégal : Si aucune exécution forcée en paiement n'est possible dans les conditions décrites par l'article 8, AUPC, tout créancier, dans le cas d'espèce, peut agir en reconnaissance de ses droits ou de sa créance contestée ; CA Abidjan, arrêt n° 633 du 11 juin 2004, Société DAFNE et autres c/ SGBCI-CI : s'il est admis que l'ordonnance de suspension des poursuites individuelles, rendue par le président du tribunal dans le cadre d'une procédure de règlement préventif interdit d'initier une action en paiement, cette ordonnance ne fait pas obstacle à l'action en reconnaissance de créance.

<sup>668</sup> GAVALDA (C) et STOUFFLET (J), *Instruments de paiement et de crédit*, 6<sup>ème</sup> éd., Litec, 2006, n° 54 et s.

<sup>669</sup> SAVATIER (J), *Le comité d'entreprise et la prévention des difficultés des entreprises*, JCP, 1987, éd. E, II, 15066.

<sup>670</sup> GAVALDA (CH) et MENEZ (J), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n°11, selon qui, contrairement à une opinion couramment répandue, le fait que les difficultés d'une entreprise soient connues par le personnel ne constitue pas forcément un élément défavorable. Il peut y aller de la motivation des salariés et de la nécessité de négocier avec eux des mesures sociales dans le cadre du règlement amiable. Le personnel prend de cette façon sa véritable dimension de partenaire de l'entreprise, qualité qu'on ne peut lui dénier sans compromettre gravement les chances de rétablissement.

<sup>671</sup> CHAPUT (Y), *Droit des entreprises en difficulté et faillite personnelle*, PUF, 1996, n° 175.

de participer à la négociation. Il ne s'agira pas pour eux de prendre une décision collective, mais ceux qui seront consultés décideront personnellement des réductions de salaires ou des renoncements à des avantages acquis qu'ils accorderont<sup>672</sup>. L'article 15-2, AUPC, admet d'ailleurs que les créanciers de salaires peuvent consentir des délais qui n'excèdent pas un an.

**322.** Ne sont également pas concernées, les poursuites pénales, en raison de l'autonomie du droit pénal, mais aussi les créances nées régulièrement après la décision de suspension. Pour les créanciers postérieurs, la raison semble évidente: la mesure ne concerne d'abord que les créances existant au jour du jugement prononçant la suspension. Ensuite, cette possibilité est indispensable pour que les fournisseurs et les banquiers maintiennent leur confiance à l'entreprise et lui conservent son crédit<sup>673</sup>, puisque la décision de suspension des poursuites ne suspend nullement l'exécution des contrats en cours<sup>674</sup>.

**323.** Corrélativement, l'alinéa 5 de l'article 9, AUPC, dispose que les délais impartis aux créanciers à peine de déchéance, prescription ou résolution de leurs droits sont, en conséquence, suspendus pendant toute la durée de suspension des poursuites elles-mêmes. Leurs droits ne peuvent, en effet, être prescrits par le non-usage, puisque cet usage est temporairement interdit<sup>675</sup>. Cette disposition n'est que l'application du droit commun<sup>676</sup>. On la retrouve mot pour mot à l'alinéa 5 de l'article 75, AUPC dans le cadre du redressement judiciaire. Quant aux intérêts légaux ou conventionnels, de même que les intérêts moratoires et les majorations, ils continuent de courir, sauf remise consentie par les créanciers, mais ne sont pas exigibles<sup>677</sup>.

## **B - La réduction des pouvoirs du débiteur**

**324.** En contrepartie des limitations qui frappent les créanciers, l'article 11, AUPC<sup>678</sup>, impose des réductions aux pouvoirs du débiteur, en lui interdisant, notamment, de payer, en tout ou en

---

<sup>672</sup> La jurisprudence française, notamment celle de la C. de cassation, reconnaît et facilite l'abandon par les salariés de certains avantages acquis, dès lors que cette renonciation a pour contrepartie le maintien des salariés dans leur emploi menacé (Soc. 19 févr. 1997, Bull. civ. V, n° 70, p. 48).

<sup>673</sup> GAVALDA (CH) et MENEZ (J), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n°22.

<sup>674</sup> SOINNE (B), *Traité des procédures collectives*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 112.

<sup>675</sup> LE CANNU (P), *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n° 214.

<sup>676</sup> *Contra non valentem agere, non currit praescriptio* : Contre celui qui ne peut agir en justice, la prescription ne court pas. V. ss la dir. GUINCHARD (S) et DEBARD (TH), *Lexique des termes juridiques*, 18<sup>ème</sup> éd., D. 2011, p. 209.

<sup>677</sup> Articles 10, AUPC.

<sup>678</sup> Sur la portée de ce texte, v. DELABRIERE (A), *L'article 11 de l'Acte uniforme sur les procédures collectives: outil de sauvegarde ou de discrimination?*, Penant, n° 870, janvier-mars 2010, p. 53.

partie, les créances nées antérieurement à la décision de suspension des poursuites individuelles et visées par celle-ci. Cette interdiction résulte de plein droit de l'ordonnance de suspension, car c'est bien l'ordonnance de suspension des poursuites qui interdit au débiteur de payer, et non, la décision de règlement préventif, contrairement à ce que l'on peut lire à l'article 11. En effet, il n'y a pas encore, à ce stade de la procédure, de décision de règlement préventif, mais simplement de « décision de suspension des poursuites individuelles »<sup>679</sup> ; ce qui, à juste titre, a été relevé comme étant probablement une « erreur »<sup>680</sup>. Mais l'interdiction de payer les créances antérieures ne s'applique, sans doute, pas aux salariés<sup>681</sup>, car leur paiement est nécessaire pour la continuité de l'entreprise<sup>682</sup>, dont l'activité se poursuit pendant la période de suspension des poursuites.

**325.** Il peut, cependant, arriver que le paiement d'un créancier antérieur soit nécessaire pour préserver les relations d'affaires et la poursuite de l'activité de l'entreprise. Dans ce cas, le président du tribunal peut, par un avis motivé, en autoriser le paiement<sup>683</sup>.

**326.** Il est, en outre, interdit au débiteur de faire aucun acte de disposition étranger à l'exploitation normale de l'entreprise. Cet effet de la décision se justifie, sans doute, par l'idée de conserver, durant la phase de suspension, le patrimoine du débiteur dans un état relativement stable<sup>684</sup>. Il en irait ainsi de la vente d'une immobilisation nécessaire à l'exploitation ou de stocks de matières premières nécessaires à la production<sup>685</sup>. Il s'agit là d'une sorte de « dessaisissement légal partiel du débiteur »<sup>686</sup>, l'emploi de notions utilisées dans le cadre du redressement judiciaire<sup>687</sup> étant, à cet égard, révélateur, quoique « l'exploitation normale » employée ici soit remplacée là par « gestion courante »<sup>688</sup>. C'est ainsi qu'en cas de besoin, le débiteur peut, sur autorisation motivée du président, accomplir l'un de ces actes.

---

<sup>679</sup> Article 8, AUPC

<sup>680</sup> SAWADOGO (F. M.), obs. sous article 11, *OHADA, Traité et Actes uniformes...*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit. p. 903.

<sup>681</sup> Cette précision a été apportée par la loi du 10 juin 1994, à l'article 36, al. 7, dans le cadre du règlement amiable du droit français.

<sup>682</sup> LE CANNU (P), LUCHEUX (J.-M.), PITRON (M) et SÉNÉCHAL (J.-P.), *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 202.

<sup>683</sup> Article 11, al. 1, AUPC, à rapprocher avec l'article 37-2 du Décret du 1<sup>er</sup> mars 1985.

<sup>684</sup> LE CANNU (P), LUCHEUX (J.-M.), PITRON (M) et SÉNÉCHAL (J.-P.), *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 203.

<sup>685</sup> SAWADOGO (F. M.), obs. sous article 11, *OHADA ...*, 3<sup>ème</sup> éd. op. cit. p. 903.

<sup>686</sup> LE CANNU (P), LUCHEUX (J.-M.), PITRON (M) et SÉNÉCHAL (J.-P.), *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 203.

<sup>687</sup> La même observation est valable en droit français entre les articles 26, al. 5 de la loi de 1988 et l'article 36, al. 7 de la loi de 1984, modifiés par la loi du 10 juin 1994, qui emploient la notion de "gestion normale", et les articles 31, 32 et 33 de la loi du 25 janvier 1985 qui parlent de "gestion courante".

<sup>688</sup> Article 52, al. 2, AUPC.

**327.** La décision interdit également au débiteur de consentir aucune sûreté. Sans doute, cette interdiction ne concerne pas les sûretés que le débiteur pourrait être amené à consentir pour garantir le paiement des créances objet du concordat, puisque selon les termes de l'article 7, AUPC, le débiteur doit préciser dans l'offre de concordat, notamment « les garanties fournies » pour assurer l'exécution de celui-ci. En outre, interdire au débiteur de consentir des sûretés aux créanciers signataires, en échange de leurs sacrifices, serait de nature à les dissuader de participer à l'accord<sup>689</sup>. À notre sens, rien n'empêchera, de toute façon, les créanciers d'exiger une sûreté avant de signer la convention. Comme l'a, à juste titre, souligné un auteur, les créanciers participants font un effort tout à fait particulier; il est équitable de leur réserver des avantages sous forme de sûreté<sup>690</sup>. Ainsi, sera préservée l'égalité entre les créanciers signataires et les créanciers non participants à l'accord.

**328.** Au titre des interdictions de l'article 11, AUPC, on retiendra également celle faisant défense au débiteur de désintéresser les cautions qui ont acquitté des créances nées antérieurement à la décision de suspension des poursuites individuelles. Les droits de la caution sont, en effet, à l'origine de questions abondantes<sup>691</sup>, notamment en cas d'ouverture d'une procédure collective<sup>692</sup>. On sait que la remise de dette libère la caution, à moins de dispositions contraires<sup>693</sup>. Il en est autrement de la simple prorogation du terme (ce qui est le cas de la suspension des poursuites), la caution pouvant préférer payer à l'échéance initiale et se

---

<sup>689</sup> Cette interdiction en droit français a été vivement contestée (en vain) lors des travaux préparatoires par M. E. DAILLY (J.O. débats Sénat, 16 novembre 1983, p. 2957). Elle a été retenue dans la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 sur le règlement amiable, en son article 37, al. 1<sup>er</sup>, mais finalement supprimée à l'occasion de la réforme de juin 1994. En effet, le nouvel article 36, al. 9, réglant les effets de l'accord du règlement amiable de droit commun, ne reprend pas l'interdiction de constituer des sûretés pour garantir le paiement des créances objets de l'accord. Toutefois, cette interdiction a été, à cette occasion, maintenue pour le règlement amiable agricole: l'article 27, al. 2, disposait en effet que les créanciers signataires ne peuvent plus exiger de leur débiteur une sûreté pour garantir le paiement des créances objet de l'accord. Aujourd'hui, la question ne se pose plus, grâce notamment aux divers privilèges prévus en faveur des créanciers participants à l'accord, notamment dans le cadre de la procédure de conciliation (article L. 611-11, C. com.).

<sup>690</sup> RIVES-LANGE (J.-L.), *Le règlement amiable, bilan de trois années d'application*, Banque et droit, n° 2, janvier-février 1989, p. 7.

<sup>691</sup> V. notamment, DUPICHOT (PH.), *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, op. cit.; DUPICHOT (PH.), *Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés*, Rev. Lamy Dr. Aff., 2006, suppl. n° 7, p. 17 et s.; DECKON (F.K.), *L'interdiction de l'hypothèque des biens à venir*, Penant, n° 844, 2003, 331-382; ADJITA (A. S.), *Le droit de rétention comme sûreté en droit uniforme OHADA*, Penant, n° 844, juill.-sept. 2003, p. 279 et s.; TIGER (Ph.), *Douze questions sur le cautionnement et leur solution en droit OHADA*, Penant, n° spécial 840, *Sûretés et garanties bancaires*, p. 416.

<sup>692</sup> AGBENOTO (K. M.), *Le cautionnement à l'épreuve des procédures collectives*, thèse, cotutelle, Université de Lomé, Université du Maine, 2008, p. 26 et s.

<sup>693</sup> CHAPUT (Y.), *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, PUF, 1986, p. 189, n° 181; MOULY (C.), *Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse, Montpellier I, 1977, p. 290, n° 236.



retourner contre le débiteur<sup>694</sup>, quoiqu'elle puisse, sur poursuite du créancier, lui opposer le délai qu'il a accordé au débiteur, sauf si elle est caution solidaire<sup>695</sup>. Ce qui sera, sans doute, l'hypothèse la plus courante<sup>696</sup>. Cependant, pendant la durée de la suspension des poursuites individuelles, la loi interdit, en termes généraux, toute action en justice, dans le but d'obtenir le paiement des créances qui font l'objet de la requête en règlement préventif introduite par le débiteur. Permettre au débiteur de désintéresser la caution reviendrait, à l'évidence, à supprimer l'intérêt de la mesure de suspension qui lui est accordée<sup>697</sup>. L'action de la caution doit donc être paralysée, d'autant que l'objectif du législateur est d'éviter toute action intempestive qui pourrait mettre en cause, les efforts de redressement de l'entreprise.

**329.** Il se pose, toutefois, la question de savoir si la caution peut, personnellement, sur poursuite du créancier, bénéficier lui-même des délais ou remises obtenues par le débiteur sur la base du concordat préventif. En cas de prorogation (conventionnelle) de terme consentie par le créancier bénéficiaire du cautionnement, on l'a vu, la caution reste tenue<sup>698</sup>, argument pris de l'article 2039, C. civ., et ne peut en principe invoquer le risque de diminution de son recours propre après paiement<sup>699</sup>. En ce qui concerne les remises de dette (totale ou partielle), on estime que la caution en bénéficie, qu'elle qu'en soit la catégorie: expresse ou tacite, simple ou solidaire<sup>700</sup>, mais elle reste tenue dans cette mesure<sup>701</sup>. Car, a-t-on observé, si la remise ne profitait pas à la caution, celle-ci pourrait poursuivre pour le tout le débiteur, ce qui enlèverait tout intérêt à cet accord qui n'aurait offert qu'un détour<sup>702</sup>. Aussi, pour certains auteurs, la solution de ces deux difficultés consiste à appeler les cautions à la négociation pour leur faire

---

<sup>694</sup> BOUTEILLER (P), *Incidences de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises sur le contrat de cautionnement*, JCP, 1984, II, 13512; v. Code civil, art. 2039.

<sup>695</sup> CABRILLAC (M), MOULY (C), CABRILLAC (S) et PETEL (PH), *Droit des sûretés*, 8<sup>ème</sup> éd., Litec, 2007, n° 191 et s.; SIMLER (PH), *Le cautionnement*, p. 292, n° 289, note 54 et les références citées.

<sup>696</sup> En revanche, le créancier ne peut imposer à aucune des deux catégories de cautions (simple ou solidaire) la prorogation. Car la caution risquerait de s'exposer à une insolvabilité par suite de la dégradation financière du débiteur. En vertu de l'article 2032-4°, C. civil, la caution peut même avant d'avoir payé, agir contre le débiteur pour être indemnisée, lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée. À l'évidence, cette initiative supprime l'intérêt du délai accordé par le créancier au débiteur. V. GAVALDA (CH) et MENEZ (J), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit. n°26, note 38.

<sup>697</sup> GAVALDA (CH) et MENEZ (J), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit. n°26; DAGOT (M), *La clause aux termes de laquelle le créancier ne peut accorder aucune prorogation de délai au débiteur sous peine de perdre ses recours*, JCP, 1973, I, 2577.

<sup>698</sup> CABRILLAC (M), MOULY (C), CABRILLAC (S) et PETEL (PH), *Droit des sûretés*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 246 et s.; SIMLER (PH), *Le cautionnement*, op. cit., p. 303, n° 300, note 101.

<sup>699</sup> SIMLER (PH), *Le cautionnement*, op. cit., p. 290, n° 287 et s.; CABRILLAC (M), MOULY (C), CABRILLAC (S) et PETEL (PH), *Droit des sûretés*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 247 et s.

<sup>700</sup> Cet argument est tiré de l'article 1287, C. civ.

<sup>701</sup> SIMLER (PH), *Le cautionnement*, op. cit., p. 477, n° 483, qui considère cette solution comme étant applicable à un accord amiable.

<sup>702</sup> MOULY (C), *Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse, Montpellier I, 1977, p. 290, n° 236.

accepter les délais et les remises dans les mêmes termes que le débiteur, et qu'elles lui accordent éventuellement des remises<sup>703</sup>.

**330.** Pour le législateur OHADA, la solution à ces difficultés réside dans deux mesures: l'une interdisant au débiteur de désintéresser les cautions qui auraient acquitté des créanciers, du fait de la suspension des poursuites dont bénéficie le débiteur; l'autre décidant péremptoirement que les cautions et coobligés du débiteur ne peuvent se prévaloir des délais et remises du concordat préventif. Ce qui revient à dire que les cautions et coobligés du débiteur peuvent être immédiatement poursuivis pour le tout, alors qu'eux-mêmes, lorsqu'ils exercent leurs recours contre le débiteur, doivent respecter les dispositions concordataires<sup>704</sup>.

**331.** Cette solution nous semble tout à fait justifiée, compte tenu des intérêts en jeu, en l'occurrence, la survie d'une entité économique. À cet égard, le sacrifice que cela entraîne pour la caution, notamment la perte momentanée de recours, ne paraît pas insurmontable eu égard aux obligations qui sont les siennes: le cautionnement, malgré son caractère accessoire, a, en effet, pour objectif de prémunir les créanciers contre toutes les défaillances du débiteur<sup>705</sup>. Dès lors, même si les restrictions apportées aux droits ou obligations du débiteur sont voulues<sup>706</sup>, elles l'ont été, non pas dans l'intérêt exclusif du débiteur, encore moins dans celui de la caution, mais dans un but de protection et de préservation de l'intérêt général.

**332. Synthèse de la section 2.** Le concordat préventif apparaît dès lors comme un mécanisme marqué, à la fois, de l'emprise de la contractualisation et du sceau de la juridiction compétente, étant librement négocié et conclu entre le débiteur et ses principaux créanciers, mais sous les auspices du président de la juridiction compétente. Ce qui, en fait, est un gage, non seulement de sécurité pour les parties et l'accord lui-même, mais aussi d'efficacité du concordat en tant qu'instrument de sauvetage des entreprises en difficulté. L'on ne peut donc que déplorer le fait que la suspension des poursuites qui devait favoriser sa conclusion soit prononcée aussi tardivement, celui qui limite très nettement son efficacité.

---

<sup>703</sup> CHAPUT (Y), *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n° 181; DAGOT, *La clause aux termes de laquelle le créancier ne peut accorder aucune prorogation de délai au débiteur sous peine de perdre ses recours*, JCP, 1973, I, 2577.

<sup>704</sup> SAWADOGO (F. M.), obs. sous. art. 18, AUPC, *OHADA Traité et Actes uniformes*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit.

<sup>705</sup> CABRILLAC (M), MOULY (C), CABRILLAC (S) et PETEL (PH), *Droit des sûretés*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 191; GUYON (Y), *Droit des affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1087-2, p. 99.

<sup>706</sup> V. CHAPUT (Y), *Droit des entreprises en difficulté et faillite personnelle*, op. cit., n° 184, selon qui, les cautions, puisque les restrictions apportées aux droits (sans doute obligations) du débiteur sont voulues, devraient pouvoir s'en prévaloir selon le droit commun, sans qu'on puisse leur opposer un quelconque délai "judiciaire".

## Synthèse du chapitre 1

**333.** En définitive, la mesure de suspension des poursuites individuelles prévue par le législateur OHADA dans le cadre du règlement préventif de la faillite, mérite d'être saluée, en ce sens qu'elle intervient en amont des négociations devant aboutir aux accords destinés au redressement de l'entreprise. Il s'agit d'une mesure autonome, qui est mise en œuvre dès le dépôt par le débiteur d'une proposition de concordat préventif, à l'instar du dispositif mis en place par l'ordonnance française du 23 septembre 1967<sup>707</sup>, dont elle est inspirée. Son efficacité pourrait toutefois être plus tangible, si elle était mise en œuvre beaucoup plus tôt, c'est-à-dire dès l'introduction de la requête en règlement préventif et non après le dépôt d'une offre de concordat, le dépôt de cette offre pouvant n'intervenir qu'un mois après l'introduction de la demande. Ce qui limite sensiblement l'efficacité de la mesure, puisque les créanciers peuvent profiter de cette intervalle de temps pour recouvrer leurs créances, ou tout au moins les faire garantir par diverses sûretés avant le prononcé de la suspension. De la sorte, la formalité de l'homologation à intervenir, quoiqu'indispensable pour la mise en œuvre de l'accord conclu, se trouve limitée dans son effet.

---

<sup>707</sup> Cette loi a été abondamment commentée: DE LA MORANDIERE (J) et RODIERE (R), *Droit commercial et Droit fiscal des affaires*, Précis Dalloz, t. 2, 1<sup>er</sup> fasc., p. 325-340, n° 355 à 372; DE JUGLART (M) et IPPOLITO (B), *Cours de Droit commercial*, éd. Montchrestien, t. 3, 1969, p. 289 à 326, n° 1419 à 1465; MARTIN (F. M.), *Règlement judiciaire – Liquidation des biens – Faillites – Banqueroute*, éd. Delmas, 1969; FANGAIN (P), *Nouveau régime des règlements judiciaires*, Europrint, 1968, p. 95-100; BLONDEL (P), *Le plan in Faillites*, Dalloz, 1970, p. 367-388; DESBOIS (J), *Le plan d'apurement, une nouvelle tentative de concordat préventif*, Rev. Banque, janvier 1968, p. 29; FRANSCESCHINI (P) et PELISSIER (L), *La réforme de la faillite et le concordat préventif*, Mon. T. P., 11 nov. 1967, p. 55; Rapport HEMARD (M), *Les Ordonnances de septembre 1967 et le Droit commercial*, Journée H. Cabrillac, 20 janv. 1968, Librairies Techniques, p. 9; HONORAT (A), *Suspension provisoire des poursuites et apurement collectif du passif*, Juris-cl. com., anc. art. 436 à 614-26; LEINSTER (F), *Le concordat préventif*, Rev. Impôts et Sociétés, avril 1968; PLAISANT (R), *L'ordonnance n° 67-820 du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises*, Rev. des syndics, n° 3, 1968, p. 11; TOUJAS et ARGENSON, *Procédure permettant le redressement de certaines entreprises*, JCP, 1968, I, 2130; VOULET (J), *La suspension provisoire des poursuites*, Info. Chef d'entrepr., nov. 1967, p. 939; DERRIDA (F), *La réforme du règlement judiciaire et de la faillite*, Defrénois, 1969, spéc. p. 15, n° 2 et la note 17.

L'EFFET LIMITÉ DE L'HOMOLOGATION DU CONCORDAT

**334.** De façon générale, le recours au mécanisme de l'homologation est tantôt facultatif, tantôt obligatoire, en fonction des objectifs poursuivis par le législateur<sup>708</sup>. En effet, l'homologation tend à assurer, de manière préventive<sup>709</sup>, la protection d'intérêts que le législateur juge supérieurs ou particulièrement exposés<sup>710</sup>. L'objectif de protection est primordial dans tous les cas où l'intervention du juge est obligatoire; c'est le cas, lorsque derrière les intérêts privés dont le législateur veut assurer la protection, se profile l'ombre de l'ordre public<sup>711</sup> ou l'intérêt général. Lorsqu'en revanche, l'objectif de protection est secondaire, l'homologation est facultative.

**335.** D'après le *Vocabulaire juridique*<sup>712</sup>, l'homologation est « l'approbation judiciaire à laquelle la loi subordonne certains actes et qui, supposant du juge un contrôle de légalité et souvent un contrôle d'opportunité, confère à l'acte homologué la force exécutoire d'une décision de justice ». Selon cette définition qui énonce, sans doute, le sens de l'homologation obligatoire, celle-ci suppose nécessairement un contrôle de la part du juge chargé de l'homologation. C'est également ce que laissent penser les dispositions de l'Acte uniforme de l'OHADA applicables au règlement préventif. Ce qui ne peut qu'être approuvé, l'homologation étant destinée à renforcer l'efficacité de l'acte issu de la volonté des parties, quoiqu'il soit permis de s'interroger sur l'efficacité de l'homologation d'un accord conclu aussi tardivement.

---

<sup>708</sup> Sur cette notion, v. MOREAU (P), *L'homologation judiciaire des conventions, Essai d'une théorie générale*, éd. Larcier, 2008, spéc. n° 97 et s. Selon cet auteur, l'homologation qui, d'après le Littré, signifie, *lato sensu*, "confirmer, par autorité de justice, un acte fait entre particuliers", englobe deux types d'homologation, selon que l'intervention du juge est facultative ou obligatoire. L'homologation est facultative quand les parties au contrat sont libres de la demander au juge; elle est obligatoire chaque fois que les parties sont tenues de soumettre leur contrat au juge pour homologation; on parlera dans ce dernier cas d'homologation *stricto sensu*. V. aussi APOSTOLEANU (G. V.), *Théorie de l'homologation en droit privé français*, Paris, Jouve, 1924, p. 5, pour qui le jugement d'homologation est "celui qui ordonne l'exécution d'un acte à l'égard duquel l'approbation du tribunal est exigée"; v. aussi BALENSI (I), *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, RTD civ. 1978; ENGEL-CREACH (A), *Les contrats judiciairement formés*, thèse, Université Paris X-Nanterre, 2001.

<sup>709</sup> HAUSER (J), *Le juge homologateur en droit de la famille*, in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, *Economica*, 2001, p. 120

<sup>710</sup> CHAMPENOIS (G), *Chronique civile générale*, t. IV, *Régimes matrimoniaux, libéralités, successions*, Defrénois, 2004, Art. 37958, p. 825 et 826; HAUSER (J) et PLAZY (J.-M.), *Changement de régime matrimonial et enfant majeur hors d'état de manifester sa volonté*, Defrénois, 2007/10, p. 734, n° 1.

<sup>711</sup> ZATARA (A.-F.), *L'homologation en droit privé*, R.R.J., 2004, p. 101, n° 27.

<sup>712</sup> Sous la direction de CORNU (G), *Association Henri Capitant*, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 507.

**336.** Aux termes de l'article 15-2, AUPC, la juridiction compétente saisie par son président « *rend une décision de règlement préventif et homologue le concordat préventif* », « *lorsque la situation du débiteur le justifie* ». En d'autres termes, lorsque la situation du débiteur ne le justifie pas, le juge ne doit ni rendre une décision de règlement préventif, ni homologuer le concordat conclu. Ce qui suppose nettement un pouvoir d'appréciation du juge, qu'il convient d'analyser (§-1), avant d'aborder la procédure de l'homologation elle-même (§-2).

## SECTION 1

### UN EFFET LIMITÉ EN DÉPIT D'UNE COMPÉTENCE JUDICIAIRE ÉLARGIE

**337.** Contrairement à ce qui se passe lors du prononcé de la suspension des poursuites, où le président du tribunal, avant de rendre sa décision, ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation de l'offre de concordat déposée par le débiteur, le tribunal compétent doit, au contraire, vérifier qu'un certain nombre de conditions sont réunies avant d'homologuer l'accord conclu entre le débiteur et ses créanciers. Le pouvoir d'appréciation du juge de l'homologation paraît dès lors indéniable. On examinera son étendue (B), après avoir précisé le tribunal compétent en cette matière (A).

#### §.1- La compétence du juge en matière d'homologation

**338.** Aux termes de l'article 14, AUPC, dans les huit jours<sup>713</sup> du dépôt du rapport de l'expert, le Président saisit la juridiction compétente et convoque le débiteur à comparaître devant cette juridiction pour y être entendu. La juridiction compétente pour connaître de l'homologation est donc le tribunal dont, jusqu'alors, le président a permis et accompagné le règlement préventif, notamment dans la phase de suspension des poursuites et de négociation avec les créanciers. Il bénéficie à la fois d'une compétence d'attribution (1) et d'une compétence territoriale (2).

#### A - La compétence d'attribution

**339.** Le règlement préventif, le redressement judiciaire et la liquidation des biens relèvent de la juridiction compétente en matière commerciale, dispose l'article 3, AUPC. La compétence

---

<sup>713</sup> L'art. 68, décret du 22 déc. 1967 prévoit également que le concordat ne sera homologué qu'après ce délai.

d'attribution en matière de procédure collective appartient donc à la juridiction commerciale, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon la qualité ou l'activité du débiteur. L'objectif est sans doute de regrouper ces procédures devant une même juridiction afin d'obtenir une cohérence et une efficacité maximale<sup>714</sup>. Une autre raison qui pourrait expliquer cette unité procédurale, serait de pallier le manque de personnel qualifié, les Etats de l'espace OHADA ne connaissant pas en général de juridiction consulaire. En outre, et surtout, l'attribution de compétence à une seule juridiction permet d'éviter les conflits de compétence auxquels peut donner lieu la répartition entre tribunal de commerce et tribunal de grande instance<sup>715</sup>.

**340.** L'exemple du droit français est, à cet égard, assez éloquent. Il s'agit, en pratique, d'incidents soulevés par le débiteur en réponse à une assignation de créancier ou sur requête du ministère public<sup>716</sup>. En effet, même si les conflits de compétence d'attribution sont rares s'agissant des personnes physiques, des difficultés peuvent se soulever lorsque, par exemple, un agriculteur assigné en redressement judiciaire devant un tribunal de commerce, conteste la compétence de cette juridiction<sup>717</sup>. Ces conflits sont d'autant plus courants lorsque le caractère civil ou commercial d'une personne morale dépend de son objet, tel le cas des GIE et des associations<sup>718</sup>.

**341.** Ainsi, lorsque la personne assignée en redressement ou liquidation judiciaire n'a pas la qualité requise, n'exerçant, par exemple, ni une activité commerciale, ni une activité artisanale, et est cependant traduite devant le tribunal de commerce, elle doit soulever l'irrecevabilité de la demande pour incompétence de cette juridiction. Celle-ci est tenue de déclarer la demande

---

<sup>714</sup> SAWADOGO (F. M.), obs. sous article 3, AUPC, *OHADA, Traité et Actes uniformes...*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit.

<sup>715</sup> C'est le cas en droit français où, conformément à une solution déjà admise par la loi du 13 juillet 1967, l'article L. 621-2, C. com. (issu de l'ord. du 18 déc. 2008), auquel renvoient les articles L. 631-7 et L. 641-1, fait dépendre la compétence d'attribution, non plus de la qualité, mais de la nature de l'activité du débiteur. Le tribunal de commerce sera compétent pour toutes les procédures ouvertures contre les commerçants, les artisans et les personnes morales commerçantes. Le tribunal de grande instance connaît des procédures collectives relatives aux agriculteurs, aux personnes morales de droit privé non commerçantes, à moins que ces personnes n'aient accompli de façon répétée des actes de commerce, ainsi que, depuis 2005, aux professions civiles indépendantes. En effet, les sociétés d'exercice libéral, nonobstant leur forme commerciale, relèvent de la compétence civile, de par les dispositions expresses de l'article L. 411-6 du Code de l'organisation judiciaire: V. JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 275, p. 196, note 1; v. aussi Civ. 2<sup>ème</sup>, 6 mai 1997, Bull. Joly, 1997, p. 989, § 355, note DAIGRE; Trib. com. Paris, 22 mars 1994, Les Petites affiches, 4 mai 1994, n° 53, p. 23, note DERRIDA; Bull. Joly, 1994, 671, note JEANTIN.

<sup>716</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 275.

<sup>717</sup> GUYON (Y), *Droit des affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1142.

<sup>718</sup> La question s'est posée notamment à propos de clubs de football, constitués sous forme d'associations, lorsque ces clubs agissaient comme des entreprises de spectacles publics, donc comme des commerçants (Reims, 19 février 1980, JCP, 1981, II, 19496, note Y. GUYON; RTD com., 1980, 103, note ALFANDARI et M. JEANTIN; Dijon, 4 nov. 1987, Rev. soc., 1988, somm. 291).

irrecevable, au besoin d'office, les règles de compétence d'attribution étant d'ordre public<sup>719</sup>. Il en va de même en cas de demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde adressée à un tribunal incompétent. Cependant, le tribunal initialement saisi demeure compétent, même si l'entreprise est soumise, après l'ouverture d'une sauvegarde, par exemple, au redressement ou à la liquidation judiciaire<sup>720</sup>.

**342.** C'est également le cas, lorsqu'il y a extension<sup>721</sup> de la procédure initialement ouverte à une autre personne physique ou morale, qui ne relèverait pas, à titre principal, de la compétence de la juridiction initialement saisie. Celle-ci conservera une compétence exclusive « pour les contestations nées de la procédure collective ou sur lesquelles cette procédure exercera une influence juridique »<sup>722</sup>, exception faite des actions en responsabilités contre les mandataires de justice<sup>723</sup> ou de celles qui, par nature, relèvent de la compétence d'un autre tribunal (tribunal administratif, conseil des prud'hommes, etc.)<sup>724</sup>. Le législateur français assure ainsi l'unité procédurale<sup>725</sup> de la procédure collective, afin, sans doute, de réaliser une meilleure administration de la justice, en centralisant auprès d'une même juridiction des actions qui pourraient être dispersées<sup>726</sup>.

---

<sup>719</sup> LIENHARD (A), *Procédures collectives*, 4<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 53.18.

<sup>720</sup> Depuis un arrêt de la Chambre des requêtes du 29 octobre 1889 (D. 1889, 1, p. 13), il est admis que "le tribunal de commerce du domicile du failli est seul compétent pour connaître des contestations nées de la faillite ou sur lesquelles l'état de faillite exerce une influence juridique". Il suffit que l'action ait sa cause dans la faillite (HOUIIN, obs. sous Com. 17 juin 1956, D. 1956, p. 266). V. sur l'ensemble de la question, STAËS (O), *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, thèse, Toulouse, 1995, n° 57 et s.; CAGNOLI (P), préface, thèse LE BARS, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 2002.

<sup>721</sup> Art. L. 622-10, L. 651-1, L. 653-1, C. com.

<sup>722</sup> Com. 8 juin 1993, Bull. civ. 1993, IV, n° 233. On estime que ces deux critères sont repris avec constance par la Cour de cassation (JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit. n° 232, note 3). V. pour un exemple récent, Com. 2 oct. 2007, JCP E 2008, 1750, note C. LEBEL; et sur ces critères, v. FOUCHARD (PH), *Arbitrage et faillite*, Rev. arb. 1998, p. 471 et s.

<sup>723</sup> DERRIDA (F), GODE (P) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires ...*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 64, p. 57, note 312. Ainsi, sont de la compétence du tribunal initialement saisi, les actions relatives à la déclaration des créances, aux nullités de la période suspecte et les actions en comblement de passif quand bien même elles seraient engagées contre une personne morale de droit public (Trib. confl. 2 juill. 1984, D. 1984, 545, note DERRIDA; JCP 1984, II, 20306, concl. LABETOULLE et note E. ALFANDARI, si, toutefois, la personne morale de droit public a la qualité de dirigeant de droit; par contre, si celle-ci se voit reprocher une faute qu'elle aurait commise en qualité de dirigeant de fait, les juridictions administratives sont compétentes. Le tribunal saisi connaît, de manière très générale, de toutes les actions liées à la procédure, c'est-à-dire, "des actions propres à la faillite ou des contestations nées de celle-ci ou juridiquement influencées par elle", telles que la levée de mesures conservatoires, des actions en responsabilité exercée contre une banque (Com. 3 juin 1997, D. 1997, p. 517, note DERRIDA) ou encore de la connexité de créances fiscales aux fins de compensation (Trib. confl. 22 janv. 2001, Les Petites affiches, 14 juill. 2001, p. 22, note B. LAGARDE).

<sup>724</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 232.

<sup>725</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 275.

<sup>726</sup> V. SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 409, qui parle de "bloc de compétence" en matière de faillite.

**343.** Contrairement au droit français, le législateur OHADA a institué l'unité procédurale dès l'ouverture de la procédure, quel qu'en soit le type, règlement préventif ou redressement judiciaire ou liquidation des biens, et quel que soit l'auteur de la saisine. De plus, l'unité est maintenue tout au long de la procédure, de sorte que les difficultés éventuelles que pourraient susciter des contestations nées de la procédure ou encore l'éventualité d'une extension de procédure, sont résolues à l'avance<sup>727</sup>. Ce qui ne saurait être remise en cause à l'occasion de l'homologation du concordat, d'autant que la saisine à cette fin ne relève pas de l'initiative des parties, mais plutôt du président, initialement saisi, qui doit lui-même saisir la juridiction compétente, dans les huit jours du dépôt du rapport de l'expert contenant le concordat<sup>728</sup>.

**344.** Les juridictions compétentes en matière commerciale<sup>729</sup> seront, en fonction des Etats, le tribunal de première instance, le tribunal de grande instance, le tribunal régional, sans oublier les tribunaux de commerce, fonctionnant, non pas avec des juges consulaires, mais avec des magistrats professionnels, et parfois avec des assesseurs commerçants, qu'auraient créés certains Etats d'Afrique centrale<sup>730</sup>. Elles sont également compétentes pour connaître, notamment, des actions tendant à l'admission ou au rejet d'une créance<sup>731</sup>, des recours contre les décisions du juge-commissaire, des actions tendant à la reddition des comptes du syndic, des actions relatives aux inopposabilités de la période suspecte<sup>732</sup>, des actions en responsabilité contre des tiers suspectés d'avoir accru le passif ou diminué l'actif, en particulier contre le banquier dispensateur de crédit<sup>733</sup>, des actions pauliennes, en comblement du passif social<sup>734</sup>, des actions du conjoint débiteur<sup>735</sup>, des litiges relatifs aux baux

---

<sup>727</sup> L'alinéa 2 de l'article 3, AUPC, prévoit d'ailleurs que la juridiction compétente *"est également compétente pour 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"*.

<sup>728</sup> Article 14, AUPC.

<sup>729</sup> Au Togo, il s'agit du Tribunal de première instance de première classe à Lomé (ex. Jugement n° 565/ 2009 du 10 mars 2009) et des tribunaux d'instance dans les autres grandes villes du pays. Au Burkina Faso, il s'agit du Tribunal de grande instance à Ouagadougou (ex. Jugement n° 20 du 29 janvier 2003), au Sénégal, le Tribunal régional hors classe, dans le cas de Dakar (ex. Jugement commercial n° 6 du 9 janvier 2004); au Niger, il s'agit du Tribunal régional, en ce qui concerne Niamey (ex. Jugement n° 16 du 15 janvier 2003); au Gabon, il s'agit du Tribunal de première instance pour Libreville (ex. Jugement du 11 juillet 2003, répertoire n° 48/2002/2003); en Côte d'Ivoire, il s'agit du Tribunal de première instance (ex. Jugement n° 41 du 13 mars 2003).

<sup>730</sup> SAWADOGO (F. M.), obs. sous article 3, AUPC, *OHADA, Traité et Actes uniformes ...*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit.

<sup>731</sup> Article 89 et s., AUPC.

<sup>732</sup> Article 70, AUPC.

<sup>733</sup> Article 118 et s., AUPC.

<sup>734</sup> Article 183 et s., AUPC.

<sup>735</sup> Article 99, AUPC.



commerciaux<sup>736</sup>, ainsi que des actions relatives à l'extension des procédures collectives aux dirigeants de personnes morales<sup>737</sup>, etc.

**345.** Cependant, l'unité de compétence n'est pas totale. L'alinéa 2 de l'article 3, AUPC, réserve expressément les actions « *qui sont exclusivement attribuées aux juridictions administratives, pénales et sociales* ». Ainsi, les contestations en matière salariale doivent être portées devant les juridictions de travail, de même que les actions en annulation d'un plan social. Les infractions pénales sont connues des juridictions répressives<sup>738</sup>. De manière générale, les litiges qui trouvent leur cause dans un acte ou un fait juridique antérieur au jugement d'ouverture et qui sont indépendants de la procédure, échapperont au tribunal qui connaît de celle-ci<sup>739</sup>. Ce qui peut être le cas notamment des contestations ou revendications de créanciers, dont les créances sont admises ou non. Aux termes de l'article 89, AUPC, les revendications et les créances contestées ou admises provisoirement sont renvoyées, par les soins du greffier, à la juridiction compétente. Si celle-ci, selon l'article 90, constate que la réclamation du créancier ou du revendiquant relève de la compétence d'une autre juridiction, elle se déclare incompétente et admet provisoirement la créance.

## **B - La compétence territoriale**

**346.** La juridiction territorialement compétente pour connaître des procédures collectives, dispose l'article 4, AUPC, est celle dans le ressort de laquelle le débiteur a son principal établissement ou, s'il s'agit d'une personne morale, son siège ou, à défaut de siège sur le territoire national,

---

<sup>736</sup> Article 97, AUPC.

<sup>737</sup> Article 189, AUPC.

<sup>738</sup> Article 234, AUPC.

<sup>739</sup> Il en a été jugé ainsi en droit français, notamment, d'un litige portant sur l'irrégularité d'un apport partiel d'actif (Paris, 27 janv. 1993, RJDA 3/93, n° 254), ou encore sur les réparations consécutives à la rupture d'un contrat de concession (Com. 17 janv. 1995, RJDA 5/95, n° 639), ou qui est relatif à la mauvaise exécution d'un marché de travaux (Dijon, 1<sup>ère</sup> ch. 4 févr. 1993, Rev. proc. coll. 1994, p. 147, obs. LIENHARD), ainsi qu'à la remise d'une chose gagée (Com. 28 janv. 1997, n° 204: compétence du juge des référés), à la demande d'un crédit-bailleur tendant à l'acquisition d'une clause résolutoire (Com. 6 juin 1995, Bull. civ. IV, n° 170, p. 158), à une action en responsabilité exercée contre une société de crédit-bail pour manquement à son devoir de conseil (Com. 12 oct. 1999, RJDA 12/99, n° 1349, p. 1089), à l'expulsion d'une locataire (Com. 6 mars 2001, RTD com. 2001, p. 523, obs. VALLENS), ou enfin, à l'action du liquidateur visant à obtenir du coïndivisaire *in bonis* une quote-part du prix de vente du bien indivis (CA Orléans, 14 déc. 2000, RJDA, 2001, n° 465, p. 423). Pour la Cour de cassation, le tribunal saisi n'est plus compétent si "le litige portant sur des faits antérieurs à l'ouverture du redressement judiciaire se serait présenté de la même manière si [le débiteur] n'avait pas été soumis à la procédure collective" (Com. 6 mars 2001, RTD com. 2001, p. 523, note A. MARTIN-SERF; 28 avr. 1998, JCP E 1998, n° 36, p. 1356, note P. P.) et les juges du fond doivent indiquer en quoi la procédure collective exerce une influence sur la solution du litige (Com. 25 juill. 2002, RJDA 12/02, n° 1293: rupture abusive de crédit). On estime que ces solutions demeurent applicables à l'actuelle procédure de sauvegarde (SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit. n° 409 et les références citées).

son principal établissement. Si le siège social est à l'étranger, la procédure se déroule devant la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve le principal centre d'exploitation situé sur le territoire national. Le législateur OHADA, à l'instar de son homologue français<sup>740</sup>, distingue, *ratione loci*, la compétence interne et la compétence internationale.

## 1. La compétence interne

**347.** Sur le plan interne ou national, le tribunal compétent est donc celui dans le ressort duquel le débiteur, personne physique, a son principal établissement, c'est-à-dire le tribunal du domicile professionnel, du siège réel des affaires du débiteur, lequel peut être différent de son lieu d'habitation<sup>741</sup>. S'il s'agit d'une personne morale, le tribunal compétent est celui de son siège social, c'est-à-dire, le centre effectif de la direction des affaires<sup>742</sup>, en somme, le siège statutaire. En cas de distinction entre le siège statutaire et le siège réel, c'est-à-dire en cas de fictivité de siège statutaire, le tribunal compétent est celui du siège réel<sup>743</sup>. La jurisprudence a toujours considéré que le siège social statutaire n'était opposable que s'il correspond à la réalité<sup>744</sup>. Tout transfert fictif était considéré comme inopposable<sup>745</sup>. La Cour de cassation voit même dans cette règle de compétence une disposition d'ordre public pouvant être invoquée par tout intéressé<sup>746</sup> et ne saurait être mise en échec par une clause attributive de compétence<sup>747</sup>. Les créanciers doivent donc toujours assigner devant le siège réel de la société et peuvent écarter la compétence du siège statutaire, s'il est fictif<sup>748</sup>. Ces solutions doivent être

---

<sup>740</sup> Art. R. 600-1, C. com. (art. 1<sup>er</sup> du décret): "... *Le tribunal territorialement compétent pour connaître des procédures prévues par le livre VI de la partie législative du présent code est celui dans le ressort duquel le débiteur, personne morale, a son siège ou le débiteur, personne physique, a déclaré l'adresse de son entreprise ou de son activité. À défaut de siège en territoire français, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur a le centre principal de ses intérêts en France. – [Al. 2] Toutefois, en cas de changement de siège de la personne morale dans les six mois ayant précédé la saisine du tribunal, le tribunal dans le ressort duquel se trouvait le siège initial demeure seul compétent. Ce délai court à compter de l'inscription modificative au registre du commerce et des sociétés du siège initial.*"

<sup>741</sup> Com. 17 févr. 1998, RJDA 6/98, n° 751, p. 531, qui affirme le pouvoir souverain de la cour d'appel pour déterminer le lieu du centre des intérêts du débiteur, en l'occurrence un agriculteur exploitant 28 hectares de terre dans un département, alors que son centre principal d'intérêts était demeuré dans un autre département.

<sup>742</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 195, note 39.

<sup>743</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 412.

<sup>744</sup> Com. 24 nov. 1982, Rev. sociétés 1983, 750, note J. H.; Com. 14 déc. 1993, RJDA 1994, 452.

<sup>745</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 juill. 1987, D. 1988, 169, note RIMERY; Com. 8 mars 1988, D. 1988, somm., 339; JCP 1988, 15335, obs. M. CABRILLAC et D. VIVANT. Cette solution a été consacrée par l'alinéa 2 de l'art. 1<sup>er</sup> du décret n° 85-1388, et reprise par l'art. 1<sup>er</sup> du nouveau décret (art. R. 600-1, C. com.).

<sup>746</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 juill. 1987, D. 1988, somm. p. 142, obs. A. HONORAT. Sur l'ensemble de la question, v. STAËS (O), *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, thèse, Toulouse, n° 46 et s.

<sup>747</sup> Paris, 3<sup>ème</sup> ch. B. 17 déc. 1987, JCP E 1988, 15335, n° 4, p. 752, obs. CABRILLAC et VIVANT.

<sup>748</sup> Com. 8 mars 1988, D. 1988, somm. p. 339, obs. A. HONORAT; JCP E 1988, II, 15335, n° 3, obs. M. CABRILLAC et D. VIVANT; RTD com. 1989, p. 535, obs. PH. MERLE; Rev. proc. coll. 1989, p. 40, n° 2, obs. L. CADIET; Com. 5 janv. 1999, BRDA 5/99, n° 6; RJDA 4/99, n° 440, p. 348; Com. 8 mars 1988, Les Petites

admises en droit OHADA, encore que le législateur africain n'ait prévu aucune disposition en cas de transfert de siège social, contrairement à son homologue français<sup>749</sup>. Cette lacune peut donner lieu à des changements de siège social qui n'aurait d'autre but que de permettre au débiteur de pouvoir choisir à sa guise le tribunal compétent<sup>750</sup>.

**348.** La question demeure, toutefois, posée, en cas de non-effectivité de la juridiction du siège social ou du principal établissement, pour force majeure, par exemple. La compétence de la juridiction la plus proche sur le plan géographique ou juridictionnel devrait être retenue. On pourrait même admettre qu'il puisse s'agir de la juridiction du siège social ou du principal établissement du créancier ayant l'initiative de l'action. C'est ce qu'a décidé la Cour d'Abidjan en se déclarant compétente, dès lors, que la juridiction du siège social du débiteur était fermée pour cause de guerre<sup>751</sup>.

## 2. La compétence internationale

**349.** Des dispositions de l'article 4, AUPC, se dégage également une règle de compétence internationale, puisque, si le siège social est à l'étranger, la procédure se déroule devant la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve le principal centre d'exploitation situé sur le territoire national. Par « *principal centre d'exploitation* », il faut sans doute entendre un établissement distinct du siège social, une succursale ou une agence, par exemple, mais qui représente le principal établissement sur le territoire national, doté d'une autonomie<sup>752</sup> et constituant une structure importante, c'est-à-dire, en principe, « le principal des établissements secondaires »<sup>753</sup>. C'est l'équivalent, en droit français, du « *centre principal des intérêts* »; la

---

affiches, n° 112, p. 60; Paris, 26 juill. 1991, Rev. proc. coll. 1992, p. 149, note LIENHARD; v. aussi MENJUCQ (M), *La faillite internationale et les groupes de sociétés*, J. Cass. Soc., 2005, n° 23, p. 22; MELIN (F), *La faillite internationale*, LGDJ, 2004.

<sup>749</sup> V. art. R. 600-1, C. com., op. cit., le délai de 6 mois courant à compter de la radiation de la société sur le registre du greffe du tribunal anciennement compétent (Com. 6 janv. 1998, Quot. Jur. 1998, n° 14, p. 4).

<sup>750</sup> V. STAËS (O), *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, thèse, op. cit., n° 53 et s.; Com. 6 févr. 2001, Act. proc. coll., 2001, n° 95; Com. 8 mars 1988, BRDA 1989, n° 7, p. 13; Les Petites affiches, 6 janv. 1989, n° 3, p. 20, note PICANO-LAMEZEC.

<sup>751</sup> CA, Abidjan, chambre civile et commerciale, arrêt n° 383 du 1<sup>er</sup> avril 2005, Société D.L.H. NORDISK c/ Société H.B.E., Le Juris-Ohada, n° 4/2006 p. 40: La Cour d'appel d'Abidjan doit retenir sa compétence dès lors que la Cour d'Appel de Bouaké est fermée pour cause de guerre.

<sup>752</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 415.

<sup>753</sup> Com. 19 janv. 1988, D. 1988, p. 565, note J.-P. REMERY; 26 oct. 1999, Bull. Joly, 2000, p. 385, note M. MENJUCQ; Civ. 1<sup>ère</sup>, *aff. BCCI Overseas*, D. 1995, p. 540, note VASSEUR; JCP 1995, I, 3871; Rev. crit. dr. inter. privé 1995, p. 742, note OPPETIT.

jurisprudence admet, à cet égard, qu'« une implantation matérielle concrétisée par l'exploitation d'une unité économique » est suffisante<sup>754</sup>.

**350.** Dans ce cas, d'après le principe de l'universalité de la faillite<sup>755</sup>, le règlement préventif, le redressement judiciaire ou encore la liquidation des biens, prononcée dans un Etat-partie à l'OHADA, produit ses effets dans les autres Etats-parties, conformément aux dispositions de l'article 247, AUPC<sup>756</sup>. Il en résulte que le tribunal dans le ressort duquel est situé le principal centre d'exploitation sur le territoire d'un Etat-partie ne peut pas ouvrir de procédure collective, lorsque le débiteur est déjà soumis au lieu de son siège social dans un autre Etat-partie à une « faillite » étrangère. C'est l'exemple d'une affaire dont a eu à connaître la Cour d'appel de Lomé au cours de laquelle un créancier résident au Cameroun est intervenu à l'instance en cours à Lomé, afin de sauvegarder ses intérêts, le débiteur ayant son siège social au Togo<sup>757</sup>. Le législateur semble, toutefois, limiter les effets de la compétence internationale aux Etats-partie au Traité de l'OHADA; ce qui n'a rien de surprenant, en l'absence de règle de

---

<sup>754</sup> Com. 1<sup>er</sup> oct. 2002, RJDA 2/03, n° 152, p. 129; Bull. Joly 2000, p. 385, note M. MENJUCQ; Com. 26 oct. 1999, RJDA 4/00, n° 443; VALLENS (J.-L.), *Questions procédurales de droit international privé et de droit européen*, Les Petites affiches 1998, n° 129, p. 4; VALLENS (J.-L.) et SORIEUL (R), *Codifier le droit international privé en matière de procédure collectives?*, D. 2007, p. 1225.

<sup>755</sup> Selon la conception de l'unité ou de l'universalité de la faillite, un seul tribunal serait compétent pour organiser le paiement des créanciers et le redressement de l'entreprise, même lorsque celle-ci a des actifs et des créanciers dans plusieurs Etats. Ainsi, conformément à cette conception, elle-même déduite du principe d'unité du patrimoine, le débiteur doit être soumis en principe à une procédure unique, ouverte au lieu où il a son siège, et cette procédure est, en principe, universelle, c'est-à-dire qu'elle a vocation à appréhender tous les actifs du débiteur, même situés à l'étranger (une personne, un patrimoine, une procédure à vocation mondiale, universelle). Une faillite internationale ne serait pas alors sensiblement différente d'une faillite interne. Selon une seconde conception, dite de pluralité ou territorialité de la procédure ou encore réaliste, l'organisation de la faillite internationale est un leurre. Elle se heurte à la souveraineté des Etats qui n'acceptent pas que dans une matière aussi sensible les décisions soient prises par un tribunal étranger; l'on ne peut qu'ouvrir des procédures séparées, limitées aux actifs territoriaux dans les différents Etats où le débiteur a des établissements (GUYON (Y), *Droit des affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1019 et 1140; PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 196). Le droit français, à la suite duquel le droit OHADA, adopte les deux conceptions en tirant avantage de chacune d'elles (v. SAWADOGO, op. cit., note sous article 4, AUPC.)

<sup>756</sup> Aux termes de l'article 247, AUPC, "*lorsqu'elles sont devenues irrévocables, les décisions d'ouverture et de clôture des procédures collectives ainsi que celles qui règlent les contestations nées de ces procédures et celles sur lesquelles les procédures collectives exercent une influence juridique, prononcées dans le territoire d'un Etat-partie ont autorité de la chose jugée sur le territoire des autres Etats-partie*". La règle de compétence internationale édictée à l'article 4, AUPC, doit donc être analysée en rapport avec ce texte, mais aussi avec l'ensemble des dispositions du Titre VI, intitulé "procédures collectives internationales", soit les articles 247 à 256, AUPC. V. aussi les obs. du Prof. SAWADOGO sous ces divers textes.

<sup>757</sup> CA, Lomé, arrêt n° 066/09 du 20 avril 2009, BIA-TOGO, SICOME SARL, SAS-TOGO, MIDNIGHT SUN SA, BATIMEX-TOGO c/ UDECTO, Ohadata J-10-156, rendu sur appel du jugement n° 565/2009 du 10 mars 2009 du Tribunal de première instance de première classe de Lomé, homologuant le concordat préventif proposé par le débiteur. Sur appel des créanciers auxquels s'est joint ECOBANK-Cameroun, également créancier, la Cour de Lomé a annulé le concordat préventif et prononcé le redressement judiciaire du débiteur.

droit international privé suffisamment satisfaisante<sup>758</sup>. Néanmoins, cet inconvénient relatif peut être levé par l'exequatur<sup>759</sup>.

**351.** Les procédures collectives ouvertes à l'étranger peuvent, en effet, être rendues efficaces sur le plan national; la juridiction nationale saisie vérifie que les conditions de l'exequatur sont réunies<sup>760</sup>: intérêt légitime du demandeur, qui sera le plus souvent le syndic étranger ou l'expert en matière de règlement préventif, la compétence du juge étranger, et la conformité de la procédure suivie à l'ordre public international<sup>761</sup>. En droit français, toutefois, l'exigence de l'exequatur est levée lorsque peut s'appliquer le règlement communautaire n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatives aux procédures d'insolvabilité, entré en vigueur le 31 mai 2002 et précisé par la circulaire du 15 décembre 2006<sup>762</sup>. Ce règlement reconnaît à son tour la compétence du tribunal dans le ressort duquel l'entreprise a « *le centre de ses intérêts principaux* »<sup>763</sup> pour ouvrir la procédure principale, qui peut être une procédure de sauvegarde<sup>764</sup>.

<sup>758</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 280.

<sup>759</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 janv. 1964, RCDIP 1964, 344, note BATIFFOL; RTD com. 1964, 455, obs. LOUSSOUARN; Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 oct. 2000, B. 245 (ord. du *chapitre 11 américain*); Com. 18 janv. 2000, B. 17; JCP E 2000, 699, n° 2, obs. PETEL; v. sur toutes ces questions, MENJUCQ (M), *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2008; MENJUCQ (M), *Droit du commerce international*, Litec, 2005, n° 2301 et s.

<sup>760</sup> Sur les conditions de l'exequatur, v: Com. 18 janv. 2000, Les Petites affiches, 12 avril 2000, n° 73, p. 12, obs. J.-L. VALLENS; JCP G 2000, I, 249, obs. P.P.; 17 oct. 2000, Gaz. Pal. 12 juin 2001, p. 50, note M. L.

<sup>761</sup> Com. 5 févr. 2002, JCP E 2003, p. 956, note RAIMONT: Il n'y a pas d'atteinte à l'ordre public, lorsqu'un tribunal espagnol fait remonter la cessation des paiements à plus de 24 mois.

<sup>762</sup> JCP E, 19 avril 2007, n° 1498, p. 30.

<sup>763</sup> Art. 3-1: "*Les juridictions de l'Etat contractant sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétents pour ouvrir la procédure d'insolvabilité*". Cette notion a donné lieu à plusieurs applications jurisprudentielles dont l'effet a été de soumettre des filiales françaises de sociétés étrangères à la compétence du tribunal du lieu des principaux intérêts du groupe: Com. 27 juin 2006, Rev. sociétés 2007, n° 1, p. 166, obs. PH. ROUSSEL-GALLE; D. 2006, p. 2257, obs. J.-L. VALLENS, rejetant le pourvoi formé contre CA Versailles 4 sept. 2003, JCP G 2004, II, 10004, note M. MENJUCQ; JCP E 2003, p. 2012, note G. A. LIKILLIMBA, AJDI 2004, p. 138, note A. JACQUEMONT; RJDA 01/2004, p. 1, note F. MELIN; T. com. Nanterre, 19 mai 2005, JCP G 2005, II, 10116, obs. M. MENJUCQ; Com. 28 oct. 2008, n° 06-16.108, Gaz. proc. coll. 28 avril 2009, p. 11, obs. F. MELIN: compétence des juridictions allemandes si le débiteur personne physique ne dispose en France que d'une chambre meublée, alors qu'il occupe un emploi en Allemagne et que ses créanciers sont des établissements allemands; v. aussi CA Versailles, 13<sup>ème</sup> ch., 15 déc. 2005, *aff. Rover*: la cour de Versailles précise les conditions d'ouverture d'une procédure secondaire dans le cadre du règlement CE 1346/2000, D. 2006, p. 379, obs. R. DAMMANN; T. com. Paris 15 janv. 2007, n° 06/58718, RJDA 5/07, n° 536, p. 507: *Affaire Eurotunnel*; CJCE, 2 mai 2006, *Sté Eurofood*, D. 2006, p. 1286, obs. LIENHARD et p. 2251, obs. F.-X. LUCAS et P.-M. LE CORRE, qui exige que la procédure d'insolvabilité ouverte dans un Etat membre soit reconnue dans les autres Etats; v. aussi DANNENBERGER (F), *A propos du règlement insolvabilité (interprétation de la notion d'établissement principal)*, Rev. proc. coll. 2007, p. 112; MONTERAN (TH), *La tentation du "forum shopping", Les critères de territorialité appliqués aux groupes de sociétés dans le règlement européen du 29 mai 2000*, Gaz. pal. oct. 2007, p. 3165. Selon la circulaire, "ce critère de compétence est défini comme le lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers. Ce terme peut être compris comme désignant le centre effectif de direction de ses affaires" (art. 1-2-1, Circ. n° 6-19/06, 15 déc. 2006). V. sur tous ces points, HENRY (L.-C.), *La procédure et le règlement communautaire*, in *Procédure civile et procédures collectives*, Colloque Nice 16/17 mai 2008, Les Petites affiches, 28 nov. 2008, n° 239, p. 39.

<sup>764</sup> La procédure de sauvegarde est, en effet, inscrite à l'annexe A du Règlement au titre des procédures d'insolvabilité et il en a été fait application au groupe Eurotunnel. Le Tribunal de commerce de Paris, dans sa

**352.** Il s'agit là d'une grande avancée dans l'élaboration d'un droit international des procédures collectives, dimension que n'a pas encore atteint la loi-type de la Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international élaborée en mai 1997, dont le but est de régler les difficultés suscitées par les faillites internationales lorsque les biens du débiteur sont dispersés dans différents Etats<sup>765</sup>.

---

décision du 2 août 2006, s'est déclaré compétent pour connaître de la demande au motif que la Société Eurotunnel Limited avait le centre de ses intérêts principaux en France (Trib. com. Paris 15 janv. 2007, n° 06/58718, RJDA 5/07, n° 536, p. 507). Cette compétence juridictionnelle entraîne une compétence législative et la décision rendue, en raison du principe de l'universalité de la faillite, sera reconnue dans tous les Etats de l'Union européenne et y produira ses effets (CJCE 2 mai 2006, *aff. C-341/04, Eurofood IFSC Ltd*: Selon la Cour de justice, le siège des intérêts principaux est présumé être le siège social, mais cette présomption simple peut être renversée en recourant "à des éléments objectifs, vérifiables par des tiers" établissant que le siège est ailleurs. Une fois déterminé le tribunal compétent en application de ce critère, la décision rendue doit être respectée dans les autres Etats membres). La juridiction française n'a pas à vérifier les motifs ayant permis à la juridiction étrangère de renverser la présomption de compétence de la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve le siège social (Com. 27 juin 2006, *Rev. sociétés* 2007, n° 1, p. 166, obs. PH. ROUSSEL-GALLE). Des faillites secondaires, mais limitées à des liquidations judiciaires, peuvent, toutefois, être ouvertes si l'Etat du siège ne connaît pas de procédure d'insolvabilité ou dans le cas où les créanciers locaux ont assigné le débiteur devant le tribunal du lieu de situation des biens. La procédure est alors territoriale et produit des effets limités. V. sur ce point: JAZOTTES (G) et SENECHAL (M), *L'ouverture d'une faillite européenne*, Colloque Toulouse, *Rev. proc. coll.* 2008, p. 90; et sur l'ensemble de la question, SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit. n° 416 et les références citées; JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit. n° 281 et références citées; PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 197 et les références citées.

<sup>765</sup> La loi-type sur l'insolvabilité internationale élaborée par la CNUDCI n'est pas une convention internationale visant à instituer une réglementation commune aux Etats signataires, mais une "loi-type", c'est-à-dire une sorte de modèle susceptible d'être intégré dans les lois des Etats membres (VALLENS J.-L., *La loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale*, D. 1998, p. 157). C'est ainsi que, outre des règles de coopération entre les tribunaux et les praticiens, la loi-type vise à "garantir une plus grande certitude juridique dans le commerce et les investissements", à assurer "une administration équitable et efficace des procédures d'insolvabilité internationale", à "protéger les actifs du débiteur et à inciter au redressement judiciaire permettant de protéger les investissements et de sauvegarder les emplois". De façon concrète, la loi-type permet au syndic désigné, sous le nom de "représentant étranger" nommé dans une faillite étrangère, de demander après avoir justifié sa capacité à agir, aux tribunaux nationaux la reconnaissance de la procédure dans laquelle il a été nommé. Cette reconnaissance lui permet de s'adresser directement aux tribunaux locaux sans avoir à passer par des structures intermédiaires. Il pourra, dès lors, solliciter des mesures provisoires, dans le respect de la loi nationale, que le juge aura la possibilité, le cas échéant, de rejeter si elles sont contraires à l'ordre public ou s'il estime que les intérêts du débiteur ou ceux des créanciers ne sont pas suffisamment protégés. La loi-type institue donc une technique simplifiée mais non automatique de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères rendues en matière de procédures collectives, à la différence du texte de l'Union européenne qui comporte une règle de compétence internationale directe (art. 3-1: "*Les juridictions de l'Etat contractant sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétents pour ouvrir la procédure d'insolvabilité*"), mais également des dispositions sur la loi applicable à la faillite: art. 4 (La loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'Etat contractant sur le territoire duquel la procédure est ouverte, ci-après dénommé "l'Etat d'ouverture"). Cette loi détermine les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure d'insolvabilité. Elle régit donc l'ensemble de la procédure. V. sur l'ensemble de la question, SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit. n° 1335 et les références citées.

## §.2- L'appréciation du juge en matière d'homologation

**353.** Aux termes de l'article 15-2, al. 2, AUPC, la juridiction compétente homologue le concordat préventif si les conditions de validité du concordat sont réunies; si aucun motif tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public ne paraît de nature à empêcher le concordat, si le concordat offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise, de règlement du passif et des garanties suffisantes d'exécution, et si les délais consentis n'excèdent pas trois ans pour l'ensemble des créanciers et un an pour les créanciers de salaires. À ces conditions, il convient d'ajouter celle de l'absence de cessation des paiements, que la juridiction compétente doit, selon les termes de la loi, vérifier avant même de statuer sur les autres conditions. Ainsi, l'appréciation du tribunal compétent s'étend aussi bien à la légalité (A) qu'à l'opportunité (B) de l'homologation.

### A- Une appréciation de la légalité de l'homologation

**354.** La loi fait obligation au juge de l'homologation de procéder à une vérification, un examen préliminaire avant toute décision de règlement préventif. L'article 15-1, AUPC, dispose, en effet, que si la juridiction compétente constate la cessation des paiements, elle prononce, d'office, et à tout moment, le redressement judiciaire ou la liquidation des biens sans préjudice des dispositions de l'article 29, c'est-à-dire, tout en accordant au débiteur un délai de trente jours pour en faire la déclaration et déposer une offre de concordat de redressement, conformément aux dispositions des articles 25, 26 et 27, AUPC. C'est dire que l'homologation de l'accord est subordonnée à la constatation par le tribunal que le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements. Il s'agit de la condition de base pour que la demande d'homologation soit recevable<sup>766</sup>.

**355.** Cette condition se conçoit assez aisément, puisque si elle n'est pas remplie, cela reviendrait à dire que le concordat n'offre pas des « *possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise, de règlement du passif et des garanties suffisantes d'exécution* » comme l'exige l'article 15-2, al. 2. Cette condition exige un contrôle judiciaire<sup>767</sup>, sur le fond, de la situation économique et financière du débiteur, afin de l'appréhender de façon beaucoup plus approfondie que n'a pu le révéler la déclaration, essentiellement formelle, du débiteur, même suivie de pièces

<sup>766</sup> LIENHARD (A), *Procédures collectives*, 4<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 22.21.

<sup>767</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, ... 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 103.

justificatives<sup>768</sup>. Elle soulève de ce fait un problème d'une extrême importance<sup>769</sup>: permet-elle au débiteur de ne pas déclarer sa cessation des paiements lors de la demande d'ouverture de la procédure? Deux cas de figure sont, en effet, envisageables<sup>770</sup>: soit, le débiteur, dont la situation économique et financière était difficile, n'était pas en cessation des paiements à l'introduction de la requête en règlement préventif; il suffira alors qu'il ne le soit pas en cours de mission<sup>771</sup> de l'expert. Soit, le débiteur était en cessation des paiements lors de l'ouverture ou est tombé dans cet état en cours de procédure et a réussi à le cacher, tant au président du tribunal qu'à l'expert ou même a pu le camoufler avec la complicité de ce dernier; il faudra alors que l'accord conclu y mette fin. Il suffira pour cela qu'une partie du passif exigible soit effacée ou rééchelonnée<sup>772</sup>. Ce qui est tout à fait possible, d'autant que durant toute la période des négociations jusqu'à l'homologation éventuelle du concordat, le débiteur bénéficie d'une suspension des poursuites de tous les créanciers, parties à la négociation.

**356.** Ainsi, la loi n'exigerait pas, dans le fond, l'absence de cessation des paiements à l'ouverture de la procédure, mais elle la requerrait à son issue, comme l'avait admis, de façon pragmatique, la Cour de cassation française le 14 mai 2002<sup>773</sup>. Tout l'intérêt du règlement préventif serait donc de mettre fin à l'état de cessation des paiements<sup>774</sup>, tout au moins à court terme; ce qui, au fond, ne peut que contribuer à l'efficacité du système, le redressement de l'entreprise, sur le long terme, pouvant ainsi être conduite de manière beaucoup plus sereine.

---

<sup>768</sup> Article 5 et 6, AUPC.

<sup>769</sup> V. à propos de la conciliation, JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit. n° 129.

<sup>770</sup> V. pour le cas de la conciliation, LIENHARD (A), *Procédures collectives*, 4<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 22.22.

<sup>771</sup> V. dans le cadre de la conciliation, CA, Toulouse, 10 mai 2007, JCP E, 2008, 1643, note LEBEL.

<sup>772</sup> Cette possibilité avait été admise par la Cour de cassation dans le cadre du règlement amiable: Com., 14 mai 2002, n° 98-22.446, Bull. civ. IV, n° 87; JCP E, 2002, 1380, n° 2, obs. PETEL; D. 2002, AJ 1837, obs. LIENHARD; D. 2003, Jur. 615, note MARTINEAU-BOURGNINAUD; RTD com. 2002, 532, obs. MACORIG-VENIER; Act. proc. coll., 2002-12, n° 149, obs. REGNAUT-MOUTIER; Rev. Dr. bancaire, 2002, n° 186, obs. LUCAS; JCP E 2003, 108, note VINCKEL.

<sup>773</sup> La solution a d'abord été discrètement admise en matière agricole, l'article L. 351-1, C. rur., n'exigeant pas l'absence de cessation des paiements. Elle a, ensuite, été consacrée par la Cour de cassation le 14 mai 2002, décidant qu'il devait être tenu compte des reports d'échéance consentis par les créanciers dans l'accord amiable pour apprécier, *a posteriori*, la cessation des paiements (V. note précédente et les références citées).

<sup>774</sup> C'est en tout cas l'interprétation que la plupart des juges africains semblent faire des dispositions de l'Acte uniforme en matière de règlement préventif. V., à titre d'exemple: Tribunal régional hors classe, Dakar, jugement commercial n°6 du 9 JANVIER 2004, IPRES c/ EURAFRICAINNE D'INDUSTRIES, Ohadata J-04-259, qui a pu homologuer l'offre de concordat préventif proposée par une entreprise, manifestement en état de cessation des paiements, et de surcroît assignée en liquidation des biens par les créanciers, aux motifs que "l'offre de concordat telle que présentée dans le rapport d'expertise paraît viable et offre de sérieuses garanties de redressement" et qu'il "est conforme à l'ordre public et ne compromet nullement la survie des créanciers", et ce, après avoir expressément reconnu que la débitrice "ne semble pas en mesure de faire face à son passif et (devrait) donc voir ouvrir à son encontre la procédure de liquidation prévue par les articles 25 et suivant de l'acte uniforme".



**357.** Une autre condition réside dans la constatation que les conditions de validité du concordat soient réunies avant l'homologation. L'expression « *conditions de validité du concordat* » fait sans doute référence aux conditions de validité des conventions en général, d'après les dispositions de l'article 1108, C. civ., à savoir un consentement éclairé, la capacité à contracter, un objet certain et une cause licite. En subordonnant la validité du concordat préventif aux dispositions de droit commun, le législateur OHADA admet, clairement, la nature conventionnelle de cet accord, nature qu'il conserverait, même après l'homologation, selon une décision de justice<sup>775</sup>; ce qui relève, tout de même, d'une confusion entre "nature" et "effet" du concordat<sup>776</sup>. Le tribunal doit, dès lors, refuser l'homologation, si l'une des parties à l'accord allègue que son consentement n'a été donné que par erreur ou qu'il a été extorqué par violence ou surpris par dol. Il en irait ainsi surtout lorsque c'est le débiteur qui allègue le vice de consentement. On peut, en effet, admettre que, compte tenu de sa position de relative faiblesse, il ait pu céder à quelque pression ou "chantage" de la part de certains créanciers ou même de l'expert. La question se pose, toutefois, en ce qui concerne les créanciers. Étant donné que le concordat conclu est avant tout un accord collectif, le vice de consentement soulevé par un seul créancier peut-il remettre en cause la validité de la convention ?

**358.** Il serait évidemment difficile de maintenir un créancier, fût-il un sur mille, dans les liens d'une convention qu'il dénonce, quel que soit le caractère de celle-ci, surtout quand on sait que malgré son caractère collectif, le concordat n'en demeure pas moins un acte conventionnel, donc soumis à la volonté des parties. Il nous semble, dès lors, que la solution doit être nuancée en fonction, notamment, du "poids" du contestataire. S'il s'agit d'un "petit" créancier, et que malgré sa contestation, le juge estime que le concordat remplit toutes les autres conditions de validité et offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise, il doit déclarer nulle la participation du créancier contestataire (ce qui permet à ce dernier de se retirer), mais homologuer l'accord conclu. On éviterait ainsi tout le désastre que l'on peut imaginer, si le concordat devrait être rejeté pour satisfaire aux revendications d'un créancier dont la non-participation à l'accord n'aurait, en fin de compte, que peu d'influence sur la situation du débiteur. En revanche, si la position du créancier est telle que sa participation à l'accord est indispensable à la poursuite d'activité de l'entreprise débitrice, ce qui serait, sans doute, le cas du principal fournisseur, un concordat qui, dans ces conditions, n'offre aucune ou

---

<sup>775</sup> CA, Abidjan, arrêt n° 1129 du 8 novembre 2002, Jean MAZUET c/ GOMP- CI, Ohadata J-03-291: " Le concordat préventif a une nature contractuelle qu'il conserve même après son homologation par le tribunal".

<sup>776</sup> V. *infra*, n° 387 et s.

que très peu de possibilité de redressement, ne saurait être homologué. Cette solution s'impose, lorsqu'*a fortiori*, la convention est dénoncée par l'ensemble des créanciers<sup>777</sup>.

**359.** L'expression « *conditions de validité du concordat* » suppose également que l'objet et la cause du concordat doivent être conformes aux dispositions des articles 1128<sup>778</sup> et 1133<sup>779</sup>, C. civ. Cela revient à dire que l'Acte Uniforme interdit de « déroger par des conventions particulières », fussent-elles destinées à éviter la cessation des paiements d'une entreprise en difficulté, « aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »<sup>780</sup>. Ce que confirment d'ailleurs les dispositions de l'article 15-2, AUPC, précitées, indiquant nettement que le concordat ne peut être homologué que si aucun motif tiré de l'ordre public ne paraît de nature à l'empêcher.

## **B- Une appréciation de l'opportunité de l'homologation**

**360.** Le concordat ne doit, en outre, être homologué que si aucun motif tiré de « l'intérêt collectif » ne semble de nature à l'empêcher. Il s'agit sans doute de l'intérêt collectif des créanciers, notamment des créanciers non signataires de l'accord. Un rapprochement mérite, à cet égard, d'être établi entre le concordat préventif du droit OHADA et l'accord de conciliation du droit français, dont l'homologation<sup>781</sup> est soumise à trois conditions cumulatives<sup>782</sup>. Ainsi, l'accord

---

<sup>777</sup> TGI, Ouagadougou, Jugement n° 286 du 3 novembre 2004, Ohadata J-05-233: Lorsque l'ensemble des créanciers rejette le concordat préventif proposé et qu'en outre celui-ci n'est pas assez explicite sur les perspectives de redressement de l'entreprise et demeure dans l'ensemble assez laconique il y a lieu de dire qu'il ne remplit pas toutes les conditions de validité et annuler par conséquent l'ordonnance de suspension des poursuites individuelles; CA, Lomé, arrêt n° 066/09 du 20 avril 2009, BIA-TOGO, SICOME SARL, SAS-TOGO, MIDNIGHT SUN SA, BATIMEX-TOGO c/ UDECTO, Ohadata J-10-156 : Une société avait sollicité un concordat qui a été rejeté. Deux ans après, elle introduit une nouvelle requête avec le même objet. La demande est accueillie et le concordat homologué par décision du Tribunal de première instance de première classe de Lomé (jugement n° 565 / 2009 du 10 mars 2009). Sur appel des créanciers la Cour d'appel annule la décision d'homologation et admit la société débitrice en redressement judiciaire, après avoir constaté qu'elle était déjà en cessation des paiements.

<sup>778</sup> Article 1128, c. civ.: "*il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions.*"

<sup>779</sup> L'article 1133, c. civ. dispose: "*la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.*"

<sup>780</sup> Art. 6, C. civ. : "*On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.*"

<sup>781</sup> L'homologation de l'accord constatant le règlement amiable a été créée par la loi du 10 juin 1994, qui distinguait entre les règlements amiables. Lorsque l'accord était conclu avec tous les créanciers, ce qui était rare, il devait être homologué par le président du tribunal et déposé au greffe. L'homologation était donc automatique sous réserve, toutefois, d'un contrôle de la légalité du règlement amiable (KERCKHOVE E., *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, Rev. proc. coll. 1995, p.451). En revanche, si l'accord n'était passé qu'avec les principaux créanciers, il était, en principe, constaté dans un écrit signé par les parties et le conciliateur. Il tirait alors sa force de la volonté commune et n'était pas ratifié par le tribunal. L'homologation était donc obligatoire, si l'accord unissait tous les créanciers, mais on estimait qu'elle était dotée d'effets imprécis

de conciliation ne doit être homologué que si, notamment, il ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires. La sauvegarde ne concerne donc pas uniquement l'activité de l'entreprise; la loi souhaite aussi préserver les intérêts des créanciers, notamment, ceux des créanciers non parties à l'accord. L'Acte uniforme précise d'ailleurs que pour être homologué, le concordat doit offrir des possibilités sérieuses, non seulement de redressement de l'entreprise, mais aussi de règlement du passif. La loi vise donc essentiellement les intérêts des créanciers réfractaires, qui ont refusé l'accord<sup>783</sup>, puisque les autres sont censés l'avoir signé en connaissance de cause des sacrifices consentis<sup>784</sup>. Le tribunal doit notamment vérifier si les garanties éventuellement prises par les signataires ne sont pas disproportionnées par rapport aux efforts consentis, ce qui pourrait être de nature à priver certains créanciers non-signataires de leurs sûretés<sup>785</sup> ou à priver celles-ci de leur efficacité<sup>786</sup>. Il s'agit sans doute d'éviter que l'accord amiable n'organise le pillage de l'entreprise au profit des créanciers signataires<sup>787</sup>, et donc au détriment des créanciers non-parties à l'accord. Cependant, l'alinéa 3 de l'article 15-2, AUPC, prévoit que dans les cas où le concordat préventif comporte une demande de délai n'excédant pas deux ans, la juridiction compétente peut rendre ce délai opposable aux créanciers qui ont refusé tout délai et toute remise. Ce qui ne semble pas de nature à porter atteinte aux intérêts de ces créanciers, dans la mesure où l'extension du délai de deux ans à leur égard n'aura lieu que si elle ne met pas en péril leurs propres entreprises. En d'autres termes, ces créanciers conservent, dans les autres cas, leurs droits de poursuites individuelles qu'ils pourront exercer à tout moment de la procédure. Il s'agit là d'un important

---

(CHAPUT Y., *Intervention au Colloque des 12 et 13 oct. 1994*, D. 1994; JEANTIN M. et LE CANNU P., *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 120). On se demandait notamment si le juge pouvait refuser d'homologuer en se fondant sur le seul "intérêt de l'entreprise", c'est-à-dire par exemple, s'il estime que les mesures de redressement sont insuffisantes ou inefficaces, ou qu'un nombre insuffisant de créanciers a participé à l'accord (AMIÉL-COSME L., *La fonction d'homologation judiciaire*, Justices, n° 5, janvier-mars 1997, p. 135, spéc. 143; MULLER Y., *Le contrat judiciaire en droit privé*, thèse Paris I, 1995, n° 47, p. 43). La loi du 26 juillet 2005 a considérablement renforcé le régime juridique de l'homologation, tant pour son prononcé que pour ses effets (JEANTIN M. et LE CANNU P., *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 120). L'article L. 611-8, C. com. issu de la nouvelle loi ne distingue plus selon que l'accord a été conclu avec tous les créanciers ou seulement avec les principaux créanciers. Désormais, l'homologation (faite maintenant par le tribunal) de l'accord est soumise à trois conditions cumulatives (LE CORRE P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, 5<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 144.21, p. 229): le débiteur ne doit pas être en état de cessation des paiements ou l'accord conclu doit y mettre fin; les termes de l'accord doivent être de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise; l'accord ne doit pas porter atteinte aux intérêts des créanciers. Si les trois conditions cumulatives sont réunies, le tribunal a compétence liée pour homologuer l'accord (Doc. Sénat, Rapp. J.-J. HYEST, n° 335, p. 126).

<sup>782</sup> LIENHARD (A), *Procédures collectives*, 4<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 22.21.

<sup>783</sup> Rapp. X. DE ROUX, n° 2095, op. cit., p. 142.

<sup>784</sup> LIENHARD (A), *Procédures collectives*, 4<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 22.24.

<sup>785</sup> Rapp. J.-J. HYEST, n° 335, op. cit., p. 125.

<sup>786</sup> LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, 5<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 144.24.

<sup>787</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, ... 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 105.

pouvoir d'appréciation des juges, qui doivent vérifier que l'accord n'est pas trop déséquilibré pour eux<sup>788</sup>.

**361.** Le législateur subordonne également l'homologation du concordat à la condition qu'il offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise. Cette précision est importante, car elle donne au juge de l'homologation le pouvoir d'apprécier, de manière prospective, l'évolution des affaires du débiteur<sup>789</sup>. Elle doit être interprétée à la lumière des dispositions de l'article 7, AUPC, qui dispose que l'offre de concordat préventif doit préciser les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise, notamment « *les modalités de continuation de l'entreprise, telles que... la cession partielle d'actif avec indication précise des biens à céder ; la cession ou la location-gérance d'une branche d'activité formant un fonds de commerce ; la cession ou la location-gérance de la totalité de l'entreprise, sans que ces modalités soient limitatives et exclusives les unes des autres* ». Ce texte traduit le souci du législateur qui ne se limite pas uniquement à la continuité de la globalité de l'entreprise, qui suppose au surplus que le débiteur lui-même (personne physique ou morale) se redresse<sup>790</sup> : la loi envisage le redressement de l'entreprise indépendamment de celui du débiteur en difficulté. C'est ici, non la personne du débiteur qui est visée, mais son activité économique, qui doit pouvoir, aux termes de l'accord, perdurer<sup>791</sup>.

**362.** Le concordat ne saurait donc se limiter à un simple moratoire juste suffisant à faire disparaître provisoirement l'état de cessation des paiements<sup>792</sup> ou à simplement payer le passif<sup>793</sup>. Il doit permettre de sauver tout ce qui peut l'être, fût-ce une partie de l'entreprise ou l'une de ses branches, voire même une partie de ses activités. Cela exclut en revanche l'homologation d'un accord purement liquidatif<sup>794</sup>. On estime en effet que les cessions partielles, les redéploiements, le recentrage sur les métiers les mieux maîtrisés, apparaissent souvent comme les solutions appropriées pour mettre fin aux difficultés<sup>795</sup>. Vue sous cet angle, la procédure de concordat semble ne pas être une simple procédure de règlement préventif. Elle

---

<sup>788</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, ... 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 105.

<sup>789</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 130.

<sup>790</sup> ZENNER (A), *Du concordat judiciaire à la continuité des entreprises...*, op. cit., p. 24.

<sup>791</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, ... 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 104.

<sup>792</sup> LIENHARD (A), *Procédures collectives*, 4<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 22.23; LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, 5<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 144.23.

<sup>793</sup> ROUSSEL-GALLE (PH), *Réforme du droit des entreprises en difficulté...*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 236.

<sup>794</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises: continuité, rupture ou retour en arrière?*, Dr. et patri., 2005/1, n° 133, p. 24 et s., spéc. p. 31 ; PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, ... 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 104.

<sup>795</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 130.

s'apparente à une procédure de réorganisation judiciaire. Il s'agit, sans doute, d'un emprunt au régime américain de la faillite, dit du *chapitre 11*, dont l'objectif consiste avant tout à permettre au débiteur de repartir sur une base nouvelle<sup>796</sup>. Ce qui, non seulement constitue un gage d'efficacité, mais est également de nature à préserver l'emploi, même si cette dernière condition n'est pas exigée pour l'homologation, le législateur préférant sans doute laisser les parties régler avec l'aide de l'expert, la question des licenciements pour motif économique inévitables pour la continuité de l'exploitation économique, et que peuvent prévoir le débiteur dans l'offre de concordat<sup>797</sup>.

**363.** De plus, l'homologation du concordat requiert que les délais consentis n'excèdent pas trois ans pour l'ensemble des créanciers et un an pour les créanciers de salaires. Cette condition ne manquera, sans doute, pas de soulever des difficultés. Le juge doit-il, en effet, refuser d'homologuer le concordat lorsque certains créanciers ont, volontairement accordé au débiteur des délais dépassant trois ans, ou lorsque des salariés, notamment ceux dont le salarié est élevé, ont volontairement décidé d'octroyer des délais de plus d'un an, afin de contribuer au redressement de l'entreprise? La question concerne également l'interdiction formulée à l'alinéa 4 de l'article 15-2, selon laquelle « *les créanciers de salaires ne peuvent consentir aucune remise* ». Le juge peut-il refuser l'homologation, parce que les salariés ont décidé de participer au sauvetage de l'entreprise en concédant à titre individuel et de façon volontaire des remises sur leurs salaires ou en renonçant à des avantages acquis, au moins pour la durée du concordat? Une décision rendue par le Tribunal régional hors classe de Dakar, homologuant le concordat déposé par un débiteur, refuse cette interprétation, du moins, en ce qui concerne les créanciers ordinaires.

**364.** Le juge a, en effet, estimé que le délai de trois ans fixé par l'article 15 de l'Acte uniforme, n'est pas d'ordre public, et que les créanciers en faveur de qui il est prévu ont la faculté de concéder au débiteur, un délai plus long, conformément à l'esprit de consensus qui gouverne le règlement préventif ; qu'ainsi, rien ne s'oppose à ce que les principaux créanciers concèdent au débiteur, un apurement de leurs créances sur plus de trois ans; et qu'il y a lieu d'homologuer le concordat et de constater les délais et remises consentis par les créanciers<sup>798</sup>. Cette interprétation doit être admise, même en ce qui concerne les créanciers de salaires, et

---

<sup>796</sup> Étude Juriscope, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté aux États-Unis*, décembre 1998, p. 1.

<sup>797</sup> Article 7, AUPC.

<sup>798</sup> Tribunal régional hors classe de Dakar, Jugement n° 1466 du 30 juillet 2001, règlement préventif de la société nouvelle des conserveries du Sénégal, OHADATA J-04-339.

l'homologation ne doit être refusée que dans le cas où il apparaît clairement dans les vérifications du juge que ces remises et délais ont été imposés aux créanciers, sans leur consentement éclairé.

- 365.** Le souci du législateur doit être, en effet, compris plutôt dans le sens de la protection des intérêts, tant des créanciers ordinaires que des créanciers de salaires. Il s'agira dès lors pour le juge de vérifier, d'une part que les délais ou les remises, ou encore les deux à la fois, ont été volontairement accordés; d'autre part, que les sacrifices occasionnés par ces concessions n'excèdent pas la capacité des créanciers eux-mêmes, surtout ceux de salaires.
- 366.** Une fois l'ensemble de ces conditions réuni, la juridiction compétente doit procéder à l'homologation. La formule « *elle rend une décision de règlement préventif et homologue le concordat* » fait d'ailleurs penser que l'homologation est de droit dès lors que ces conditions sont remplies. Il s'agit, sans doute, d'une apparence plus qu'une réalité, puisque le tribunal apprécie souverainement chacune des conditions posées<sup>799</sup>; ce qui, néanmoins, ne semble pas dissiper la reconnaissance d'un droit à l'homologation, puisque celle-ci n'est soumise à aucune demande préalable, ni de la part du débiteur, ni de l'expert et encore moins des créanciers. C'est le seul dépôt du rapport de l'expert qui déclenche automatiquement, dans les huit jours, la saisine de la juridiction compétente par son président, aux fins de statuer sur l'homologation. L'appréciation du tribunal semble, d'ailleurs, limitée, puisqu'il n'a pas le pouvoir de modifier<sup>800</sup> le contenu du concordat; il ne peut que l'homologuer<sup>801</sup> « *en constatant les délais et remises consentis par les créanciers et en donnant acte au débiteur des mesures proposées pour le redressement de l'entreprise* ». En revanche, il peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation qui s'exerce, non pas seulement sur la forme, mais aussi sur le fond du concordat, suggérer des modifications<sup>802</sup> que les parties devront apporter à leurs stipulations, avant de procéder à l'homologation. À défaut, il peut refuser l'homologation.
- 367.** La juridiction compétente peut, en effet, refuser d'homologuer l'accord, lorsqu'elle estime que la situation du débiteur ne relève d'aucune procédure collective. Cela veut dire qu'après avoir

<sup>799</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, ... 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 106.

<sup>800</sup> SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 70, n° 81

<sup>801</sup> Contrairement à ce qu'a fait le Tribunal régional hors classe de Dakar, le 27 mars 2008, Ohadata J-10-106, qui en homologation un concordat préventif deux ans après le dépôt du rapport de l'expert, a cru devoir imposer, au nom d'un principe « d'effort similaire ou équivalent » un délai de remboursement des créances détenues par le pool bancaire sur une période de 12 ans avec un différé de 3 ans à compter de la date du jugement aux taux de 1% pour la période du différé et de 3% pour la seconde période de 9 ans.

<sup>802</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 128.

vérifié et constaté que le débiteur n'était pas en cessation des paiements, le juge estime que ses difficultés peuvent être résolues sans recourir nécessairement au concordat préventif. C'est l'hypothèse où le débiteur n'aurait été confronté qu'aux poursuites de son principal créancier, avec qui il aurait finalement trouvé un arrangement à l'amiable. Dans ce cas, la juridiction compétente doit rejeter le concordat préventif proposé par le débiteur et annuler la décision de suspension des poursuites individuelles; ce qui remet les parties dans l'état où elles étaient avant cette décision.

**368. Synthèse de la section 1.** Ainsi en matière d'homologation du concordat préventif, le juge jouit sans conteste d'une compétence élargie et détient un réel pouvoir pour apprécier, à la fois la légalité et l'opportunité de l'homologation. Ce qui devrait sans doute renforcer l'efficacité de l'acte homologué. Toutefois, du fait de l'ouverture tardive de la phase de formation du concordat et des nombreuses imprécisions relevées plus haut, l'efficacité du concordat homologué s'est révélée, dans la plupart des cas, très limitée.

## SECTION 2

### UN EFFET LIMITÉ MALGRÉ LE POUVOIR ÉTENDU DU JUGE

**369.** D'une façon générale, la demande d'homologation est introduite et instruite suivant les règles de la procédure unilatérale, la procédure d'homologation, que celle-ci soit facultative ou obligatoire, n'impliquant pas l'existence d'un litige entre les parties ou vis-à-vis des tiers<sup>803</sup>. C'est le cas en droit OHADA des procédures collectives. Certes, la demande d'homologation ne relève pas du monopole du débiteur comme la demande d'ouverture de la procédure, mais elle est introduite de façon unilatérale. À dire vrai, il ne s'agit même pas d'une demande, mais plutôt d'une saisine automatique de la juridiction compétente, laissée à la seule initiative de son président. Le jugement rendu à cette occasion produit d'importants effets.

#### §.1- Le jugement d'homologation

**370.** L'audience de l'homologation est assurément vaste, puisqu'avant de rendre sa décision, la juridiction compétente doit entendre toute une série de personnes.

---

<sup>803</sup> MOREAU (P), *L'homologation judiciaire des conventions, Essai d'une théorie générale*, op. cit., n° 110.

## A - L'audience d'homologation

**371.** Aux termes de l'article 14, AUPC, dans les huit jours du dépôt du rapport, le Président saisit la juridiction compétente et convoque le débiteur à comparaître devant cette juridiction pour y être entendu en audience non publique. Il doit aussi convoquer à cette audience l'expert rapporteur ainsi que tout créancier qu'il juge utile d'entendre. La volonté du législateur est manifestement que l'homologation ait lieu le plus rapidement possible, puisque le président ne dispose que d'un délai de huit jours pour saisir la juridiction compétente, ce délai paraissant d'ailleurs comme un délai-butoir. Le président peut, en effet, saisir le tribunal en tout moment, à partir du dépôt du rapport de l'expert, jusque dans les huit jours qui suivent. Mais au-delà du huitième jour, il pourrait, à notre sens, voir sa responsabilité engagée pour n'avoir pas saisi la juridiction compétente dans le délai.

**372.** Tout intéressé, notamment les parties au concordat, le débiteur ou tout créancier, devrait pouvoir agir en ce sens. La juridiction compétente saisie est, à son tour, tenue de se prononcer dans le mois de sa saisine<sup>804</sup>. Cependant, malgré la formule employée par le législateur, précisant clairement que le tribunal « *doit se prononcer dans le mois de sa saisine* », il semble que le juge peut déroger à cette obligation, le délai de l'article 15 n'étant pas d'ordre public. Ainsi en a décidé le Tribunal régional hors classe de Dakar, dans un jugement rendu le 27 mars 2008<sup>805</sup>, homologuant un concordat préventif deux ans après le dépôt du rapport de l'expert.

**373.** On peut, sans contredit, admettre que si l'expert a déposé son rapport, alors que le délai qui lui est imparti (trois mois au plus, en cas de prorogation par le président) n'est pas expiré, le tribunal peut, au cours de l'audience, demander aux parties de revoir certains aspects de leur accord et le présenter ultérieurement en vue de son homologation, s'il estime que ces modifications sont nécessaires à l'objectif visé. Cette hypothèse sera toutefois rarissime, de nombreuses décisions révélant que le délai imparti à l'expert n'est généralement pas respecté<sup>806</sup>. Mais, même dans le cas où l'expert a déposé son rapport dans la limite exacte du

---

<sup>804</sup> Article 15-4, AUPC.

<sup>805</sup> Tribunal régional hors classe de Dakar, 27 mars 2008, Ohadata J-10-106.

<sup>806</sup> V. SAWADOGO (F. M.), obs. sous art. 13, AUPC et les exemples cités.



délai qui lui est imparti, on doit admettre que le tribunal<sup>807</sup>, et non les parties elles-mêmes, contrairement à ce qu'a estimé le Tribunal de Dakar, puisse proroger le délai d'homologation et ajournée celle-ci, s'il le juge indispensable.

**374.** En effet, même dans le cas où il n'exerce aucun contrôle d'opportunité, le juge de l'homologation s'assure à tout le moins que la convention qui lui est soumise n'est pas contraire à l'ordre public<sup>808</sup>. Or, il peut y avoir contrariété à l'ordre public sans qu'un texte de loi spécifique n'ait été méconnu<sup>809</sup>; ce qui sera sans doute le cas de l'ordre public économique, qui est généralement affecté par les défaillances d'entreprises, sans compter les répercussions que celles-ci ont sur l'emploi. Certains auteurs, se fondant sur les dispositions de l'article 1133, C. civ., n'hésitent d'ailleurs pas à évoquer l'existence d'un "ordre public judiciaire", estimant que le législateur étant lui-même conscient de ne pouvoir figer dans une norme toutes les situations qui affectent l'ordre public, aurait laissé aux juges le soin d'en préciser les contours. Aussi, selon eux, c'est en toute liberté et en toute exclusivité que le juge pourrait déterminer ce qui est d'ordre public<sup>810</sup>. Le tribunal pourrait, ainsi, proroger le délai d'homologation, en prenant en compte les conditions particulières de l'espèce jugée, dès lors qu'il estime souverainement que cela n'est pas contraire à l'ordre public.

**375.** Toutefois, la prorogation ne devrait intervenir que dans la mesure où l'entreprise n'est pas en cessation des paiements ou n'est pas susceptible de l'être en cours de prorogation. Cela veut dire que dès lors qu'aucune perspective de règlement conventionnel dans un délai raisonnable n'est envisageable et qu'il faudra nécessairement recourir à un délai très largement au-dessus des délais légaux, il est préférable d'ouvrir immédiatement la procédure de redressement judiciaire. Cela permettra de disposer suffisamment de temps pour résoudre les difficultés

---

<sup>807</sup> V. en ce sens, CCJA, Avis n° 01/2009/EP, 15 avril 2009, Recueil de Jurisp., n° 13, janvier-juin 2009, p. 167, Ohadata J-10-91. Cet avis de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage a été rendu sur la demande d'Avis consultatif de la République de Côte d'Ivoire formulée par lettre n° 03/MJDH/CAB-3, en date du 19 juin 2007.

<sup>808</sup> Article 15-2, al. 2, AUPC, MOREAU (P), *L'homologation judiciaire des conventions...*, op. cit., n° 127, selon qui le juge s'assure du respect de l'ordre public matériel, mais aussi de l'ordre public procédural.

<sup>809</sup> CARBONNIER (J), *Droit civil*, t. 2, *Les biens – Les obligations*, PUF, Quadrige, 2004, n° 984; GHESTIN (J), *L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français*, in *Les notions à contenu variable*, Etudes publiées par CH. PERELMAN et R. VANDER ELST, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruylant, 1984, p. 79; MEKKI (M), *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, n° 340 et s.

<sup>810</sup> MEKKI (M), *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, n° 354 et s.; CARBONNIER (J), *Droit civil*, t. 2, *Les biens – Les obligations*, PUF, Quadrige, 2004, n° 984: l'article 1133, C. civ. "atteste clairement l'existence d'un ordre public détaché de tout support légal".

auxquelles est confronté le débiteur, au lieu de vouloir "forcer les choses" pour soumettre au règlement préventif des entreprises qui ne le méritent nullement.

**376.** Ainsi donc, décider en des termes généraux, que « les délais prévus par l'article 15 de l'Acte uniforme sur les procédures collectives doivent être considérés comme des délais indicatifs, non sanctionnés de nullité, auxquels les parties peuvent déroger expressément ou implicitement »<sup>811</sup>, c'est, à notre sens, méconnaître la portée de ce texte qui vise essentiellement à conférer au juge de l'homologation et à *lui seul* un pouvoir de contrôle, à la fois de légalité et d'opportunité, des concordats librement négociés par les parties. Cette position du juge de Dakar est d'autant plus dangereuse qu'elle est de nature à encourager les abus, notamment de la part de débiteurs peu scrupuleux, dès lors qu'ils pourraient « déroger expressément ou implicitement » aux délais qui leur sont impartis pour notamment négocier avec leurs créanciers. La prolongation du délai d'homologation ne relève donc, ni du pouvoir des parties elles-mêmes, ni de celui du président; ce dernier ne semble d'ailleurs même pas avoir le droit de prendre connaissance du contenu du concordat avant de saisir le tribunal qui est seul compétent en la matière.

**377.** Le tribunal, avant de se prononcer, doit, au préalable, entendre, non seulement le débiteur, mais aussi l'expert rapporteur ainsi que tout créancier, signataire comme non-signataire, dont l'audition lui paraît utile. C'est donc une sorte de nouvelle négociation qui pourrait avoir lieu devant le tribunal<sup>812</sup>; ce qui expliquerait que le législateur n'ait pas jugé utile la convocation des personnes qui n'avaient pas participé à la conclusion du concordat, en l'occurrence le ministère public et les délégués du personnel<sup>813</sup>. L'absence à cette audience du ministère public et des délégués du personnel est, toutefois, peu justifiée. Même s'ils n'avaient pas été jusqu'alors associés à la procédure, la présence des représentants du personnel à l'audience d'homologation est, en effet, importante, puisque le concordat peut, non seulement comporter des licenciements, comme le prévoit l'article 7, AUPC, mais également des remises ou encore des délais de paiement de la part des créanciers de salaires. Il importe donc qu'avant de donner force exécutoire à cet accord, le tribunal vérifie, d'une part, que les licenciements intervenus ou projetés le sont effectivement « *dans les conditions prévues par les dispositions*

---

<sup>811</sup> Tribunal régional hors classe de Dakar, 27 mars 2008, Ohadata J-10-106, op. cit.

<sup>812</sup> JEANTIN M. et LE CANNU P., *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 125.

<sup>813</sup> Comp. art. L. 611-9, C. com.: "Le tribunal statue sur l'homologation après avoir entendu ou dûment appelé en chambre du conseil le débiteur, les créanciers parties à l'accord, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, le conciliateur et le ministère public". V. aussi, sur l'ensemble de la question,

*du droit du travail* »; d'autre part, que les délais ou les remises, ou encore les deux à la fois, ont été volontairement accordés, et que, dans l'ensemble, les sacrifices occasionnés par ces concessions n'excèdent pas la capacité des salariés eux-mêmes. Les représentants du personnel semblent, sur ce point, les seuls à même de mieux éclairer le juge. Cette omission est très vraisemblablement constitutive du délit d'entrave<sup>814</sup>.

**378.** En ce qui concerne le ministère public<sup>815</sup>, en tant que garant de l'intérêt général, sa présence à l'audience d'homologation ne peut que contribuer à préserver la moralité des opérations<sup>816</sup>, en raison notamment de l'objet essentiellement économique et social du règlement préventif, dont le rapport avec l'ordre public économique et les répercussions sur l'emploi<sup>817</sup> sont plus qu'évidents.

**379.** Quoi qu'il en soit, il est peu probable qu'à cette audience les termes de l'accord lui-même puissent être remis en cause et modifiés, si ce n'est avec le consentement de tous les signataires<sup>818</sup>, avant que le juge ne rende sa décision.

---

<sup>814</sup> LIENHARD (A), *Procédures collectives*, 4<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 22.25

<sup>815</sup> Le rôle du ministère public a subi, en droit français notamment, des modifications très sensibles, du fait de la prise en compte, de plus en plus croissante, de l'intérêt général, compte tenu de la situation économique (CHAMPAUD, *La place des intérêts publics dans les procédures collectives*, op. cit.). Traditionnellement, le ministère public n'était concerné que par la communication de la procédure et la répression pénale de la banqueroute et des délits connexes. Les lois modernes relatives aux procédures collectives lui ont confié un rôle général d'information et d'intervention (R. BADINTER, *Le procureur et le consul*, RJ com. 1981, 245 op. cit.). Cette évolution date principalement de la loi du 15 octobre 1981 (B. SOINNE, *L'intervention du ministère public dans les procédures collectives de redressement et de liquidation*, D. 1983, chron. 11). Les lois du 25 janvier 1985 et du 26 juillet 2005 ont repris à leur compte, en les amplifiant, les innovations introduites en 1981 (JEANTIN M. et LE CANNU P., *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 419). Ce mouvement d'amplification du rôle du ministère public sera davantage renforcé par l'ordonnance de 2008, l'une des directives données par la loi d'habilitation au gouvernement étant précisément de "*renforcer le rôle du ministère public et accroître ses facultés de recours*" (Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, de modernisation de l'économie, art. 74-I-12°, JO n° 0181 du 15 août 2008, p. 12471). En l'état actuel des textes, le rôle du ministère public en droit français des procédures se manifeste à travers trois prérogatives: un droit, traditionnel, mais dont la portée est élargie, de communication de la procédure; un droit d'intervention directe dans la procédure; un droit d'appel autonome et dérogoire au droit commun (RENUCCI, *Le parquet et les faillites*, Rev. sc. crim. 1990, 235 et s. et *Le rôle du ministère public*, in *L'application de la loi du 25 janvier 1985*, CRAJEFE-Nice, 1991, p. 25 et s.; MARCHI J., *Le rôle du procureur de la République*, RJ com. n° spéc. 1987, p. 101). En matière de conciliation, par exemple, le ministère public: - reçoit notification par le greffe de la décision ouvrant la procédure de conciliation; - peut interjeter appel contre cette décision; - est entendu par le tribunal lorsqu'il statue, le cas échéant, sur l'homologation; - reçoit communication du jugement statuant sur l'homologation de l'accord; - reçoit communication du jugement rendu sur la demande de résolution de l'accord homologué (v. C. com. art. L. 611-6, al. 3, modifié par Ord. 2008, L. 611-9, al. 1, R. 611-25, R. 611-41 et R. 611-46).

<sup>816</sup> HOULETTE (E), *Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde*, JCP E 2005, n° 1514, p. 1772; SOINNE (B), *L'intervention du ministère public dans les procédures collectives de redressement et de liquidation*, op. cit. p. 11; MARCHI (J), *Le rôle du procureur de la République*, RJ com., n° spéc. 1987, p. 101.

<sup>817</sup> LIENHARD (A), *Procédures collectives*, 4<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 32.11

<sup>818</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 125.

## B - La décision d'homologation

**380.** On observera tout d'abord, ainsi qu'il a été dit plus haut, que c'est au président de la juridiction compétente qu'il revient de saisir celle-ci en vue de l'homologation. Ce qui est tout à fait différent de la saisine aux fins d'homologation de l'accord en matière de conciliation du droit français, par exemple, où il résulte nettement de l'article L. 611-8, II, que seul le débiteur peut demander l'homologation. Ce monopole accordé au débiteur peut s'expliquer par le caractère facultatif de l'homologation de l'accord de conciliation. En revanche, en droit OHADA où l'homologation de l'accord de règlement préventif est obligatoire, il est préférable que la saisine n'appartienne qu'à la juridiction compétente ou, au plus, à son président, ce qui permet d'éviter que l'inertie, voire l'opposition de l'une des parties vienne y faire obstacle<sup>819</sup>.

**381.** Ainsi, le président qui saisit la juridiction compétente, doit convoquer, non seulement le débiteur, mais aussi l'expert rapporteur ainsi que tout créancier qu'il juge utile d'entendre, à comparaître devant cette juridiction pour y être entendus en audience non-publique, afin, sans doute, de respecter la confidentialité de la procédure, l'accord ne devant être rendu public qu'après son homologation, suivant les moyens de publicité prévus à cet effet<sup>820</sup>. Le respect de la confidentialité, à ce stade de la procédure, commande en outre que la décision d'homologation ne reprenne pas les termes de l'accord, même si le législateur ne le précise pas, afin notamment de préserver les intérêts des tiers, mais aussi de garantir l'intégralité du contenu de l'accord, sans risque de dénaturation, voire de modification<sup>821</sup>.

**382.** Une question qui reste, toutefois, posée est celle de la nature de la décision d'homologation: s'agit-il d'un acte gracieux ou d'un acte juridictionnel? Le classement des décisions du juge de l'homologation parmi les actes de juridiction dite "*gracieuse*" ou "*volontaire*" est incontestable<sup>822</sup>: le juge n'intervient pas pour mettre fin à un litige, mais plutôt pour faire produire son plein effet à l'accord soumis à homologation. Cependant, la doctrine distingue, généralement, au sein de la juridiction gracieuse, entre les activités que le juge exerce « *sans*

---

<sup>819</sup> BALENSI (I), *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, op. cit., n° 36.

<sup>820</sup> Article 17, 36 et 37, AUPC.

<sup>821</sup> C'est le cas dans l'espèce jugée par le Tribunal de Dakar, le 27 mars 2008, Ohadata J-10-106, qui, en homologation un concordat préventif deux ans après le dépôt du rapport de l'expert, en a modifié le contenu, au nom d'un principe "d'effort similaire ou équivalent" que tous les créanciers seraient appelés à fournir.

<sup>822</sup> LEFAS, *De la notion de juridiction gracieuse en droit français*, thèse, Paris, 1896; PLANIOL (M), *Caractère et effets des décisions rendues en matière de juridiction gracieuse*, thèse, Paris, 1910; GUILMARD, *De la notion de juridiction gracieuse en droit français*, thèse, Caen, 1913; HENRY, *De la nature et de la portée des décisions judiciaires en matière gracieuse*, thèse, Nancy, 1913.

connaissance de cause » et celles qu'il exerce « en pleine connaissance de cause »<sup>823</sup>, l'objectif étant de délimiter l'étendue du contrôle auquel le juge est tenu de procéder<sup>824</sup>. Ce dernier intervient « sans connaissance de cause », lorsqu'il n'exerce qu'un contrôle de légalité, et « en pleine connaissance de cause », lorsqu'il doit vérifier non seulement que l'acte « respecte la loi elle-même », mais aussi qu'il est conforme « à certaines valeurs dont la loi fait dépendre la légitimité de l'opération », de sorte que le contrôle de légalité se double d'un contrôle d'opportunité<sup>825</sup>.

**383.** La distinction entre les interventions judiciaires « sans connaissance de cause » et les interventions judiciaires « en pleine connaissance de cause » a des conséquences<sup>826</sup> importantes du point de vue de la nature de l'acte homologué. Il est, en effet, admis que constituent des actes juridictionnels les homologations dans lesquelles le juge doit opérer un contrôle, à la fois de légalité et d'opportunité<sup>827</sup>, en d'autres termes, lorsque le juge intervient en pleine connaissance de cause, mettant ainsi en œuvre sa fonction juridictionnelle<sup>828</sup>. Or, le juge de l'homologation agit souvent « en pleine connaissance de cause », lorsque son intervention revêt un caractère obligatoire, le législateur étant enclin à rendre l'homologation obligatoire, dans la mesure où il redoute que la convention ne porte atteinte à une valeur fondamentale<sup>829</sup>. C'est le cas de l'homologation du concordat préventif en droit OHADA.

---

<sup>823</sup> CORNU (G) et FOYER (J), *Procédure civile*, 3<sup>ème</sup> éd., PUF, Thémis, 1996, n° 22; PIERRE-MAURICE (S), *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, Nouvelle Bibliothèque de thèse, D. 2003, n° 258; ZATARA (A.-F.), *L'homologation en droit privé*, op. cit., p. 105, n° 34; v. aussi BALENSI (I), *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, op. cit., n° 2 et s., selon qui cette distinction provient des origines, à la fois romaines et canoniques de cette notion. En effet, d'après cet auteur, la juridiction gracieuse, et tout particulièrement l'homologation, est héritière de la juridiction volontaire du droit romain. Celle-ci était dite volontaire car le magistrat intervenait non pas pour régler un conflit, mais pour sanctionner l'accord des parties. La procédure utilisée était celle de l'*in jure cessio*, par laquelle deux pseudo-plaideurs se présentaient devant le magistrat, l'un formulant une prétention et l'autre gardant le silence au lieu d'y répondre; le magistrat leur donnait acte de leur accord, alors que si le défendeur s'était opposé aux prétentions du demandeur, le lien d'instance aurait été noué et aurait commencé, devant le juge, la phase *in judicio*, véritablement contentieuse. La procédure d'*in jure cessio* se caractérisait donc par le fait que le magistrat intervenait *inter volentes* et donnait acte aux parties de leur accord *sine causae cognitione*, qu'enfin sa décision relevait de son *imperium* et non de sa *jurisdictio*, car elle avait pour but, non pas de dire le droit, mais de donner force à l'accord des parties. C'est ainsi que pour POTHIER, "la juridiction est dite gracieuse lorsqu'elle se déroule *inter volentes* et lorsque le juge se prononce *sine causae cognitione*" (Pandectes, Livre II, Titre I, articles 11, n° 8) et selon MERLIN, la juridiction gracieuse est "celle que le juge exerce sans connaissance de cause entre des parties qui sont d'accord" (Répertoire, V *Juridiction gracieuse*).

<sup>824</sup> MOREAU (P), *L'homologation judiciaire des conventions, Essai d'une théorie générale*, op. cit., n° 125.

<sup>825</sup> CORNU (G) et FOYER (J), *Procédure civile*, 3<sup>ème</sup> éd., n° 22.

<sup>826</sup> MOREAU (P), *L'homologation judiciaire des conventions, Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 320.

<sup>827</sup> BARDET-BLANVILLAIN (A), *Les conventions homologuées en droit de la famille: unité ou diversité?* Gaz, Pal., 2003, n° 4 et s.; CORNU (G) et FOYER (J), *Procédure civile*, 3<sup>ème</sup> éd., n° 22; CHRETIEN (A.-S.), *Contrat et action en justice*, thèse, Nantes, 2000, n° 608, p. 498.

<sup>828</sup> CORNU G. (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 493.

<sup>829</sup> MOREAU (P), *L'homologation judiciaire des conventions, Essai d'une théorie générale*, op. cit., n° 125; BALENSI (I), *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, op. cit., n° 1: Le législateur moderne a recours à la

**384.** En effet, si le juge compétent en matière de règlement préventif n'était que le témoin solennel de la déclaration des parties, il n'aurait jamais matière à refuser une homologation<sup>830</sup>, sauf peut-être dans le cas de concordats manifestement contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. À l'inverse, il ne s'agit pas pour lui d'apprécier seulement l'opportunité de l'homologation requise, sans dire le droit. Au contraire, l'Acte uniforme a édicté un certain nombre d'exigences légales auxquelles le juge de l'homologation doit confronter les dispositions concordataires stipulées par les parties et ne peut homologuer que si les conditions prévues par la loi sont réunies. L'étendue de sa liberté de décision est telle qu'au-delà de la constatation de faits purement objectifs et de l'interprétation de disposition légales, il a pour mission d'apprécier un intérêt: s'assurer que le concordat conclu offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise, de règlement du passif et des garanties suffisantes d'exécution, c'est-à-dire, que l'accord préserve, aussi bien les intérêts des parties elles-mêmes que ceux des tiers<sup>831</sup>.

**385.** En outre, on considère généralement que la survenance d'une contestation en matière gracieuse et tout particulièrement en matière d'homologation, confère à la décision du juge les effets normalement attachés aux actes juridictionnels<sup>832</sup>. Or il est fait obligation au juge de l'homologation de faire comparaître, avant toute décision, non seulement le débiteur et l'expert rapporteur, mais également tout créancier, c'est-à-dire, partie comme non partie au concordat, qu'il jugera utile d'entendre<sup>833</sup>. Il suffit donc qu'à cette audience, l'un des participants présente des conclusions tendant au rejet de l'homologation pour que naisse un contentieux au règlement duquel devra nécessairement s'étendre la mission du juge de l'homologation. Ce dernier devra ainsi répondre<sup>834</sup>, de façon motivée, à toutes les contestations qui pourraient naître en cours d'instance; et ce contentieux étant lié à l'homologation, celle-ci ne peut qu'avoir un caractère juridictionnel.

**386.** Ainsi, en droit OHADA du règlement préventif, qu'il y ait ou non un contentieux à l'occasion de l'homologation, le caractère gracieux de celle-ci n'exclut pas la nature juridictionnelle des

---

technique de l'homologation judiciaire des actes juridiques "pour mettre sous la tutelle du juge les intérêts privés qu'il [n'entend] pas laisser à la libre disposition des justiciables".

<sup>830</sup> BALENSI (I), *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, op. cit., n° 29.

<sup>831</sup> Article 15, AUPC.

<sup>832</sup> BALENSI (I), *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, op. cit., n° 25.

<sup>833</sup> Article 14, AUPC.

<sup>834</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 126.

décisions du juge en la matière. Le législateur a, en effet, en vue l'intérêt général, par-delà les intérêts privés, qu'il n'entend pas laisser à la libre disposition des justiciables. Aussi a-t-il doté le juge d'importants pouvoirs pour en assurer la préservation; ce qui suppose de la part de ce dernier un contrôle, à la fois de légalité, mais aussi d'opportunité, c'est-à-dire une appréciation de nature juridictionnelle, en pleine connaissance de cause. En cela, l'on ne peut que se féliciter de la clairvoyance du législateur OHADA. Car, le contrôle judiciaire est une assurance qui, sans éliminer les risques, les diminue très sensiblement, parce que, tant pour la sécurité des parties que pour préserver l'intérêt général, il est souhaitable que la recherche d'un accord et les décisions favorisant le redressement de l'entreprise se réalisent sous la surveillance de la justice<sup>835</sup>.

**387.** La décision d'homologation est publiée, conformément aux dispositions des articles 36 et 37, AUPC, par mentions au registre du commerce et du crédit mobilier ainsi que par insertion au journal officiel, afin que tout intéressé puisse en prendre connaissance, mais aussi pour servir d'élément de preuve, en cas de nouvelle demande en règlement préventif, celle-ci ne devant pas intervenir avant un délai de cinq ans, à compter de l'homologation. En revanche, l'article 17, AUPC, n'ayant prévu de publicité que pour « *la décision de règlement préventif* », c'est-à-dire, la décision ayant homologué le concordat, on peut logiquement en déduire que le jugement rejetant l'homologation ne devrait faire l'objet d'aucune publicité<sup>836</sup>, sauf peut-être la mention au RCCM, afin de permettre aux partenaires de l'entreprise débitrice de s'informer de la situation de celle-ci, et exercer, s'il y a lieu, les recours appropriés.

### **C - Les recours contre le jugement d'homologation**

**388.** Aux termes de l'article 23, AUPC, le jugement d'homologation ne peut être attaqué que par la voie de l'appel, dans le délai de quinze jours à compter de son prononcé. L'appel a, en effet, pour effet de déférer à une instance hiérarchiquement supérieure la décision des premiers juges; et ce droit appartient normalement aux parties et limité par leur intérêt à agir<sup>837</sup>. Dans la pratique, les requérants ne devraient, en principe, faire appel que d'une décision de refus

---

<sup>835</sup> Lamy, *Droit commercial*, éd. 2003, op. cit., fasc. 2334, p. 1091.

<sup>836</sup> Comp. art. L. 611-10, al. 2 *in fine*: "*Le jugement rejetant l'homologation ne fait pas l'objet d'une publication*".

<sup>837</sup> BALENSI (I), *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, op. cit., n° 40.

d'homologation, les hypothèses d'une homologation partielle<sup>838</sup> ou d'une homologation assortie d'une modification de l'acte soumis au juge<sup>839</sup> devant être exclues. En revanche, la décision d'homologation ne devrait être susceptible d'appel que de la part de tiers, tels que des créanciers hors concordat, intervenants à la procédure, qui auraient conclu au rejet de l'homologation, mais dont la conclusion a été rejetée.

**389.** En outre, on peut, dans le silence de la loi, se demander, si le droit d'agir appartient également au ministère public. La question avait déjà été posée par d'éminents auteurs qui y donnaient une réponse affirmative en précisant, toutefois, que le droit d'appel du ministère public devait être maintenu dans les limites traditionnelles de son droit d'agir et limité aux hypothèses où l'ordre public est intéressé<sup>840</sup>. La jurisprudence, française notamment, a toujours été favorable à une extension des pouvoirs du ministère public<sup>841</sup>. Il ne paraît donc pas douteux que le ministère public puisse faire appel d'une décision d'homologation si l'ordre public est intéressé<sup>842</sup>. On peut considérer que c'est également le cas en matière d'homologation du concordat préventif, dont l'une des conditions est la conformité à l'ordre public<sup>843</sup>, et ce, d'autant que les dispositions de l'Acte uniforme ne confèrent le droit d'appel à aucune catégorie spécifique de justiciables.

**390.** En revanche, la voie de la tierce opposition<sup>844</sup>, qui constitue l'unique recours contre la décision de suspension des poursuites individuelles<sup>845</sup>, paraît totalement exclue, du fait de la

---

<sup>838</sup> Homologuer partiellement revient à modifier ce qui a été la commune intention des parties; en présence d'une clause qu'il estime contraire à l'ordre public ou à l'intérêt collectif, le juge ne peut que refuser son homologation, quitte aux parties elles-mêmes de procéder aux modifications nécessaires.

<sup>839</sup> La pratique de l'homologation conditionnelle a été condamnée sans équivoque par la Cour de cassation à propos de l'homologation du concordat : Com. 18 oct. 1961, JCP 1962, II, 12438, note GAVALDA.

<sup>840</sup> V. HÉBRAUD, *L'acte juridictionnel et la classification des contentieux*, 1949, p. 131; VINCENT, *Procédures civiles*, n° 93 et s., cités par BALENSI (I), *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, op. cit., n° 84.

<sup>841</sup> Ch. Mixte, 21 juill. 1978, Gaz. Pal. 1978, 2, 579, note VIATTE; RTD civ. 1979, 192, obs. PERROT; Rev. sociétés 1979, 573, note CHARTIER; Com. 24 févr. 1984, JCP 1984, éd. CI, 13260; Com. 30 oct. 1984, D. 1985, IR, 75, obs. DERRIDA.

<sup>842</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit. n° 93; Les hypothèses dans lesquelles le ministère public peut intervenir dans les procédures collectives sont assez nombreuses. V. la liste établie par HOULETTE (E), *Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde*, JCP E, 2005, p. 1772, n° 1514.

<sup>843</sup> Article 15-2, AUPC.

<sup>844</sup> La tierce opposition est la voie de recours normalement ouverte aux tiers pour critiquer les décisions de justice. Le tiers, d'un point de vue strictement procédural, est celui qui n'a pas été partie ou représenté (au sens technique du terme) au procès. Mais, parmi ces tiers, il y a ceux dont la situation est subordonnée à celle de l'un des plaideurs: ce sont les créanciers chirographaires des parties et leurs ayant-cause à titre particulier, ainsi que les cautions. Les autres tiers sont ceux qui sont totalement étrangers aux parties, les *penitus extranei*. Les premiers, parce qu'à l'évidence, ils ont des intérêts communs avec les parties, ne peuvent former tierce opposition que si la décision a été prise en fraude de leurs droits ou s'ils ont des moyens propres à faire valoir. Les seconds



formule employée par le législateur à l'article 23, AUPC, selon laquelle les décisions de la juridiction compétente relatives au règlement préventif, qui sont exécutoires par provision, « ne peuvent être attaquées que par la voie de l'appel ». Le législateur OHADA reconnaît ainsi, de façon implicite, la nature juridictionnelle de la décision d'homologation, mais en même temps en limite les voies de recours, afin d'assurer une certaine stabilité de la situation créée par l'homologation. Il doit en aller de même du pourvoi en cassation, compte tenu des délais relativement courts dans lesquels est enfermée la procédure du règlement préventif.

**391.** La juridiction d'appel, qui doit statuer dans le mois de sa saisine, peut confirmer ou infirmer la décision homologuant le concordat préventif. Ce qui suppose de sa part un examen en profondeur de la situation du débiteur, presque comme en première instance. Ainsi, en cas d'infirmerie de la décision de règlement préventif, la juridiction d'appel est tenue de vérifier si le débiteur n'est pas en cessation des paiements, ce qui est très probable. Dans l'affirmative, elle fixe la date de celle-ci et prononce le redressement judiciaire ou la liquidation des biens avant de renvoyer la procédure devant le tribunal compétent.

**392.** Toutefois, la vérification juridictionnelle du juge ne porte que sur les points que le législateur a soumis à son contrôle et éventuellement sur ceux qui ont donné lieu à une contestation. La conséquence en est que l'acte homologué n'est pas purgé de tous ses vices<sup>846</sup>; il pourra faire l'objet d'une action en nullité, si la cause de nullité invoquée n'a pas été vérifiée par le juge au moment de l'homologation. Il en sera ainsi dans le cas d'une action en nullité pour dol « résultant d'une dissimulation d'actif ou d'une exagération du passif si le dol a été découvert après l'homologation »<sup>847</sup>, estime l'article 140, AUPC. L'on remarque d'ailleurs que même dans ce cas, l'action en nullité n'appartient qu'au seul ministère public, qui apprécie l'opportunité de l'exercer, et ce, dans le délai d'un an suivant la découverte du dol. En outre, en cas d'exercice de l'action par le représentant du ministère public, il revient à la juridiction

---

doivent, quant à eux, justifier seulement d'un intérêt à agir, intérêt qui n'est autre que celui exigé pour exercer toute action en justice (V. notamment, BOYER, *Les effets des jugements à l'égard des tiers*, RTD civ., 1951, n° 32; ROLAND, *Chose jugée et tierce opposition*, LGDJ, 1958, n° 305; TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, LGDJ, 1975, n° 115; VINCENT, *Procédure civile*, op. cit. n° 644). V. pour l'ensemble BALENSI (I), *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, op. cit., n° 93.

<sup>845</sup> Article 24, AUPC: L'opposition est faite par déclaration au greffe de la juridiction compétente, dans le délai de huit jours suivant le prononcé de la décision. Les décisions de la juridiction compétente statuant sur l'opposition ne sont susceptibles d'aucune voie de recours autre que le pourvoi en cassation.

<sup>846</sup> V. pour le règlement amiable et la conciliation, AMIEL-COSME (L), *La fonction d'homologation judiciaire*, op. cit., p. 135; SORTAIS (J.-P.), *Entreprises en difficulté, Les mécanismes d'alerte et de conciliation*, Rev. Banque, éd. 2007, n° 58; MACORIG-VENIER (F), *Chron. Rev. proc. coll.* 2005, p. 257.

<sup>847</sup> V. l'art. 76 de la loi du 13 juillet 1967, qui prévoit aussi le dol comme unique cause d'annulation du concordat.

compétente d'apprécier souverainement l'opportunité de prononcer ou non l'annulation du concordat, et ce, en fonction de l'intérêt collectif des créanciers et des travailleurs. Autant d'éléments qui manifestent la volonté du législateur d'assurer la sécurité du concordat homologué, et partant, l'effectivité de ses effets.

## **§.2- Les effets de l'homologation**

Le jugement homologuant le concordat préventif, non seulement met fin à la mission de l'expert, selon l'article 16, AUPC, mais aussi produit des effets légaux, tant à l'égard des parties et des tiers, que sur la convention elle-même.

### **A - Les effets de l'homologation à l'égard des parties**

Sont parties au concordat les créanciers signataires, d'un côté, le débiteur, de l'autre.

#### **1. Les créanciers signataires**

**393.** Aux termes de l'article 18, AUPC, l'homologation du concordat préventif rend celui-ci obligatoire pour tous les créanciers antérieurs à la décision de règlement préventif, que leurs créances soient chirographaires ou garanties par une sûreté, dans les conditions de délais et de remises qu'ils ont consenties au débiteur. Il s'agit là des conséquences découlant de leur qualité de cocontractants du débiteur en difficulté. En consentant à l'accord concordataire, les créanciers renoncent de ce fait à exercer des poursuites sur les biens du débiteur en vue d'obtenir paiement de leurs créances, et ce, pendant toute la durée d'exécution du concordat. Les créanciers titulaires de sûretés réelles conservent leurs garanties, mais ne peuvent les réaliser qu'en cas d'annulation ou de résolution du concordat. En contrepartie, l'alinéa 4 du même texte suspend, pour la même durée, les délais qui leur sont impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances visées par l'accord.

**394.** En outre, l'homologation apporte une sécurité juridique, qui, sans être précisée de façon claire, n'est pas négligeable. Elle donne, en effet, autorité au concordat, qui pourra difficilement être remis en cause par le même tribunal. Elle montre, ainsi, que les conditions

légalles ont été respectées<sup>848</sup>. De ce point de vue, en cas d'ouverture ultérieure d'un redressement judiciaire, la date de cessation des paiements ne pourra normalement pas être fixée, en application de l'article 34, AUPC, antérieurement à l'homologation<sup>849</sup>. Elle ne devrait pas non plus être fixée antérieurement à la décision de suspension des poursuites individuelles, puisque seul est susceptible de bénéficier de cette mesure, le débiteur qui n'est pas en cessation des paiements<sup>850</sup>. Ce qui devrait mettre les créanciers signataires à l'abri des nullités de la période suspecte, dont la conséquence est l'annulation du concordat et des sûretés prises dans le cadre de cet accord, ainsi que d'éventuelles responsabilités pour soutien abusif<sup>851</sup>.

**395.** Enfin, l'homologation procure un titre exécutoire aux créanciers signataires de l'accord<sup>852</sup>, et dont ils pourront faire usage, en cas d'inexécution de ses obligations concordataires par le débiteur.

---

<sup>848</sup> LE CANNU (P), LUCHEUX (J.-M.), PITRON (M) et SÉNÉCHAL (J.-P.), *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 212.

<sup>849</sup> Cette idée est reprise en droit français par les dispositions de l'art. L. 631-8, al. 2, C. com. (Ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008, art. 77), aux termes duquel, "...sauf cas de fraude, elle [la date de cessation des paiements] ne peut être reportée à une date antérieure à la décision définitive ayant homologué un accord amiable en application du II de l'article L. 611-8". Ce texte, selon un auteur, contribue énormément à l'attractivité de la conciliation homologuée, à la sécurité juridique de l'ensemble des créanciers bénéficiant de sûretés et non pas seulement aux signataires de l'accord, et consolide l'ensemble des sûretés prises avant et dans le cadre de l'accord (R. DAMMANN, *La situation des banques titulaires de sûretés...* Banque et Droit, sept. 2005, n° 103, p. 24); v. aussi PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, ... 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 114. Il convient de souligner, toutefois, que sous l'empire de la législation d'avant la réforme, l'homologation de l'accord, pourtant obligatoire lorsque tous les créanciers avaient donné leur accord, ne mettaient pas ces derniers à l'abri de poursuites pour soutien abusif, pas plus qu'elle ne les protégeait d'une action en nullité de la période suspecte. Il était, en effet, admis qu'en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure collective, le tribunal pouvait remonter la date de cessation des paiements à une date antérieure à l'homologation de l'accord, voire à l'ordonnance ouvrant le règlement amiable (Com. 14 mai 2002, D. 2002, AJ, p. 1837, obs. A. LIENHARD; JCP E et A, 2002, chron. 1380, p. 1520, n° 2, obs. PH. PETEL; Act. proc. coll. 2002/12, n° 149, obs. C. REGNAUT-MOUTIER; RTD com. 2002, p. 533, n° 1, obs. F. MACORIG-VENIER; RJDA 2002/10, n° 1046; Rev. dr. banc. fin. 2002/5, p. 261, n° 186, obs. F.-X. LUCAS; JCP E, 2003, jur. 108, p. 131, note F. VINCKEL; D. 2003, jur. p. 615, note V. MARTINEAUD-BOURGNINAUD). *A fortiori*, l'échec du règlement amiable rendait admissible la fixation de la date de cessation des paiements entre son ouverture et le constat de son échec (CA Lyon, 18 oct. 1996, Banque et droit, mai-juin 1997, 96, obs. J.-L. GUILLOT; CA Paris, 3<sup>ème</sup> ch. B, 9 avr. 1999, RJDA 1999/8 et 9, n° 952; RTD com. 1999, p. 952, obs. A. LAUDE; RTD com. 2000, p. 170, obs. F. MACORIG-VENIER).

<sup>850</sup> Article 2-1, AUPC. Il a, cependant, été jugé en droit français que la date de cessation des paiements pouvait être fixée avant l'ordonnance de suspension provisoire des poursuites, motif tiré de ce que cette dernière n'avait pas d'effet sur l'exigibilité des créances (CA Paris, 3<sup>ème</sup> ch. B, 9 avr. 1999, RJDA 1999/8 et 9, n° 952; RTD com. 1999, p. 952, obs. A. LAUDE; RTD com. 2000, p. 170, obs. F. MACORIG-VENIER). V. sur l'ensemble de la question de l'absence de sécurité du système antérieur pour les apporteurs d'argent frais, LE CORRE (M.-M.), *Le privilège de la conciliation*, Gaz. Pal., Rec. sept.-oct. 2005, 2966, selon qui, le monde judiciaire se comportait ainsi à la manière des diplomates: "Je n'ai qu'une parole, alors, quand j'en ai besoin, je la reprends...".

<sup>851</sup> Art. 118, AUPC.

<sup>852</sup> DERRIDA (F) et SORTAIS (J.-P.), *Philosophie de la réforme*, Les Petites affiches, 14 sept. 1994, n°110, p.6.

## 2. Le débiteur

- 396.** Dès que la décision de règlement préventif est passée en force de chose jugée, le débiteur recouvre la liberté d'administration et de disposition de ses biens, dispose l'article 18, al. 5, AUPC. Il recouvre donc sa pleine capacité et ses pouvoirs, et n'est ni assisté, ni représenté. Bref, aucune mesure comparable au dessaisissement consécutif à la liquidation des biens ou au redressement judiciaire ne l'atteint<sup>853</sup>. Il redevient le chef, responsable de son entreprise et bénéficiaire, du fait de l'accord homologué, de la levée des interdictions édictées par l'article 11, AUPC. En outre, la suspension des actions en justice et des poursuites en exécution des créances visées par l'accord<sup>854</sup>, met le débiteur à l'abri tant qu'il exécute les termes de l'accord<sup>855</sup>.
- 397.** Toutefois, la suspension des poursuites ne vise que les créances qui ont été englobées dans l'accord homologué<sup>856</sup>. Rien ne s'oppose donc à ce qu'un créancier, bien que parties à l'accord, stipule expressément l'exclusion de certaines créances qu'il possède sur l'entreprise<sup>857</sup>, ce qui lui permettra de conserver, dans la stricte mesure de ces créances, son droit de poursuite individuelle<sup>858</sup>. De plus, la suspension des poursuites ne s'applique pas aux actions tendant à la reconnaissance des droits ou des créances contestées, qui pourront être poursuivies<sup>859</sup>.
- 398.** Enfin, le débiteur remis à la tête de ses affaires, a un devoir de prudence<sup>860</sup>, car l'échec du règlement préventif pourrait entraîner substitution d'une période suspecte, avec annulation dans la nouvelle procédure de divers actes conclus par lui. Son devoir de coopération avec

---

<sup>853</sup> GAVALDA (C) et MENEZ (J), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n° 25

<sup>854</sup> Le débiteur n'est pas en effet à l'abri des poursuites des créanciers non signataires de l'accord, sauf dans l'hypothèse où les délais et remises n'excédant pas deux ans, la juridiction compétente les a rendus opposables à leur égard (art. 9 et 15, AUPC).

<sup>855</sup> V. sous l'empire de la loi française de 1984, Aix, 17 févr. 1988, JCP E, 1988, I, 17774.

<sup>856</sup> Art. 9, AUPC, v. pour une illustration, CA Abidjan, Arrêt N° 1030 du 22 juillet 2003, K.B c/ LA SOCIETE EQUIP-AGRO CI, Le Juris Ohada n° 1/2005, janvier-mars 2005, p. 35, Ohadata J-05-193: L'ordonnance de règlement préventif n'entraînant pas systématiquement la suspension de l'exécution de toutes les créances, seules sont concernées celles qui sont antérieures à la décision de suspension des poursuites et qui ont été visées dans la requête du débiteur.

<sup>857</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 134.

<sup>858</sup> V. Com. 13 oct. 1998, Quot. Jur. 3 nov. 1998, n° 88; D. aff. 1998, n° 138, p. 1817, qui vérifie que la créance poursuivie ne figurait pas parmi celles que le créancier avait incluses dans l'accord.

<sup>859</sup> CA, Abidjan, Chambre Civile et Commerciale, arrêt n°633 du 11 juin 2004, Société DAFNE c/ SGBCI, Ohadata J-05-261: S'il est admis que l'ordonnance de suspension de poursuite individuelle rendue par le résident du tribunal dans le cadre d'une procédure de règlement préventif interdit d'initier une action en paiement de créance, cette ordonnance ne fait pas obstacle à l'action en reconnaissance de créance.

<sup>860</sup> MARTIN (J.-F.), *Le règlement amiable, Loi du 1<sup>er</sup> mars 1984*, op. cit., n° 22.

l'expert, pendant la phase de conclusion du concordat<sup>861</sup>, puis éventuellement avec le syndic et les contrôleurs<sup>862</sup>, durant l'exécution de l'accord, découle de la loi, si son propre intérêt à la réussite du règlement préventif ne suffisait pas à l'y inciter<sup>863</sup>. Il est donc tenu de respecter les conditions et délais prévus dans le réaménagement de ses relations avec ses créanciers. La résolution sanctionnerait sa méconnaissance des stipulations de l'accord<sup>864</sup>.

## **B - Les effets de l'homologation à l'égard des tiers**

**399.** Au nombre des tiers, il convient de ranger l'expert. Le jugement d'homologation met fin à sa mission, selon l'article 16, AUPC, sous réserve pour lui de vérifier que cette décision est bien publiée conformément aux dispositions des articles 36 et 37, AUPC, à savoir mentions au RCCM et insertions dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. Enfin, il rend compte de sa mission au président de la juridiction compétente dans le délai d'un mois, à compter de la décision admettant le concordat préventif, selon les termes de l'article 19, AUPC.

**400.** Figurent également, parmi les tiers, les garants du débiteur, cautions et coobligés, à l'encontre desquels se produit une indéniable répercussion du règlement préventif. Le législateur ayant, sans doute tiré les leçons de l'ancien règlement amiable du droit français<sup>865</sup>, décide à l'alinéa 3 de l'article 18, AUPC, qu'ils ne peuvent se prévaloir des délais et remises du concordat préventif. Autrement dit, les cautions et coobligés du débiteur ne peuvent, personnellement sur poursuite du créancier, bénéficier eux-mêmes des délais et remises obtenus par le débiteur sur la base du concordat préventif. La solution mérite d'être approuvée, car permettre aux garants de se prévaloir du contenu de l'accord signifierait que les délais de paiement et même

---

<sup>861</sup> Article 12, AUPC.

<sup>862</sup> Article 16, AUPC.

<sup>863</sup> GAVALDA (C) et MENEZ (J), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n° 25.

<sup>864</sup> GAVALDA (C) et MENEZ (J), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, op. cit., n° 25.

<sup>865</sup> Dans le cadre de la loi sur le règlement amiable, qui était silencieuse sur la question, les remises de dettes (art. 1287 et 1285, C. civ.) et délais de paiement prévus en faveur du débiteur profitaient pleinement à la caution personnelle (Com. 5 mai 2004, n° 01-03873, B. 84, D. 2004, 1594, note LIENHARD; RTD civ. 2004, 534, obs. CROCQ; RTD com. 2004, 584, obs. CABRILLAC, et 590, obs. MACORIG-VENIER; Defrénois 2004, p. 1663, obs. GIBIRILA; Banque et Droit août 2004, p. 51, obs. RONTCHEVSKY; Rev. dr. banc. et bourse, août 2004, p. 248, obs. LEGEAIS), tant personne morale que personne physique, dont l'engagement est accessoire à celui du débiteur (art. 2290 et 2313, C. civ.), mais non au garant autonome. Ils profitaient également, en vertu de l'art. 1208, C. civ., au coobligé. Afin de favoriser la conciliation et d'inciter notamment les dirigeants de personnes morales, très souvent cautions de celles-ci, à rechercher un accord avec leurs créanciers, le bénéfice des stipulations de l'accord, seulement homologué avant 2008, désormais constaté ou homologué, est encore étendu par l'ordonnance du 18 décembre 2008: "*les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué*" (art. L. 611-10-2, art. 7, ord. 2008).

les remises de dettes viennent diminuer l'engagement souscrit par eux, sous réserve de la résolution de l'accord<sup>866</sup>. La conséquence en serait une fragilisation de la situation des créanciers participant à l'accord qui, dès lors seraient réticents à contribuer au sauvetage du débiteur. De plus, il est à craindre que cette possibilité n'ait un effet pervers sur la relation entre la caution et le débiteur cautionné.

- 401.** En effet, dans ce cas l'intérêt de la caution serait la défaillance du débiteur, afin de tirer profit des délais et remises, en cas de règlement préventif. Il n'aurait donc aucun intérêt à venir en aide au débiteur qui voudrait résoudre ses difficultés sans recourir au concordat préventif, car en ce cas, il n'y aurait aucun délai ni remise de dette. Le législateur aurait dès lors dû aller encore plus loin et écarter, à la suite de l'article 18, al. 3, AUPC, les dispositions des articles 2316 et 2309, C. civ. grâce auxquelles la caution peut refuser le report conventionnel d'échéance auquel elle n'a pas consenti et poursuivre le débiteur à l'échéance initiale<sup>867</sup>.
- 402.** S'agissant des tiers, créanciers hors concordat, ils ne sont tenus à aucune obligation du fait de l'accord. Ils sont donc libres d'exercer des actions en paiement et des poursuites, sauf si le délai stipulé à l'accord a été étendu à leur égard par le tribunal, sous réserve, toutefois, qu'il n'excède pas deux ans et ne mette pas en péril leur propre entreprise. S'ils le souhaitent, ils peuvent d'ailleurs consentir des moratoires séparés au débiteur<sup>868</sup>, auquel cas, ils devront s'attendre à la remontée de la période suspecte<sup>869</sup>. Ils peuvent en outre demander au débiteur toutes les sûretés nouvelles qu'ils estiment nécessaires, alors même que l'accord ne les empêche nullement, en cas de preuve de la cessation des paiements du débiteur, de déclencher à son encontre une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens.
- 403.** Les créanciers de salaires ne sont pas non plus liés par l'accord, sauf s'ils ont personnellement consenti des remises ou des délais de paiement qui ne doivent pas excéder un an. Ils sont donc recevables à poursuivre l'exécution de leurs créances<sup>870</sup>.

---

<sup>866</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit. n° 135.

<sup>867</sup> ROUSSEL-GALLE (PH), *Réforme du droit des entreprises en difficulté...*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 229 et 247; PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 94-1.

<sup>868</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 136.

<sup>869</sup> Article 34 et s., AUPC.

<sup>870</sup> CA, Abidjan, Chambre civile et commerciale, arrêt n° 89 du 16 janvier 2001, Société WORLD CITY c/ GRODJI DJOKOUCHI Jean, Ohadata J-02-80: En vertu de l'article 9, alinéa 3 AUPC, la procédure collective de règlement préventif ne suspend pas les poursuites individuelles de recouvrement des créances salariales.

## C - Les effets de l'homologation sur le concordat lui-même

- 404.** Le concordat non homologué est-il dépourvu de toute valeur juridique? Telle est la question qui se pose à ce niveau. En effet, en ce qui concerne les effets de l'accord homologué, il n'y a aucun doute à ce sujet: c'est du jugement d'homologation, et non pas du concordat lui-même, que proviennent les effets de celui-ci. On peut ainsi lire à l'article 18, AUPC, énumérant les effets du règlement préventif, que c'est l'homologation du concordat préventif qui rend celui-ci obligatoire pour tous les créanciers antérieurs; c'est du jour de l'homologation du concordat que le débiteur recouvre la liberté d'administration et de disposition de ses biens, et revient aux commandes de ses affaires; et à l'article 16, AUPC, il est écrit que c'est la décision de la juridiction compétente homologuant le concordat préventif qui met fin à la mission de l'expert, et qui met un terme à la procédure de règlement préventif.
- 405.** Ces effets du concordat qui viennent d'être énumérés ne sauraient se produire, en l'absence de toute homologation. C'est le jugement qui crée la situation nouvelle voulue par les auteurs de l'acte soumis à homologation<sup>871</sup>. Ainsi, loin d'être une simple condition résolutoire ou suspensive, l'homologation constitue une véritable condition de validité de l'opération envisagée, du fait notamment qu'elle n'est pas une formalité facultative, laissée au libre choix des cocontractants. Le législateur a d'ailleurs veillé à ce que l'inertie, ni même l'opposition de l'une des parties ne puisse y faire obstacle, en confiant l'initiative de l'action non auxdites parties, mais au président de la juridiction compétente. Cependant, contrairement à ce qui se produit pour les jugements d'expédient<sup>872</sup> où le juge fait siennes l'analyse et les conclusions concordantes des parties<sup>873</sup>, la décision d'homologation n'a pas d'effet novatoire: l'acte conventionnel ne se transforme pas, par l'effet de l'homologation, en acte judiciaire; il y a superposition de deux actes de nature différente et non absorption du premier par le second<sup>874</sup>.
- 406.** En effet, ce qui caractérise la fonction d'homologation, c'est que la décision du juge vient toujours se greffer sur un acte juridique préexistant<sup>875</sup>. Il s'en suit que dans les cas où, comme

---

<sup>871</sup> BALENSI (I), *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, op. cit., n° 34.

<sup>872</sup> CORNU (G) (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 583: Décision prise en forme de jugement par laquelle le juge entérine l'accord des parties en lui conférant l'autorité de la chose jugée.

<sup>873</sup> VINCENT, *Procédures civiles*, n° 87.

<sup>874</sup> BALENSI (I), *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, op. cit., n° 34.

<sup>875</sup> CORNU (G) (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 507: Exemples, homologation par le TGI de la convention modificative du régime matrimonial (art. 1397, C. civ.); homologation par le juge aux affaires matrimoniales de la convention de règlement des conséquences du divorce par consentement mutuel (art. 230 à 232, C. civ.).

en droit OHADA, l'homologation est obligatoire, la volonté des auteurs du concordat est, à elle seule, impuissante à produire les effets de droit recherchés. Insuffisant à produire les effets de droit voulus par les parties, mais préalable nécessaire à l'intervention du juge, le concordat constitue, toutefois, la matière immuable de l'instance en homologation<sup>876</sup>. C'est dire qu'en matière d'homologation, le rôle du juge est de parachever un acte incomplet qui sans son intervention serait dépourvu d'efficacité: le concordat et le jugement qui l'homologue sont indissolublement liés l'un à l'autre et ne peuvent avoir d'effets l'un sans l'autre; c'est de leur conjonction que naissent les effets juridiques recherchés<sup>877</sup>. L'accord homologué a dès lors une nature, non pas seulement contractuelle, contrairement aux affirmations d'une cour d'appel<sup>878</sup>, ni même seulement judiciaire<sup>879</sup>; il a une nature mixte ou hybride, mi-conventionnelle, mi-judiciaire<sup>880</sup>. Le concordat préventif ne peut produire les effets voulus par les parties tant qu'il n'a pas été homologué.

**407.** Si le concordat homologué n'avait qu'une nature purement contractuelle, comment expliquer la force de chose jugée dont l'a expressément investi le législateur<sup>881</sup>? Sans revenir ici sur le débat doctrinal sur la question de savoir si les jugements "gracieux" sont des actes juridictionnels et peuvent, à ce titre, bénéficier de l'autorité de la chose jugée<sup>882</sup>, on se

---

<sup>876</sup> BALENSI (I), *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, op. cit., n° 38.

<sup>877</sup> BALENSI (I), *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, op. cit., n° 33.

<sup>878</sup> CA, Abidjan, Arrêt n° 1129 du 8 Novembre 2002, Mr Jean MAZUET C/GOMP- CI, Ohadata J-03-291. La décision de la cour a le mérite d'avoir refusé l'extension des effets du concordat préventif homologué aux créanciers non signataires et à l'égard desquels les délais et remises consentis n'ont pas été rendus opposables par la juridiction compétente à l'occasion de l'homologation. La position du juge est cependant critiquable pour avoir confondu "nature" et "effet" du concordat, en affirmant que "le concordat préventif" a une "nature contractuelle, qui demeure, même en cas d'homologation". La nature purement contractuelle du concordat ne subsiste pas après l'homologation. C'est plutôt son effet contractuel qui demeure même après cette formalité, de sorte qu'il ne peut être opposé qu'aux créanciers qui y ont consentis et, éventuellement, aux créanciers auxquels il a été rendu opposable par le juge d'homologation.

<sup>879</sup> C'est l'argument de l'intimé dans l'affaire jugée par la Cour d'appel d'Abidjan (arrêt N°1129 du 8 Novembre 2002, Mr Jean MAZUET C/GOMP- CI, Ohadata J-03-291), selon qui, " le concordat [préventif], en ce qu'il a été homologué par le Tribunal, est un concordat majoritaire, appelé également concordat judiciaire ; qu'un tel concordat a le caractère d'une convention collective, et s'impose en conséquence à tous les créanciers, sans distinction, que leurs créances aient été ou non vérifiées".

<sup>880</sup> BALENSI (I), *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, op. cit., n° 4 et 33: "ce qui fait l'originalité des décisions du juge de l'homologation parmi les décisions gracieuses, c'est essentiellement qu'elles se greffent sur des actes juridiques préexistants, qui pourraient très bien se suffire à eux-mêmes si le législateur n'en avait décidé autrement: l'accord des époux pour divorcer ou changer de régime matrimonial, l'accord de tous les copartageants sur les conditions du partage, l'accord du débiteur et de ses créanciers sur les modalités du concordat, constituent des conventions parfaites quant aux conditions générales de validité des actes juridiques, et normalement susceptibles de produire les effets de droit voulus par les parties; l'intervention du juge de l'homologation n'est pas techniquement indispensable, elle ne l'est que par décision de la loi... Le caractère hybride, mi-conventionnel, mi-judiciaire de l'acte homologué apparaît bien comme de l'essence de l'homologation judiciaire".

<sup>881</sup> Article 18, al. 5, AUPC.

<sup>882</sup> APOSTOLEANU (G. V.), *Théorie de l'homologation en droit privé français*, op. cit., p. 106 et s.; AMIEL-COSME (L), *La fonction d'homologation judiciaire*, op. cit., n° 5 et s., qui estime qu'en "exerçant sa fonction



contentera de souligner que la force de chose jugée<sup>883</sup> est, avec l'autorité de chose jugée<sup>884</sup>, l'un des attributs de l'acte juridictionnel<sup>885</sup>, dont celui du juge de l'homologation. Les décisions de la juridiction compétente relatives au règlement préventif étant exécutoires par provision<sup>886</sup>, on doit considérer le concordat préventif homologué comme ayant acquis à la date de l'homologation, non seulement la force de chose jugée, mais également les autres attributs attachés à l'acte juridictionnel, tels que l'autorité de chose jugée<sup>887</sup> et la force exécutoire<sup>888</sup>.

**408. Synthèse de la section 2.** Ainsi donc, le concordat soumis à homologation ne conserve pas son caractère d'origine après ce jugement, qui ne saurait alors être qu'une simple formalité sans incidence sur sa nature. Inversement, l'accord homologué, pour reprendre un auteur, ne devient pas par l'homologation la « chose du juge »; il ne perd pas son caractère conventionnel originaire pour devenir exclusivement judiciaire. « La vérité est entre les deux ». Le concordat homologué est « à la fois une convention et une décision judiciaire, ou plus exactement, une convention *plus* une décision judiciaire, indissolublement liées l'une à l'autre et dont la conjonction seule est susceptible de produire des effets. »<sup>889</sup> Les voies de recours offertes par le législateur OHADA à l'encontre de la décision du juge de l'homologation attestent d'ailleurs le propos.

---

d'homologation, le juge accomplit un acte de juridiction n'emportant pas autorité de la chose jugée". V. aussi MOREAU (P), *L'homologation judiciaire des conventions, Essai d'une théorie générale*, op. cit., n° 135, selon qui, il y a un courant doctrinal qui refuse à tous les jugements d'homologation et, *a fortiori*, à toutes les conventions homologuées la moindre parcelle d'autorité de la chose jugée, mais des opinions moins tranchées sont aussi défendues, certains auteurs faisant valoir que la convention homologuée est revêtue d'une "autorité particulière" et d'autres accordant ou refusant le bénéfice de l'autorité de la chose jugée aux diverses homologations, selon que le juge doit ou non opérer un contrôle d'opportunité (BARDET-BLANVILLAIN (A), *Les conventions homologuées en droit de la famille: unité ou diversité?* Gaz. Pal., 7 au 9 septembre 2003, n° 16). Quant à CHRETIEN (A.-S.), *Contrat et action en justice*, thèse, Nantes, 2000, p. 493 et s., il considère que l'intervention du juge "se décline en un dégradé subtil allant du renforcement de l'efficacité de l'accord conclu et laissant intacte sa nature contractuelle... jusqu'à la "juridictionnalisation" de l'accord des parties".

<sup>883</sup> "Efficacité particulière qu'a (ou obtient) une décision de justice lorsque, n'étant pas (ou plus) susceptible d'une voie de recours suspensive, elle est (ou devient) exécutoire": CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 467.

<sup>884</sup> "Ensemble des effets attachés à la décision juridictionnelle, telle la force de vérité légale", v. CORNU (G) (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 108.

<sup>885</sup> MOREAU (P), *L'homologation judiciaire des conventions, Essai d'une théorie générale*, op. cit., n° 134.

<sup>886</sup> Article 23, AUPC.

<sup>887</sup> Comp. pour l'homologation du règlement amiable, AMIEL-COSME (L), *La fonction d'homologation judiciaire*, op. cit., p. 149; FARDET (C), *La notion d'homologation*, Droits, 1998/2, p. 181.

<sup>888</sup> Ce que confirme l'article 23, AUPC: "Les décisions de la juridiction compétente relatives au règlement préventif sont exécutoires par provision".

<sup>889</sup> BALENSI (I), *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, op. cit., n° 42.

**409.** Le concordat homologué peut, en tant que convention, être, en effet, critiqué, s'il est vicié, et ce, au moyen d'une action en nullité pour dol<sup>890</sup>. En outre, du point de vue de sa nature judiciaire, le jugement d'homologation peut être attaqué par l'exercice des voies de recours, en l'occurrence par la voie de l'appel<sup>891</sup>.

## **Synthèse du chapitre 2**

**410.** Le droit OHADA confère au concordat préventif homologué une nature hybride, mi-conventionnelle, mi-judiciaire. Il l'a ainsi voulu, afin de donner à l'acte issu de la volonté des parties, non pas l'efficacité limitée due à l'effet relatif des conventions, mais plutôt une efficacité particulière, une efficacité renforcée que confère l'autorité de l'acte judiciaire, l'objectif étant de préserver et assurer la pérennité de l'intérêt général que constitue la résorption des difficultés des entreprises commerciales.

**411.** De ce point de vue, l'on ne peut que saluer l'ingéniosité du mécanisme mis en place par le législateur, quoiqu'on eût pu laisser aux créanciers parties au concordat la liberté d'accorder au débiteur le délai qu'ils sont désireux d'octroyer, en prenant soin, toutefois de prévoir un délai minimum de deux ans, par exemple, pour tous les créanciers ordinaires, et un minimum d'un an pour les créanciers de salaires. Chaque créancier disposant ensuite de la latitude d'accorder au-delà du minimum légal, s'il le souhaite, le rôle du juge serait en conséquence destiné à s'assurer que les délais ont été librement consentis et qu'ils ne mettent pas en péril l'entreprise ou la capacité des créanciers eux-mêmes. Cela aurait, non seulement pour effet de garantir une meilleure exécution du concordat, mais également permettrait d'éviter les pratiques judiciaires auxquelles l'on assiste en matière d'application des dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des procédures collectives d'apurement du passif.

## **Synthèse du titre 2**

**412.** La phase de formation proprement dite du concordat préventif est donc caractérisée par deux mesures judiciaires fondamentales, que sont la suspension des poursuites individuelles et l'homologation, mesures qui confèrent à la procédure du règlement préventif un caractère nettement judiciairisé; ce qui, dans le contexte économique actuel, n'est pas une mauvaise chose. Au contraire, le contrôle du juge des négociations privées destinées au redressement

---

<sup>890</sup> Article 140, AUPC.

<sup>891</sup> Article 23, AUPC.

d'entreprises en difficulté, est de nature à rassurer les créanciers et à garantir le bon déroulement de l'opération. Dans cet ordre d'idée, une ouverture plus précoce de la phase de formation du concordat doit être envisagée, en permettant notamment que la suspension des poursuites ait lieu beaucoup plus tôt, le dépôt de la requête en règlement préventif par le débiteur devant, à cet égard, servir de point de départ. En d'autres termes, dès l'introduction de la demande, la suspension des poursuites individuelles serait immédiatement prononcée, afin de mettre à l'abri les biens encore disponibles et nécessaires au redressement du débiteur, afin d'éviter que les créanciers informés des difficultés de celui-ci ne mettent la main dessus.

**413.** Quant à l'homologation du concordat, un assouplissement des conditions exigées, est souhaitable, afin, notamment de permettre aux créanciers signataires d'accorder au débiteur en difficulté autant de remises et ou de délais qu'ils souhaiteraient et selon leur capacité, afin de garantir une réelle efficacité au mécanisme.

### **Synthèse de la partie 1**

**414.** À l'issue de cette première partie de l'étude, consacrée à l'élaboration du concordat préventif, un certain nombre d'enseignements se dégagent. L'on a pu ainsi observer que la notion de situation économique et financière difficile, mais non-irréremédiablement compromise, exigée pour la soumission à la procédure du règlement préventif, semble poser quelques difficultés, difficultés dues notamment à l'imprécision des termes de la loi, de sorte que l'on remarque un certain flottement dans la mise en œuvre du critère, tant par le débiteur que par le juge.

**415.** Une solution à ces difficultés conduirait à abandonner le critère de situation économique et financière difficile non-irréremédiablement compromise comme condition d'admission au bénéfice du concordat préventif. On pourrait, en effet, viser tout simplement tout débiteur confronté à des difficultés, actuelles ou prévisibles. La notion de difficulté serait ainsi volontairement imprécise pour pouvoir englober tout type de difficulté<sup>892</sup> : financière<sup>893</sup>, économique, sociale<sup>894</sup>, juridique, etc. Ce qui permettrait au chef d'entreprise d'anticiper les difficultés à venir et de saisir le plus précocement possible la juridiction compétente, dès

---

<sup>892</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 376.

<sup>893</sup> Com. 26 juin 2007, n° 06-17821, RJDA 1/08, n° 56 : baisse du chiffre d'affaires d'une société et nécessité de lourds investissements pour développer une nouvelle activité ; Com. 26 juin 2007, n° 06-20820, RJDA 1/08, n° 56 : épuisement dans un avenir proche des lignes de crédit et existence d'un passif échu notable.

<sup>894</sup> TGI Bressuire, 19 déc. 2007, SAS Rambaud Carrières, BRDA 14/08, n° 9 : conflits familiaux incessants, absence de réelle direction, mouvement de grève.

l'apparition des premiers symptômes. La formule "tout débiteur" permettrait, en outre, d'étendre le champ d'application de la procédure à toutes les activités professionnelles, non plus uniquement commerciales, mais également artisanales, agricoles, libérales, bref à toutes les activités économiques<sup>895</sup>. Le nouvel Acte uniforme portant droit commercial général semble d'ailleurs présager cette éventualité.

- 416.** Il conviendra toutefois, de limiter le monopole du débiteur, en permettant au président de la juridiction compétente de se saisir d'office ou sur requête du ministère public, afin de vaincre l'inertie ou la mauvaise foi des débiteurs qui hésiteraient à recourir en temps utile à la procédure préventive. L'intervention judiciaire serait ainsi lancée suffisamment tôt. En effet, en l'état actuel du droit, la phase de formation du concordat, qui débute avec la décision de suspension des poursuites individuelles, qui consacre la première intervention du juge, n'est déclenchée qu'après le dépôt par le débiteur d'une proposition de concordat. L'analyse montre que cette mesure intervient trop tard, dans la plupart des cas, de sorte que l'homologation destinée à conférer à l'accord conclu la force exécutoire d'un acte judiciaire, n'a qu'un effet limité. Un gage d'efficacité voudrait donc que la suspension des poursuites soit prononcée le plus tôt possible, soit dès la saisine du tribunal par le débiteur, signifiant par requête, son intention de se réfugier sous protection judiciaire.
- 417.** En outre, la procédure du règlement préventif, même ouverte en temps utile, ne peut engendrée la réussite espérée que si l'expert désigné à cet effet assume sa mission, avec professionnalisme et responsabilité, en soumettant son rapport dans le délai. Cette profession mérite donc de faire l'objet d'une réglementation spécifique, afin que soient bien précisés les critères d'accès à la profession, ainsi que les conditions de rémunération de l'expert.
- 418.** La prise en compte de ces différentes mesures lors d'une réforme est nécessaire pour assurer l'élaboration du concordat préventif dans des conditions raisonnables, de nature à garantir l'efficacité de l'exécution du concordat homologué, car de nombreuses décisions judiciaires révèlent que le caractère tardif du processus d'élaboration du concordat a une incidence certaine sur son exécution.

---

<sup>895</sup> PONS (B), *Ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'égard d'un professionnel libéral en cas d'inexécution d'un accord de règlement amiable*, Rev. proc. coll. 1994, 129.

## PARTIE 2

### L'EXÉCUTION DU CONCORDAT PRÉVENTIF

**419.** Le jugement prononçant l'homologation du concordat préventif confère à celui-ci la force exécutoire d'un acte judiciaire, rendant son exécution obligatoire par toutes les parties signataires. En conséquence, les créanciers parties à l'accord, que leurs créances soient chirographaires ou garanties par une sûreté, sont liés par les termes du concordat, dans la limite des remises et délais qu'ils ont consentis; le débiteur, quant à lui, recouvre la liberté d'administration et de disposition de ses biens. Dès lors, les règles de gestion de droit commun reprennent le dessus, de sorte que l'activité va pouvoir se poursuivre normalement, l'entreprise étant considérée comme *in bonis*. Il convient donc d'exécuter les mesures de redressement que comporte le concordat homologué et il appartient au chef d'entreprise de les mettre en œuvre sous la surveillance des organes chargés de contrôler l'exécution.

**420.** Cependant, le concordat préventif, même homologué, n'est pas figé pour autant. Des modifications demeurent possibles en cours d'exécution, dans la mesure où, d'après l'article 21, « *la juridiction compétente peut décider toute modification de nature à abréger ou à favoriser cette exécution* ». À cette possibilité de modification, il convient d'ajouter la quasi-certitude d'une inexécution du concordat, notamment du fait du caractère tardif de l'ouverture de la procédure de formation de l'accord, qui a une incidence réelle sur son exécution. Deux situations peuvent donc être envisagées dans la phase d'exécution du concordat préventif. D'une part, la situation d'une exécution normale, qui postule que toutes les mesures de redressement arrêtées dans l'accord ont pu être mises en œuvre, conformément aux modalités d'exécution prévues, ce qui correspond à la réussite de l'opération ; d'autre part, la probabilité de la survenance d'incidents d'exécution, pouvant entraîner, soit une modification ou une inexécution du concordat conduisant à l'échec du mécanisme. La pratique révèle que cette seconde situation est beaucoup plus fréquente ; ce qui peut s'expliquer par le caractère tardif de l'élaboration du concordat préventif.

On analysera donc tour à tour ces deux situations: l'exécution normale (titre 1) et les incidents d'exécution du concordat préventif (titre 2).

## TITRE 1

### L'EXÉCUTION NORMALE DU CONCORDAT PRÉVENTIF

**421.** Le concordat préventif est l'instrument destiné à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif<sup>896</sup>. Aussi, convient-il, après son homologation, de mettre en œuvre les mesures devant assurer le maintien de l'activité et l'apurement du passif; et c'est au chef de l'entreprise débitrice qu'il revient de mettre en application l'ensemble des mesures de redressement contenues dans le concordat. C'est dire que, comme le concordat de redressement<sup>897</sup>, inspiré de l'ancien plan de continuation du droit français<sup>898</sup>, ou encore comme l'actuel plan de sauvegarde<sup>899</sup>, le concordat préventif assure le maintien de la structure juridique existante à l'ouverture de la procédure<sup>900</sup>. Le débiteur, personne physique ou personne morale, reste à la tête de l'entreprise et en poursuit l'exploitation en vue de son redressement<sup>901</sup>, de son rétablissement dans son état antérieur de fonctionnement.

**422.** Les mesures de redressement prévues au concordat, qui ne sont ni limitatives, ni exclusives les unes des autres<sup>902</sup>, peuvent être regroupées en deux catégories, qu'il convient d'examiner l'une après l'autre: les modalités de continuation (chapitre 1) et les modalités de financement et de restructuration de l'entreprise (chapitre 2).

---

<sup>896</sup> Article 2-1, AUPC.

<sup>897</sup> Article 136 et s., AUPC.

<sup>898</sup> Article 23, L. 25 janvier 1985.

<sup>899</sup> Articles L. 623-3 et L. 626-2, C. com.

<sup>900</sup> DERRIDA (F), GODE (P), SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires...*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 436

<sup>901</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 350.

<sup>902</sup> Article 7, AUPC.

## CHAPITRE 1

### LA MISE EN ŒUVRE DES MODALITÉS DE CONTINUATION

**423.** L'article 7, AUPC, donne une liste non exhaustive des modalités de continuation, au nombre desquelles, outre les remises et les délais, la cession partielle d'actif, la cession ou la location-gérance d'une branche d'activité formant un fonds de commerce, la cession ou la location-gérance de la totalité de l'entreprise. Ce qui peut entraîner quelques difficultés. Il s'agit, en effet, fondamentalement de mesures de réorganisation de l'entreprise, dont le but n'est pas nécessairement de maintenir intacte l'activité de l'entreprise, mais plutôt d'assurer la pérennité de celle-ci, au moyen de cessions partielles, de redéploiements ou de recentrages sur les métiers les mieux maîtrisés, mesures qui apparaissent souvent comme les solutions appropriées pour mettre fin aux difficultés<sup>903</sup>. Ce qui suppose que la continuation de l'exploitation est maintenue, le redressement d'une unité économique n'étant concrètement envisageable que si l'activité se poursuit<sup>904</sup>, quoique de par les dispositions de l'Acte uniforme, le maintien de l'exploitation puisse être envisagé avec ou sans les dirigeants de l'entreprise.

Aussi, convient-il d'envisager dans les modalités de continuation de l'entreprise, les mesures qui peuvent être mises en œuvre par le débiteur lui-même, dans le cadre d'une gestion directe (section 1) et celles qui ne nécessitent pas la présence des dirigeants de l'entreprise aux commandes de celle-ci: les reprises (section 2).

#### SECTION 1

#### LA GESTION DE L'ENTREPRISE PAR LE DÉBITEUR

**424.** Le débiteur soumis à la procédure du concordat préventif n'est pas, en tant que tel, un débiteur défaillant, n'étant pas, en principe, en cessation des paiements. C'est, pour reprendre un auteur<sup>905</sup>, un débiteur attentif, diligent, soucieux de redresser la situation, qui a su anticiper et a librement saisi le tribunal, afin de faire bénéficier son entreprise de la chance d'une mesure de règlement préventif. Il n'est donc pas question de le dessaisir, le principe dans ce domaine

<sup>903</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 130.

<sup>904</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 540.

<sup>905</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 266.

ayant toujours été celui de la gestion par le débiteur<sup>906</sup>. Cependant, l'absence de dessaisissement n'est pas totale, le législateur ayant prévu la désignation par la juridiction compétente d'organes « *chargés de surveiller l'exécution du concordat préventif dans les mêmes conditions que celles prévues pour le concordat de redressement judiciaire* »<sup>907</sup>. Il s'agit en somme d'un dessaisissement partiel ou plus précisément d'une *gestion contrôlée*, le débiteur devant rendre compte, même *a posteriori*<sup>908</sup>, des actes effectués<sup>909</sup>. Aussi convient-il, après avoir étudié le principe de la liberté d'administration du débiteur (§.1), d'analyser les tempéraments qu'apporte le législateur à cette liberté (§.2).

### §.1 - Le principe de la liberté d'administration

- 425.** Le principe de la gestion par le débiteur régissait déjà l'ancien redressement judiciaire du droit français<sup>910</sup>, repris par l'Acte uniforme de l'OHADA<sup>911</sup>. On estime que la raison de ce principe est surtout d'ordre pratique: il s'agit de ne pas alarmer les partenaires de l'entreprise par un changement apparent dans la direction, afin de ne pas compromettre le redressement<sup>912</sup>.
- 426.** En matière de règlement préventif, l'alinéa 5 de l'article 18, AUPC, prévoit clairement que le débiteur conserve la direction de son entreprise pendant la phase d'exécution du concordat, puisqu'il recouvre les pleins pouvoirs d'administration et de disposition de ses biens aussitôt le concordat homologué. Il lui revient alors d'accomplir tous les actes nécessaires à la poursuite de l'exploitation économique (A), notamment en réglant le passif, selon les modalités prévues au concordat (B).

---

<sup>906</sup> LIENHARD (A), *Procédures collectives*, 4<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 75.11; VALLANSAN (J), *Difficultés des entreprises...*, 5<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 75 et s.; SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation*, Rev. proc. coll. 1990, p. 1, n° 1; JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 302; GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1087-1; PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 266; ROUSSEL GALLE (PH), *Réforme du droit des entreprises en difficulté*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 270 et s.; SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 890; JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 788.

<sup>907</sup> Article 16, AUPC.

<sup>908</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit. n° 890.

<sup>909</sup> Article 52, AUPC.

<sup>910</sup> Il a été renforcé par l'ordonnance du 18 décembre 2008, notamment en matière de sauvegarde, afin de rendre cette procédure "*plus attractive*" aux yeux du débiteur (art. 74, I, 2°, LME du 4 août 2008); v. art. L. 622-3, C. com., qui dispose en son alinéa 1<sup>er</sup>: "*le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur*".

<sup>911</sup> Article 136, AUPC: "*dès que la décision d'homologation est passée en force de chose jugée, le débiteur recouvre la libre administration et disposition de ses biens à l'exception de ceux qui ont fait l'objet d'une cession conformément aux articles 131 à 133*".

<sup>912</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 267.



## A. La poursuite de l'exploitation économique

**427.** Une rupture dans l'activité, s'agissant, notamment, d'une entreprise fragile, serait un obstacle insurmontable à toute mesure de sauvetage<sup>913</sup>, aussi convient-il de maintenir la poursuite de l'exploitation; ce qui impose la continuation des contrats en cours (1). Cependant, tous les cocontractants de l'entreprise ne sont pas placés à la même enseigne; on assiste ainsi à des cas particuliers qui se traduisent le plus souvent par une aggravation de la situation du cocontractant (2).

### 1. Nécessité de la continuation des contrats en cours

**428.** La poursuite de l'exploitation nécessite le maintien des contrats en cours; pendant la phase de suspension des poursuites individuelles, ainsi que celle qui suit la décision de règlement préventif, le potentiel économique de l'entreprise doit donc être préservé. C'est en vertu de cette exigence que les articles 9 et 11, AUPC, interdisent, respectivement le recouvrement par les créanciers et le paiement par le débiteur, de créances dont le recouvrement aurait pour conséquence la diminution de l'actif de l'entreprise en difficulté, mettant ainsi à mal le redressement de celle-ci. Le jugement d'homologation ne doit donc pas remettre en cause l'ensemble des contrats liant le débiteur à ses partenaires, qui constituent souvent un élément important de la richesse de l'entreprise<sup>914</sup>. Comme l'écrit un auteur, l'entreprise « est en effet logée et nourrie par ses contrats dont le maintien est indispensable à sa survie »<sup>915</sup>. Il a été ainsi observé que le contrat se « patrimonialise » pour devenir un bien au même titre que d'autres éléments du fonds de commerce<sup>916</sup>. Les liens contractuels constituent dès lors un élément essentiel de l'actif de l'entreprise<sup>917</sup>, qu'il convient de sauvegarder, d'où la nécessité de maintenir, par principe, les contrats en cours<sup>918</sup>.

---

<sup>913</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 540.

<sup>914</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 279.

<sup>915</sup> ROUSSEL GALLE (PH), *Les "nouveaux" régimes des contrats en cours et du bail*, Rev. proc. coll. 2009-1, 55, n° 1.

<sup>916</sup> MONSERIE (M.-H.), *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, Litec 1994, n° 413 et s.; *Aperçu sur les apports récents de la confrontation du droit des procédures collectives et du droit des obligations*, in *Prospectives du droit économique*, Dialogue avec Michel JEANTIN, D. 1999, p. 429.I; BRUNETTI-PONS (C), *La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives*, RTD com. 2000, p. 783.

<sup>917</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 541.

<sup>918</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 279.

**429.** Les dispositions de l'Acte uniforme applicables au règlement préventif n'énoncent, cependant, aucune mesure particulière, contrairement à celles de l'article 107, AUPC, applicable au redressement judiciaire, qui prévoit expressément que la cessation des paiements déclarée n'est pas une cause de résolution, et que toute clause de résolution pour un tel motif est réputée non écrite. Ce texte reprend un principe déjà admis en droit français, mais y fait toutefois échapper les contrats conclus *intuitu personae*, ainsi que ceux prévus expressément par la loi de chaque Etat-partie, alors qu'en France, la continuation est de règle, même pour les contrats conclus en considération de la personne du débiteur<sup>919</sup>. C'est ainsi qu'a été ordonné le maintien d'un contrat de crédit-bail<sup>920</sup> ou de location-gérance<sup>921</sup>, d'un contrat de franchise<sup>922</sup>, d'une convention liant un sportif à une entreprise<sup>923</sup>, d'un contrat de commission en marchandises<sup>924</sup>, ou encore d'un contrat d'adhésion à une association<sup>925</sup>.

**430.** Cette faculté d'imposer le maintien des contrats malgré leur inexécution avant l'ouverture de la procédure est totalement dérogoratoire au droit commun des contrats où le respect de la parole donnée est la règle, ce qui permet au créancier d'opposer l'exception d'inexécution à

---

<sup>919</sup> V. ord. 23 sept. 1967 relative à la suspension des poursuites, qui admettait le principe de la continuation des contrats en cours (Com. 3 févr. 1981, RTD com. 1981, p. 590, obs. B. SOINNE), contrairement à l'art. 37 de la loi du 25 janvier 1985, qui, sans poser expressément le principe de la continuation des contrats en cours, permet à l'administrateur ou au débiteur avec l'accord du mandataire judiciaire, d'exiger la poursuite des liens contractuels en fournissant la prestation promise à l'autre partie (art. L. 622-13, C. com., d'avant la réforme de 2005). L'application de ce texte a fortement divisé la doctrine (C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 545, note 191), avant l'intervention de la Cour de cassation consacrant l'application du principe de la continuation des contrats à tous les contrats en cours, sans distinguer selon que le contrat est conclu *intuitu personae* ou non (Com. 8 déc. 1987, D. 1988, 52 et *Les Petites Affiches*, 1988, n° 3, p. 9, note F. DERRIDA; *Rev. droit bancaire et fin.* 1988, p. 69, obs. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ; JCP G 1988, II, 20927, note JEANTIN; *Rev. proc. coll.* 1988, n° 1, p. 45, obs. B. DUREUIL; v. aussi Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 déc. 1987, *Les Petites Affiches* 1988, n° 28, p. 13, obs. GALLET; Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janv. 1998, RJDA 4/98, p. 330, n° 459: "l'ouverture du redressement judiciaire n'emporte pas, par elle-même, résiliation des concours bancaires"; v. aussi MARTIN-SERF (A), *Les contrats en cours avant option de l'administrateur*, RJ com., n° spéc. 1992, p. 8; PETEL (PH), *Le sort des contrats conclus avec l'entreprise en difficulté*, colloque Toulouse, *Les Petites Affiches* 1992, n° 5). La loi du 26 juillet 2005 l'a repris, pratiquement à l'identique, et étendu à la sauvegarde. Il sera finalement amélioré assez sensiblement, sans véritable bouleversement, pour autant, par l'ordonnance du 18 décembre 2008, grâce notamment à un travail de réécriture, afin de rendre plus lisible l'article L. 622-13, C. com., qui en est maintenant le siège: "Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. – Le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif" (al. 1 et 2).

<sup>920</sup> T. com. Grenoble, 2 nov. 1987, *Les Petites Affiches*, 29 août 1988, n° 104, p. 2; Versailles, 23 juin 1988, JCP E 1989, II, 15591, obs. M. CABRILLAC et PH. PETEL.

<sup>921</sup> Com., 16 mars 1993, *Rev. proc. coll.* 1994, p. 245, n° 1, obs. J. MESTRE et A. LAUDE.

<sup>922</sup> Poitiers, 20 avril 1988, *Rev. proc. coll.* 1994, p. 245; BRDA 15 juin 1988, n° 13

<sup>923</sup> Colmar, 13 juin 1990, D. 1991, p. 97, note D. FABIANI

<sup>924</sup> Com. 26 mai 1998, JCP E 1998, n° 41, p. 1574; RJDA 10/98, n° 1130, p. 838.

<sup>925</sup> Com. 19 mai 2004, *Rev. proc. coll.* 2004, p. 224, obs. PH. ROUSSEL-GALLE.

son débiteur<sup>926</sup>. Ce principe doit pouvoir s'appliquer de la même manière aux contrats en cours en matière de règlement préventif, notamment pendant la phase de suspension des poursuites individuelles et pendant l'exécution du concordat préventif; car, si la cessation des paiements n'est pas une cause de résolution, *a fortiori*, l'absence de celle-ci ne devrait pas l'être, le débiteur en faveur duquel est ouverte une procédure de concordat préventif étant, par hypothèse, *in bonis*, et donc pas en cessation des paiements.

**431.** Ainsi tous les contrats en cours d'existence et non complètement exécutés au jour de la décision de suspension des poursuites doivent pouvoir continuer à s'exécuter, sauf les contrats conclus *intuitu personae*. Ce qui autorise certains cocontractants, en l'occurrence le banquier, à invoquer une inexécution des engagements antérieurs à l'ouverture de la procédure pour mettre fin, pendant l'exécution du concordat, à ses concours, généralement relevant de contrats conclus en considération de la personne du débiteur, qu'il s'agisse de conventions de compte courant ou d'ouvertures de crédit. Cette solution, très tôt rejetée en droit français<sup>927</sup>,

---

<sup>926</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Les créanciers face au redressement judiciaire*, colloque Toulouse, *Les Petites Affiches*, 18 mai 1992, p. 1; Rev. proc. coll. 1991, p. 129; *Le sort des contrats en cours dans le redressement judiciaire*, colloque Deauville juin 1992, RJ com., n° spéc. nov. 1992; MARTIN (D), *La sécurité contractuelle à l'épreuve du redressement judiciaire*, JCP N 1986, I, 180, n° 11; MELODO-BRIAND (D), *Nature des entreprises en difficulté et système de droit*, thèse, Rennes, 1992; MONSERIE (M.-H.), *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, thèse, op. cit., n° 176 et s.; *La période d'observation, in La réforme du nouveau droit de l'entreprise*, Montchrestien, 1995, p. 149, n° 11 et s.; GUYON (Y), *Le droit des contrats à l'épreuve des procédures collectives*, MéL. J. GHESTIN, p. 405.

<sup>927</sup> Il avait été en effet observé que les concours bancaires étaient souvent interrompus pendant la phase d'exécution du plan, ainsi que le montrent de nombreuses décisions de jurisprudence (Com. 14 février 1989, D. 1991, somm., p. 11, obs. F. DERRIDA; Agen, 2 avril 1987; T. com. Antibes, 2 juin 1987, D. 1987, p. 592, note F. DERRIDA; RJ com. 1989, p. 79, obs. GALLET; Rev. droit bancaire et fin. 1989, p. 106, n° 2, obs. CREDOT et GIRARD; RTD com. 1987, p. 552, n° 15, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE; Rev. droit bancaire et fin., obs. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, 1987, 102 et 1988, 31). Aussi, malgré le silence du législateur, la doctrine admettait-elle dans le redressement judiciaire, que les contrats continués au cours de la période d'observation, se poursuivent pendant la période d'exécution du plan et que le cocontractant ne pouvait invoquer une inexécution des engagements antérieurs à l'ouverture de la procédure pour rompre le contrat, ni se prévaloir d'une clause résolutoire insérée dans celui-ci. On disait ainsi que "la procédure collective a, sur ce point, apuré le passé" (M. JEANTIN, *Droit commercial: Instrument de paiement et de crédit, Entreprise en difficulté*, Précis Dalloz, 1995, n° 703), certains préférant parler de "purge des inexécutions antérieures" (PH. PETEL, *Procédures collectives*, Cours, Droit privé, 6<sup>ème</sup> éd. Dalloz, 2009, n° 239). Ces diverses affirmations semblaient, toutefois, purement théorique, puisque, bien souvent, les créanciers attendent l'issue de la période d'observation pour mettre fin à leurs relations contractuelles avec l'entreprise en difficulté (SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 892), sans compter qu'une action en résolution d'un contrat pour un motif autre que le défaut de paiement d'une somme d'argent continuera à prospérer malgré l'arrêt du plan et finira par mettre fin au contrat: v. à propos de la résiliation d'un bail rural pour défaut d'entretien, Civ. 3<sup>ème</sup>, 21 juill. 1999, JCP 2000, I, 233, p. 1011, obs. P. P.; D. aff. 1999, p. 1443, obs. V. A.-R.; v. sur l'ensemble de la question, F. MACORIG-VENIER, *La rupture des contrats*, Colloque Toulouse, *Les Petites Affiches* 2000, n° 178, p. 21. Concernant précisément les concours bancaires, la question s'était posée de savoir si l'administrateur ou le débiteur avec l'accord du mandataire peuvent exiger d'un banquier qu'il continue à travailler en compte courant avec un débiteur soumis à une procédure de sauvegarde ou qu'il maintienne un prêt consenti avant l'ouverture de celle-ci. (SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 545 et n. 191). Les auteurs se sont montrés divisés. Certains estimaient en effet que le banquier pouvait mettre fin à ses concours, en se fondant, notamment sur la tradition antérieure qui n'appliquait pas la continuation aux contrats conclus *intuitu*

risque de compromettre gravement le rétablissement de l'entreprise en difficulté, qui, bien qu'*in bonis*, présente une grande fragilité, qui justifie que les facilités qui lui ont été accordées soient maintenues pendant l'exécution du concordat<sup>928</sup>.

**432.** Pour remédier à cet inconvénient, il pourrait être envisagé, au moment de l'octroi des concours, notamment lors de la formation du concordat, la possibilité ou non du maintien des facilités bancaires, en faisant ainsi dépendre l'attitude du banquier de l'engagement qu'il aura pris<sup>929</sup>, d'après la solution retenue en droit français. Ou bien, le banquier s'est obligé à

---

*personae* (M. VASSEUR, *Maintien des ouvertures de crédit bancaire en dépit du jugement de redressement judiciaire*, Banque 1986, p. 630), ou sur la faculté de résiliation unilatérale des prêts, consentie par l'article 60 de la loi bancaire en cas "de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou lorsque la situation de celui-ci est irrémédiablement compromise" (M. CABRILLAC, *Le banquier doit-il être contraint de réaliser au profit d'une entreprise en redressement judiciaire la totalité d'une ouverture de crédit en compte courant?* JCP E 1986, n° 15579, p. 262, n° 5; J.-M. CALENDINI, *Le redressement judiciaire et la continuation d'une ouverture de crédit antérieurement accordée à l'entreprise défaillante*, Les Petites Affiches 1987, n° 33, p. 4; CREDOT et GIRARD, *L'ouverture de crédit, le compte courant et l'article 37 de la loi du 25 janvier 1985*, Rev. droit banc. et fin. 1987, p. 14), ou encore sur la technique même du compte courant qui serait incompatible avec une continuation automatique de celui-ci, puisqu'en cas de continuation, les remises postérieures au jugement d'ouverture se fondraient dans le compte et permettraient le règlement des créances antérieures, ce qui est contraire à la règle de l'interdiction des paiements (M.-J. CAMPANA, *De la continuation du compte courant en cas de redressement judiciaire du remettant*, Banque 1986, p. 952). L'ensemble de ces arguments avaient été réfutés par d'autres auteurs qui avançaient l'importance de la continuation des contrats bancaires pour la survie de l'entreprise pour justifier, l'absence de distinction opérée par le texte entre les contrats, ainsi que la possibilité d'adapter la technique du compte courant au principe de la continuation des contrats en ouvrant un compte "bis" à partir du jugement d'ouverture (C. SAINT-ALARY-HOUIN, *La gestion de l'entreprise*, in *Les innovations*, Sirey, 1986, t. 1, p. 37, n° 45; J. MESTRE et PH. DELEBECQUE, *obs.* in Rev. proc. coll. 1987, p. 39, n° 2; B. SOUSI-ROUBI, *La situation du banquier ayant consenti un découvert avant l'ouverture d'un redressement judiciaire*, Gaz. pal. 1986, 2, p. 515).

<sup>928</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 893.

<sup>929</sup> C'est la tendance actuelle en droit français (SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit. n° 893), qui consiste à retenir une solution médiane entre deux positions extrêmes: la libre interruption ou la continuation forcée. Pour permettre aux banquiers de se délier, il a été fait valoir qu'au cours de l'exécution du plan, l'entreprise est redevenue *in bonis*; par conséquent, il s'agit d'une entreprise ordinaire dont les emprunts sont soumis au droit commun. En revanche, la jurisprudence, notamment la Cour d'Agen, a pu admettre qu'un crédit accordé au cours de la période d'observation d'un redressement judiciaire, par un "pool bancaire" à l'administrateur judiciaire de l'entreprise, puis brusquement arrêté, dès l'adoption du plan, pouvait être rétabli par la voie d'une ordonnance de référé. Sa décision a été approuvée par la Cour de cassation au motif que le comportement de la banque s'analysait en un trouble manifestement illicite (Agen, 2 avril 1987, confirmé par Com. 14 février 1989, JCP E 1989, 15591, note M. CABRILLAC). La solution actuelle est celle retenue par la Cour de cassation en 1987 (Com. 8 décembre 1987, précité) en ces termes: "*Attendu que l'administrateur d'un redressement judiciaire a la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours lors du prononcé de ce redressement judiciaire sans qu'il puisse être fait de distinction selon que les contrats ont été ou non conclus en considération de la personne; qu'il en résulte que l'administrateur doit, lorsqu'il le demande, obtenir la continuation pendant la période d'observation, des conventions de compte courant, d'ouverture de crédit, de découvert et d'autorisation d'escompte en cours au jour du jugement de redressement judiciaire, sauf pour l'établissement financier à bénéficier de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 et, s'il y a lieu, de celle du deuxième alinéa de l'article 60 de la loi du 24 janvier 1984*". Cette décision de la Cour a ainsi formulé le principe général du maintien des contrats en cours, qu'ils présentent ou non un caractère personnel (PEROCHON F. et BONHOMME R., *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 280), mettant alors fin aux divergences des juges du fond et aux discussions doctrinales (C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 545, note 545). Ainsi, lorsqu'il le demande, l'administrateur doit obtenir la continuation, pendant la période d'observation, des contrats bancaires (Com. 28 juin 1994, RJDA 1/95, n° 65; Dr. sociétés, 1994, n° 189, obs. CHAPUT: inefficacité d'une résiliation avec préavis décidée par la banque le jour du

maintenir son soutien financier pendant toute la durée du concordat préventif, et cette obligation fait partie des dispositions concordataires. La rupture ou la diminution du crédit consenti s'analyserait alors en une modification du concordat, qui relève de la compétence du seul tribunal<sup>930</sup>, ce qui constituerait un trouble manifestement illicite<sup>931</sup>. Ou bien, le banquier n'a pas précisé la durée de son engagement et la rupture des crédits devra se faire dans le respect des dispositions du droit bancaire; le concours bancaire à durée indéterminée pourrait ainsi être arrêté, si le banquier établit que le débiteur a eu un comportement gravement répréhensible ou que sa situation est irrémédiablement compromise<sup>932</sup>. Ce qui suppose, en fait, que l'entreprise se trouve dans un état proche de la liquidation des biens<sup>933</sup>. Dans ce cas, il devra, en outre, respecter un préavis raisonnable, si le contrat était conclu pour une durée déterminée<sup>934</sup>, aucun délai de préavis ne devant, cependant, être respecté en cas de situation

---

jugement d'ouverture et non notifiée à l'administrateur; Com. 1<sup>er</sup> juill. 1997, RTD com. 1997, p. 660, obs. M. CABRILLAC) et ceux-ci ne sont pas rompus, de plein droit, par l'ouverture de la procédure judiciaire (v. O. ANSELME-MARTIN, *Faire un retour à la clôture du compte courant bancaire en cas de redressement judiciaire du client*, Rev. dr. banc. et fin. 1997, n° 60, p. 55, qui souhaite l'abandon de cette jurisprudence). Il ressort, toutefois, de sa décision que la Cour a assorti ce principe de deux tempéraments: l'établissement financier pourra bénéficier de la priorité des créanciers postérieurs (art. 40, L. 25 janv. 1985, devenu art. L. 622-17, C. com.). Cela conduit, s'agissant d'un compte courant, à établir le solde provisoire au jour du jugement d'ouverture et à en déclarer le montant au passif de la procédure (Com. 9 juin 1992, D. 1994, somm. p. 323, obs. VASSEUR: demande de paiement du solde aux cautions; *contra*: Com. 3 janv. 1995, JCP E 1995, I, 405, n° 16, obs. M. CABRILLAC: pas de poursuite de la caution à défaut de compte clos; Com. 2 mars 1999, Act. proc. coll. 1999, n° 103, obs. C. REGNAUT-MOUTIER: pas de poursuite de la caution, le solde débiteur étant apuré; Lyon, 5 déc. 1988, D. 1989, somm. p. 374: "*le mécanisme simplifié et de garantie propre au compte courant ne s'oppose pas en cas de mise en redressement judiciaire, à la continuation de celui-ci et n'empêche pas que l'on puisse tirer un solde provisoire et le déclarer*"; Versailles, 29 sept. 1988, D. 1989, 132, note D. MARTIN: "*la survenance du jugement de redressement judiciaire a pour conséquence nécessaire, quelle que soit la suite donnée à la convention de compte courant, d'entraîner une liquidation de ce compte au jour où il est prononcé et déclaration de la créance ainsi chiffrée, dont le destin est différent des opérations en compte courant à intervenir postérieurement et des créances pouvant en résulter*"). Les sommes dues au banquier en raison de la continuation du contrat deviennent des créances postérieures qui, comme telles, sont privilégiées (C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit. n° 545, note 546 et les références citées). En outre, le banquier pourra, s'il y a lieu, se prévaloir de l'article 60 de la loi bancaire du 24 janvier 1984 (art. L. 313-12, C. mon. fin.) pour résilier le contrat si la situation du débiteur est irrémédiablement compromise, après avoir rapporté la preuve de cette situation. La Cour a, à plusieurs reprises, réaffirmé ce principe, en indiquant que "*la continuation des concours bancaires, par application de l'article 37, n'interdit pas que ces concours soient interrompus pendant la période d'observation si les conditions fixées par l'article 60, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 24 janvier 1984 (C. mon. fin., art. L. 313-12) sont réalisées*" (Com. 1<sup>er</sup> oct. 1991, RTD com. 1992, p. 240, obs. Y. CHAPUT; D. 1992, somm., p. 261, obs. F. DERRIDA; JCP E 1991, II, 236, note JEANTIN; JCP E 1992, 138, obs. M. CABRILLAC et PH. PETEL; D. 1993, somm. p. 10, obs. F. DERRIDA; A. MARTIN-SERF, *Les contrats en cours avant option de l'administrateur*, RJ com., 1992, op. cit. p. 16; Com. 2 mars 1993, D. 1993, IR, 91; Rev. dr. banc. et fin. 1993, n° 40, p. 229, obs. GAVALDA; Douai, 8<sup>ème</sup> ch. A, 30 mars 1995, RJ com. 1995, p. 337, n° 1439, obs. CH. GOYET, qui a admis aussi l'interruption des concours bancaires dès lors que "*le désengagement [du banquier] n'a pas une cause antérieure au jugement d'ouverture*".

<sup>930</sup> Article 21, AUPC; v. JEANTIN (M), *Droit commercial*, 1995, op. cit., n° 703-1.

<sup>931</sup> Com. 14 février 1989, JCP E 1989, 15591, note M. CABRILLAC.

<sup>932</sup> V. notamment, l'article 60, al. 1 et 2, de la loi bancaire du 24 janvier 1984 (C. mon. fin., art. L. 313-12).

<sup>933</sup> TGI Lyon, 9 mars 1988, JCP G 1989, II, 21243, note CHR. GAVALDA, qui refuse l'application de l'article 60.

<sup>934</sup> Com. 14 février 1989, JCP E 1989, 15591, note M. CABRILLAC.

irréremédiablement compromise ou de comportement gravement répréhensible de l'emprunteur<sup>935</sup>.

**433.** En clair, le créancier ne peut se prévaloir des causes de résolutions antérieures au jugement d'ouverture pour rompre le contrat; car, en effet, même si ce jugement ne suspend que provisoirement les poursuites, celui subséquent d'homologation du concordat préventif a pour effet d'arrêter toutes les poursuites à l'encontre du débiteur pendant toute la durée d'exécution du concordat. L'homologation produit en somme un effet extinctif<sup>936</sup> relativement aux causes de résolution fondées sur le passé, de sorte que le contrat est, *a priori*, automatiquement poursuivi. Encore faut-il qu'existe un véritable contrat<sup>937</sup>, et non de simples relations d'affaires, et qu'il soit en cours au moment de l'ouverture de la procédure.

**434.** On estime, en effet, que le contrat en cours est un contrat « *en cours d'existence et en cours d'exécution* »<sup>938</sup> à l'ouverture de la procédure, quoique sa notion n'ait pas été définie, ni par le législateur français, ni par celui africain; ce qui a suscité, en droit français notamment, un contentieux abondant<sup>939</sup>. Il est aujourd'hui admis qu'il s'agit de contrats qui n'ont pas été complètement exécutés avant le jugement d'ouverture, c'est-à-dire, en principe, des contrats à exécution successive, mais aussi des contrats, par nature à exécution instantanée, mais dont les effets se prolongent dans le temps<sup>940</sup>. Ce qui suppose que ces contrats doivent être conclus

---

<sup>935</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 546.

<sup>936</sup> MONSERIE (M.-H.), *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires...*, op. cit., n° 209 et s.

<sup>937</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 280.

<sup>938</sup> MARTIN-SERF (A), *La continuation des contrats*, RJ com. n° spéc. novembre 1992, p. 9 et s.

<sup>939</sup> V. pour quelques exemples, BAC (A), *De la notion de contrat en cours et de ses grandes conséquences, notamment pour les cautions*, JCP E 2000, I, p. 22; BRUNETTI-PONS (C), *La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives*, RTD com. 2000, p. 783; DERRIDA (F), *La notion de contrat en cours à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire*, RJDA 6/93, p. 399; TEBOUL (G), *Le sort des contrats pendant les procédures collectives, Quels choix opérer?* Gaz. pal. 2004, doct. p. 938.

<sup>940</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit. n° 548 et s. Le contrat en cours sera, le plus souvent, un contrat à exécution successive supposant des prestations réciproques s'échelonnant dans le temps, tel qu'un bail ou un crédit-bail. Mais dans certains cas, il est difficile d'affirmer que le contrat est en cours, parce qu'il a produit certains de ses effets avant le jugement d'ouverture. Il faut alors rechercher si l'obligation essentielle a été exécutée. Le problème s'est surtout posé en matière de prêt ou de vente, des contrats, d'habitude à exécution instantanée, mais dont certains effets ne s'étaient pas produits au jour du jugement d'ouverture. Il est généralement admis qu'il n'y a pas lieu de distinguer selon la nature des contrats, mais d'exiger la continuation de tout contrat en cours d'exécution, quel qu'il soit, dès lors que la prestation essentielle n'est pas totalement réalisée (B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 503; DERRIDA (F), GODÉ (P) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires...*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 297; GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1206; PETEL (PH), *Le sort des contrats conclus avec l'entreprise en difficulté*, colloque Toulouse, op. cit., n° 7; MARTIN-SERF (A), *La continuation des contrats*, op. cit., p. 10; v. aussi Com. 16 févr. 1988, Rev. dr. banc. et fin. 1988, p. 136, obs. F. DEKEUWER-DEFOSSÉZ). C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé que "des contrats de prêt ne sont pas des contrats en cours au sens de l'article 37 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 dès lors qu'il n'est pas allégué que les fonds n'ont pas été intégralement remis à l'emprunteur avant l'ouverture du redressement judiciaire", le prêt ayant été,

avant même le jugement d'ouverture, de sorte qu'un contrat en cours de formation ne saurait être poursuivi sur le fondement de l'article 107, AUPC. Il est également nécessaire que le contrat ne soit pas arrivé à son terme<sup>941</sup>, ou qu'il ne soit pas définitivement rompu avant la survenance de la procédure. Ce qui est le cas, lorsqu'une clause résolutoire est acquise avant le jugement<sup>942</sup>, ou lorsqu'une action en justice ou encore une décision unilatérale<sup>943</sup> a abouti à l'anéantissement du contrat. En ce qui concerne le renouvellement, par exemple, d'un bail à la suite d'un congé, il s'analyse en la conclusion d'un nouveau contrat qui échappe à la règle de la continuation, parce que le précédent bail a été anéanti par le congé<sup>944</sup>.

---

en effet, totalement libéré dans ce cas (Com. 2 mars 1993, D. 1993, p. 572, obs. PH. DEVESA; JCP E 1993, n° 3704, p. 390, obs. M. C. et P. P.; Com. 13 avr. 1999, D. 2000, p. 257, note LIPINSKI; Rev. proc. coll. 1993, p. 289, obs. J. MESTRE et A. LAUDE). Le prêteur doit alors déclarer sa créance à la procédure (Toulouse, 2<sup>ème</sup> ch. 10 févr. 2000, Rev. proc. coll. 2002, p. 191, obs. PH. ROUSSEL GALLE). En ce qui concerne la vente, la jurisprudence distinguait selon que le paiement du prix n'est pas intégralement effectué au jour du jugement d'ouverture ou que le transfert de propriété est différé après cette date. Dans le premier cas, seules sont affectées les modalités de paiement du prix, le transfert de propriété ayant eu lieu avant le jugement par l'échange des consentements. Les mensualités échues après ce jugement ne sont donc pas privilégiées au titre de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 (Com. 9 avr. 1991, RJDA 7/91, n° 640; D. 1992, somm. p. 258, obs. F. DERRIDA; Rev. proc. coll. 1992, p. 166, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN; JCP E 1991, 1102, obs. M. CABRILLAC et PH. PETEL; RTD com. 1991, p. 661, obs. Y. CHAPUT; Rev. proc. coll. 1992, p. 175, n° 1, obs. J. MESTRE et A. LAUDE; D. 1992, somm. p. 257, obs. F. DERRIDA), le contrat n'étant plus en cours, et le bien sorti du patrimoine du vendeur (Civ. 3<sup>ème</sup>, 18 juill. 1995, D. 1996, p. 70, obs. F. DERRIDA, qui a jugé que la vente d'un terrain dont le paiement est assuré par une dation en paiement dont la réalisation est fixée dans le temps, étant un acte ponctuel détaché de toute connexité, ne peut constituer un contrat en cours et la créance du vendeur doit être déclarée à la procédure). C'est le cas d'un contrat de vente en viager où le transfert de propriété s'était produit au moment de la vente avant le jugement d'ouverture (Com. 28 févr. 1995, JCP E 1995, I, 487, n° 11, obs. P. P.; Com. 2 mars 1999, Act. proc. coll. 1999, n° 91, obs. J. VALLANSAN; Les Petites Affiches 1<sup>er</sup> févr. 2000, p. 21, note GALLET; Paris, 2<sup>ème</sup> ch. A. 14 oct. 1997, D. aff. 1997, n° 43, p. 142; Paris, 17 oct. 2002 et 30 janv. 2003, Les Petites Affiches 6 nov. 2003, n° 122, p. 16, note J.-P. SORTAIS). Dans le second cas, toute l'exécution du contrat est différée, le transfert de propriété comme le paiement du prix. L'administrateur pourra réclamer son exécution et le créancier pourra le mettre en demeure d'opter; à défaut, le contrat sera résilié (Com. 1<sup>er</sup> févr. 2000, Bull. civ. IV, n° 28, p. 19; RJDA 4/00, n° 445; D. 2000, p. 144, obs. A. LIENHARD; Rev. proc. coll. 2002, p. 182, obs. F. MACORIG-VENIER; RTD com. 2000, p. 444, obs. A. LAUDE; Com. 14 déc. 1993, Bull. civ. IV, n° 477; v. aussi Com. 5 mai 2004, D. aff. 2004, act. jur. p. 1525, obs. A. LIENHARD; JCP E 2004, n° 1292, n° 11, obs. M. C.; D. 2004, n° 29, somm. comm. p. 2144, obs. F.-X. LUCAS; Act. proc. coll. 18 juin 2004, p. 1, obs. F. PEROCHON, qui a jugé qu'*un contrat de vente de biens mobiliers dont la propriété est réservée et dont le prix n'est pas payé n'est pas un contrat en cours au sens de l'article L. 621-28 du Code de commerce*"; pour une donation-partage d'immeubles, Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mars 2007, n° 05-13.566, Rev. proc. coll. 2008, p. 75; n° 16, obs. PH. ROUSSEL GALLE: il ne s'agit pas d'un contrat en cours, dès lors que le transfert de propriété a eu lieu avant la procédure.

<sup>941</sup> Il a ainsi été jugé que l'article 37 de la loi du 25 janvier 1985 ne s'applique pas à un bail arrivé à son terme, un nouveau contrat devant être conclu (Com. 17 févr. 1998, Quot. jur. 1998, n° 28, p. 3; RJDA 6/98, p. 535; D. aff. 1998, n° 111, p. 582). C'est également le cas pour un contrat de sous-traitance conclu pour un an arrivé à terme (Com. 30 oct. 2000, RJDA 2/01, n° 186, p. 175).

<sup>942</sup> Com. 19 mars 2002, RJDA 8-9/02, n° 908, à propos d'un contrat de concession rompu par le concédant pour faute du concessionnaire trois jours après la cessation des paiements de celui-ci; Paris, 12 oct. 1990, Les Petites affiches, 28 août 1991, p. 11, note DELGRANGE; Rev. proc. coll. 1992, p. 175, obs. J. MESTRE et A. LAUDE).

<sup>943</sup> Com. 11 avr. 1995, Rev. proc. coll. 1995, p. 293, obs. J. MESTRE et A. LAUDE: La résiliation produit effet au jour de sa réception par le débiteur et non au moment de son émission. *Contra* : Paris, 12 oct. 1990, Rev. proc. coll. 1992, p. 175.

<sup>944</sup> Ass. plén., 7 mai 2004, Bull. ass. plén., n° 9, p. 19; D. 2004, somm. comm. p. 2142, obs. P.-M. LE CORRE; RJDA 10/04, n° 1138; JCP E 2004, n° 1059, p. 1156, obs. B. DEMOUSTIER; Act. proc. coll. 4 juin 2004, n° 121, note C. R.-M.: *"le bail en vigueur à la date d'ouverture de la procédure collective étant arrivé à son terme,*

**435.** Toutefois, deux situations distinctes doivent être envisagées dans la continuation des contrats en cours. La première, qui ne devrait soulever de difficulté majeure, est celle où le contrat est poursuivi de plein droit, avec l'accord du cocontractant ou sans que celui-ci ait manifesté de volonté de rompre; la seconde, qui correspond à la majorité des cas, c'est lorsque le cocontractant veut se libérer, en invoquant par exemple l'exception d'inexécution. Il appartient, dans ce cas, au syndic d'exiger la poursuite du contrat, conformément aux dispositions de l'article 108, AUPC<sup>945</sup>. Ce texte dispose, en effet, que « *le syndic, conserve seul, quelle que soit la procédure ouverte, la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours à charge de fournir la prestation promise à l'autre partie* ». Le syndic a ainsi un choix, une option<sup>946</sup> à exercer. Il détermine librement les contrats qu'il entend poursuivre et ceux qu'il veut rompre. Il peut décider de poursuivre toutes les conventions, à l'exception notable de celles conclues en considération de la personne du débiteur. Mais, son intervention n'est indispensable que pour contraindre le cocontractant qui s'y refuserait à exécuter le contrat en cours<sup>947</sup>. Et tant qu'il n'a pas choisi de continuer ou de rompre le contrat, celui-ci se trouve dans une situation d'incertitude qui lui est parfois préjudiciable, si le contrat n'est pas à son avantage<sup>948</sup>.

**436.** Aussi, le législateur permet-il au cocontractant de mettre en demeure le syndic de choisir, afin d'éviter qu'il soit dépendant de son bon vouloir. Le syndic peut ainsi être mis en demeure par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite, d'exercer son option ou de fournir la prestation promise, dans un délai de trente jours, sous peine de résolution, de plein droit, du contrat<sup>949</sup>. C'est dire qu'à l'issue de ce délai d'un mois, le syndic sera réputé renonçant et le

---

*les relations entre les parties ne pouvaient se poursuivre qu'en vertu d'un nouveau bail de sorte qu'il ne s'agissait pas d'un contrat en cours au sens des textes susvisés*" (L. 25 janv. 1985, art. 37 et C. com. art. L. 145-9 et 145-12); v. aussi Com. 17 févr. 1998, Quot. jur. 1998, n° 28, p. 3; RJDA 6/98, p. 535; D. aff. 1998, n° 111, p. 582.

<sup>945</sup> Comp. article L. 622-13, II, C. com. qui accorde au seul administrateur cette faculté: "*l'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur*".

<sup>946</sup> En droit français, l'article L. 622-13 prévoit également la possibilité d'opter entre la continuation du contrat ou sa rupture. Ce droit d'option avait soulevé un contentieux abondant et la loi du 10 juin 1994 avait modifié substantiellement le régime de l'option de façon à mieux protéger le cocontractant obligé de continuer à commercer avec l'entreprise en difficulté, ce qui a eu aussi pour conséquence de rendre la poursuite des contrats plus difficile. La loi du 26 juillet 2005 a maintenu les solutions antérieures, mais l'ordonnance du 18 décembre 2008 a amélioré la rédaction du texte et clarifié les modalités d'exercice de l'option ainsi que ces conséquences (C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 554).

<sup>947</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 288.

<sup>948</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit. n° 560.

<sup>949</sup> Article 108, al. 3, AUPC; comp. article L. 622-13-III-1°, C. com. Alors que le texte d'origine en 1985 évoquait une présomption de renonciation dont la nature avait divisé les juges du fond: certaines juridictions



contrat rompu, s'il ne répond pas<sup>950</sup>. La solution mérite l'approbation, car elle permet au cocontractant d'être clairement et définitivement fixé<sup>951</sup> sur les intentions du syndic. Cependant, à la différence du droit français, la rédaction du texte de l'OHADA semble admettre l'exercice tacite de l'option par le syndic, puisqu'il lui est permis, « *d'exercer son option ou de fournir la prestation promise* ». Ainsi, lorsque le syndic continue à payer régulièrement les loyers prévus au contrat, il manifesterait de la sorte sa volonté non équivoque de continuer le bail<sup>952</sup>. En revanche, le syndic qui opte expressément pour la continuation du contrat, a l'obligation de fournir la prestation promise à l'autre partie; cela veut dire qu'en principe les prestations fournies au débiteur après le jugement d'ouverture doivent être payées à l'échéance<sup>953</sup>.

**437.** Devant l'évidence des difficultés pratiques que peut engendrer cette solution, l'alinéa 2 de l'article 108, AUPC, prévoit que si le cocontractant s'exécute sans avoir reçu la prestation promise, elle devient créancière de la masse. Cette solution est tout à fait transposable à certains contrats, tels que le bail des immeubles affectés à l'activité du débiteur, malgré le régime particulier auquel ils obéissent.

---

estimaient qu'il s'agissait d'une présomption irréfragable (Aix-en-Provence, 23 févr. 1989, Les Petites Affiches 11 nov. 1989, p. 11; Rev. dr. banc. et fin. 1990, p. 142, obs. M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI; D. 1990, somm. p. 10, note F. DERRIDA; Versailles, 8 nov. 1990, D. 1990, IR, p. 298), d'autres par contre jugeaient la présomption non irréfragable (Paris, 14 janv. 1988 et TGI Tours, 20 janv. 1987, D. 1990, somm. p. 10, obs. F. DERRIDA). Dans un arrêt de principe en date du 11 déc. 1990, la Cour de cassation s'est prononcée en faveur du caractère irréfragable de cette présomption (Com. 11 déc. 1990, RTD civ. 1991, 103, obs. Y CHAPUT et 570, obs. J. DERRUPEE; JCP N 1991, 383, n° 14). Cette solution a été réaffirmée depuis lors (Com. 4 févr. 1992, n° 238; 15 oct. 1991 et 3 mars 1992, D. 1992, somm. p. 260, obs. F. DERRIDA). V. cependant, Com. 27 mai 1993, JCP G 1993, IV, 302, n° 3476, qui estime que l'administrateur qui continue à payer spontanément les loyers prévus au contrat manifeste sa volonté non équivoque de continuer le bail. Com. 20 mai 1997, D. aff. 1997, p. 862; RJDA 10/97, n° 1259; Bull. civ. IV, n° 150, p. 134. Le texte actuel, issu de la loi du 10 juin 1994, ne laisse aucun doute: "*le contrat en cours est résilié de plein droit*", si la mise en demeure est restée plus d'un mois sans réponse (M.-J. CAMPANA, *La résiliation de plein droit des contrats en cours*, Les Petites affiches 1996, n° 82, p. 11).

<sup>950</sup> Il a été proposé, en droit français, de porter ce délai à quatre mois, mais l'amendement a été rejeté (v. JOAN Q. 24 nov. 1993, p. 6259).

<sup>951</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit. n° 560.

<sup>952</sup> V. dans le cas de l'administrateur en droit français: Com. 27 mai 1993, JCP G 1993, IV, 302, n° 3476; v. aussi T. com. Paris, 9<sup>ème</sup> ch., 6 avr. 1995, Juris-Data n° 042515, qui a jugé qu'en payant d'abord un loyer, puis en réglant régulièrement les autres, l'administrateur a répondu à la lettre le mettant en demeure d'opter.

<sup>953</sup> SAWADOGO (F. M.), obs. sous article 108, AUPC, OHADA..., 3<sup>ème</sup> éd. op. cit. Ces créances nées régulièrement de la poursuite de l'activité bénéficient, en droit français, du privilège de l'art. L. 622-17, C. com.

## 2. Existence d'un régime de continuation propre à certains contrats

L'Acte uniforme prévoit un régime de continuation particulier à certains contrats, tels que le bail des locaux affectés à l'exploitation économique et les contrats de travail, auxquels on ajoutera le contrat de fiducie.

### a) Le bail à usage professionnel

**438.** L'ouverture de la procédure collective n'entraîne pas, de plein droit, la résiliation du bail des immeubles affectés à l'activité professionnelle du débiteur, dispose l'article 97, AUPC. Le texte ajoute que toute stipulation contraire est réputée non écrite; ce qui suggère une possible transposition des solutions précédemment dégagées, c'est-à-dire, selon les modalités de l'article 107, sauf que dans le cas du contrat de bail, ce n'est pas au seul syndic qu'il revient d'en exiger la poursuite, comme le prévoit l'article 108, AUPC. L'alinéa 2 de l'article 97 dispose, en effet, que le syndic, dans le cadre d'une liquidation des biens, ou le débiteur assisté du syndic, s'il s'agit d'une procédure de redressement judiciaire, peut continuer le bail ou le céder aux conditions éventuellement prévues au contrat conclu avec le bailleur et avec tous les droits et obligations qui s'y attachent. Cela veut dire qu'en matière de règlement préventif où le débiteur n'est ni dessaisi ni assisté, le chef de l'entreprise a seul un droit d'option. S'il poursuit le bail, il doit verser les loyers dus au bailleur à l'échéance et respecter le contrat initial. S'il ne manifeste pas, de façon expresse, son intention de poursuivre, ou laisse s'écouler le délai de trente jour<sup>954</sup>, le bailleur devient créancier de la masse et peut éventuellement réclamer des dommages-intérêts outre la résiliation du contrat. Cette résiliation peut être source de difficultés.

**439.** En effet, la résiliation du bail obéit à un régime spécifique. Et dans ce domaine, l'on doit saluer la clairvoyance du législateur OHADA qui, dès 1998<sup>955</sup>, a dégagé clairement les conditions et modalités de résiliation, selon que le bailleur se prévaut de causes de résiliation

---

<sup>954</sup> BRAUT (PH), *La résiliation du bail dans le cadre du redressement et de la liquidation judiciaires (loi du 25 janvier 1985 modifiée par la loi du 10 juin 1994)*, Gaz. Pal. 1995, p. 1; MONSERIE (M.-H.), *La continuation du contrat de bail*, colloque Nice, avril 1996, Les Petites affiches 1996, n° 82, p. 15; SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La résiliation du bail commercial*, colloque Nice, op. cit., p. 22; LEVY (L), *Le redressement et la liquidation judiciaires du preneur*, AJPI 1994, p. 726; MARTIN (R), *La loi du 10 juin 1994 sur la faillite et le contrat de bail*, Ann. Loyers 1994, p. 1; MONEGER (J), *Baux commerciaux et réforme du droit des entreprises en difficulté*, JCP E 1995, p. 438.

<sup>955</sup> C'est le 10 avril 1998 qu'a été adopté l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (J.O. OHADA n° 7, du 1<sup>er</sup> juill. 1998, p. 1 et s.).

antérieures ou postérieures au jugement d'ouverture. En droit français<sup>956</sup>, notamment, le régime de la résiliation du bail à usage professionnel semble n'avoir été nettement précisé qu'à partir de l'ordonnance du 18 décembre 2008<sup>957</sup>, qui a partiellement réécrit les textes régissant

---

<sup>956</sup> V. DERRIDA (F), GODÉ (P) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires...*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 402 et s. Avant 2005, le bail des locaux affectés à l'activité de l'entreprise, du fait de son importance pour le sauvetage de l'entreprise, tout en étant soumis en principe au régime d'ensemble résultant de l'art. 37 de la loi du 25 jan. 1985, connaît des solutions particulières résultant des art. 38 et 39 de cette loi, qui sont sensiblement différentes de celle qu'avait posées par la loi du 13 juill. 1967 à son art. 52. La poursuite du bail n'était admise que si une résiliation définitive n'est pas acquise avant le jugement d'ouverture de la procédure (Com. 19 déc. 1989, Bull. civ. IV, p. 215, n° 320; D. 1990, 450, 1<sup>ère</sup> espèce, et Les Petites Affiches, 1<sup>er</sup> oct. 1990, p. 31, notes F. DERRIDA; JCP E, 1990, II, 15832, n° 16, obs. CABRILLAC, et 15930, n° 52-1, obs. MONEGER; Civ. 3<sup>ème</sup>, 21 févr. 1990, D. 1990, IR, 73; Versailles, 15 nov. 1989, Defrénois 1990, 731, note BIHR; Paris, 22 févr. 1990, Gaz. Pal. 16 déc. 1990, Flash, p. 21; Com. 27 oct. 1998, RJDA 12/98, n° 1378, p. 1033; 2 avr. 1996, RJDA 8-9/96, n° 1108; v. aussi PH. DELEBECQUE, *Le contrat de location d'immeubles à usage commercial ou d'habitation et le redressement ou la liquidation judiciaire*, Rev. proc. coll. 1989, n° 3, p. 281). Cependant, l'art. 25 du décret du 30 sept. 1953, modifié par la loi n° 89-1008 du 31 déc. 1989 (art. 7, § I-III), et devenu art. L. 145-41, C. com., subordonne l'application de la clause résolutoire de plein droit figurant dans le bail à la signification d'un commandement demeuré infructueux pendant un mois, la réalisation et les effets de la clause de résiliation pouvant être suspendus par l'octroi de délais en référé, "*lorsque la résiliation n'est pas prononcée ou constatée par une décision de justice passée en force de chose jugée*" (al. 2, art. L. 145-41). Dans son ensemble, la jurisprudence considérait que, tant qu'une telle décision n'était pas intervenue, l'art. 38 avait vocation à s'appliquer (Grenoble, 15 oct. 1986 et 16 janv. 1987, RJ com. 1987, p. 180, note GALLET; Paris, 12 févr. 1988, Rev. proc. coll. 1988, p. 181, n° 1, obs. J. MESTRE et PH. DELEBECQUE; Paris, 30 nov. 1988, D. 1989, IR, 23; JCP E, 1989, II, 15478, n° 17, obs. CABRILLAC, Paris, 20 janv. 1989, D. 1989, IR, 71; Versailles, 17 mars 1989, Defrénois 1990, p. 1061, note BIHR; v. aussi Paris, 25 janv. 1989, Gaz. pal. 1989, 2, somm. 509, selon qui, pour être "définitive", la décision devait, avant le jugement de redressement judiciaire, avoir été signifiée aux créanciers inscrits sur le fonds de commerce; Com. 12 juin 1990, D. 1990, 450, 2<sup>ème</sup> esp., note F. DERRIDA, où le bailleur avait obtenu du juge des référés, avant le jugement de redressement judiciaire, une décision constatant la résiliation du bail, mais le débiteur et l'administrateur avaient interjeté appel après le jugement d'ouverture. La cour avait admis la poursuite du bail, en estimant qu'à la date du jugement de redressement judiciaire, la décision se prononçant sur la demande du bailleur tendant à constater la résiliation n'était pas encore passée en force de chose jugée, de sorte que l'action tendant à cette constatation ne pouvait plus être poursuivie en vertu de l'art. 47, al. 1<sup>er</sup> de la loi. V. aussi, Civ. 3<sup>ème</sup>, 9 janv. 1991, JCP 1991, II, 21799, note LEVY; 26 juin 1991, RTD com. 1991, 659, obs. Y. CHAPUT. En conséquence, lorsque la résiliation du bail a été constatée ou prononcée par une décision passée en force de chose jugée avant le jugement d'ouverture, l'art. 38 ne s'applique pas; le débiteur peut être expulsé, l'expulsion ne s'analysant pas en une voie d'exécution interdite par l'art. 47, al. 2, mais sur la personne du débiteur (Com. 17 oct. 1989, JCP E 1990, n° 2, p. 25, note M. C.; 12 févr. 1991, D. 1991, IR, 68). En revanche, *tant qu'une décision passée en force de chose jugée avant le jugement d'ouverture n'en aura pas constaté ou prononcé la résiliation, le bail ne peut plus être résilié pour défaut de paiement des loyers antérieurs, car il constitue un contrat en cours; l'administrateur ou, dans la procédure simplifiée sans administrateur, le débiteur autorisé par le juge-commissaire, ou le liquidateur, peuvent exercer à son sujet l'option de l'art. 37; le silence pendant plus d'un mois après mise en demeure vaut refus de continuer le bail, sauf option implicite en faveur de la continuation par la conservation des clefs* (Paris, 14<sup>ème</sup> ch. B, 14 janv. 1988, Ayache, ès qualité c/ Soc. Locabanque).

<sup>957</sup> La loi du 26 juillet 2005 avait conservé les solutions admises sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, de sorte que le rôle de la mise en demeure, retenu par la jurisprudence avant 2005 divisait la doctrine, en matière de sauvegarde (Com. 16 mai 2006, n° 04-18578, Gaz. proc. coll. 18 juill. 2006, obs. DUMONT; Rev. proc. coll. 2006, p. 266, obs. PH. ROUSSEL GALLE; 28 oct. 2008; n° 07-17.662, BRDA 24/08, n° 9; 3 juill. 2007, n° 05-21.030, Rev. proc. coll., juill. 2008, p. 53, n° 131, obs. O. STAES). Le risque était, en effet, grand, surtout en l'absence d'administrateur, de voir un bail résilié "*par surprise ou ignorance du danger, le débiteur omettant de répondre à la mise en demeure du bailleur*". L'ord. 2008 clarifie la question, dans le sens le plus protecteur pour le débiteur (PEROCHON F. et BONHOMME R., *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 302), en sorte que, selon une formule, "*le bail se continue dans les termes de l'article L. 622-13 et il se résilie dans ceux de l'article L. 622-14*" (KENDERIAN F., *Le bail des locaux professionnels dans les procédures collectives après l'ordonnance du 18 décembre 2008*, Gaz. proc. coll. 6/7 mars 2009, p. 31, n° 11), qui excluent la résiliation pour défaut de réponse.

les baux des immeubles affectés à l'activité de l'entreprise du débiteur<sup>958</sup>, afin, ainsi que l'indique le rapport au Président de la République, de « *dissiper les ambiguïtés concernant la combinaison de ces règles avec celles applicables aux autres contrats en cours* »<sup>959</sup>. Il est clair désormais – et c'est ce qui posait problème – que la mise en demeure ne joue plus aucun rôle dans la résiliation du bail des immeubles affectés à l'activité, celle-ci n'intervenant qu'au « *jour où le bailleur est informé de la décision de l'administrateur de ne pas continuer le bail* »<sup>960</sup>. Ainsi, l'administrateur ou le débiteur, après avis conforme du mandataire judiciaire<sup>961</sup>, décide de continuer ou non le bail sans subir la moindre pression du bailleur<sup>962</sup>, une résiliation à la demande de celui-ci ne pouvant avoir lieu que pour des motifs postérieurs au jugement d'ouverture et qu'au terme d'un délai de trois mois à compter dudit jugement<sup>963</sup>. Ce qui confère au débiteur une maîtrise totale du contrat, sauf à s'exposer à la possibilité d'une condamnation à des dommages-intérêts pour inexécution<sup>964</sup>, au profit du cocontractant.

**440.** En droit OHADA, l'article 97, AUPC, qui pose le principe de la continuation du bail des immeubles affectés à l'activité du débiteur, prévoit en son alinéa 3, la possibilité de la résiliation sur simple congé formulé par acte extrajudiciaire par le syndic, en cas de liquidation des biens ou le débiteur, assisté du syndic en cas de redressement judiciaire, lorsque celui-ci décide de ne pas poursuivre le bail. La résiliation prend, dans ce cas, effet à l'expiration du délai de préavis notifié dans cet acte, qui ne saurait être inférieur à trente jours. C'est dire qu'en matière de règlement préventif, le chef d'entreprise peut à tout moment décider « *de ne pas poursuivre le bail* » et résilier, de façon unilatérale, le contrat<sup>965</sup>. Toutefois, à l'opposé du droit français où la résiliation intervient « *au jour où le bailleur est informé de la décision* » du débiteur, donc sans aucun préavis, la résiliation en droit uniforme prend effet après un délai de préavis d'au moins trente jours. Ce qui est de nature à assurer

<sup>958</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 302.

<sup>959</sup> V. ROUSSEL GALLE (PH), *Les "nouveaux" régimes des contrats en cours et du bail*, Rev. proc. coll., 2009, n° 1, p. 55; KENDERIAN (F), *Le bail des locaux professionnels dans les procédures collectives après l'ordonnance du 18 décembre 2008*, op. cit., p. 31.

<sup>960</sup> Article L. 622-14-1°, C. com.

<sup>961</sup> Articles L. 627-2 et R. 627-1, al. 5, C. com.

<sup>962</sup> KENDERIAN (F), *Le bail des locaux professionnels dans les procédures collectives après l'ordonnance du 18 décembre 2008*, op. cit., n° 11 et 14.

<sup>963</sup> Article L. 622-14-2°, C. com.

<sup>964</sup> Article L. 622-14-1°, C. com.

<sup>965</sup> La décision du chef d'entreprise de ne pas poursuivre le bail peut être envisagée comme l'une des mesures destinées au redressement de l'entreprise. En effet, les difficultés de l'entreprise commerciale peuvent être dues à une localisation géographique inappropriée, en ce qui concerne notamment les entreprises de prestations de services ou de ventes; c'est le cas lorsque la situation géographique des lieux de vente ou de prestation de services ne favorise pas un accès facile pour la clientèle. Dans ce cas, un changement de lieu de vente peut s'avérer indispensable au sauvetage de l'activité, d'où la nécessité d'une résiliation du bail.

l'égalité entre le bailleur et le débiteur, parties au contrat de bail<sup>966</sup>, opinion que semble confirmer la possibilité d'une résiliation à l'initiative du bailleur.

- 441.** Aux termes de l'article 97, al. 3, AUPC, « *le bailleur qui entend demander ou faire constater la résiliation pour des causes antérieures à la décision d'ouverture, doit, s'il ne l'a déjà fait, introduire sa demande dans le mois suivant la deuxième insertion au journal d'annonces légales prévue par l'article 36 ... ou l'insertion au Journal Officiel prévue par l'article 37 alinéa 3* ». Certes, ce texte exclut toute mise en demeure du débiteur par le bailleur, mais autorise ce dernier à demander la résiliation ou à faire constater celle-ci, soit avant l'homologation du concordat préventif, en cas de résiliation fondée sur une cause antérieure autre qu'un défaut de paiement<sup>967</sup>, soit après la publication au journal officiel de la décision d'homologation, dans le cas de résiliation fondée sur toute cause antérieure, y compris le défaut de paiement, lorsque la créance du bailleur n'est pas visée au concordat. L'obligation faite au bailleur d'introduire sa demande dans le mois suivant la deuxième insertion au journal d'annonces légales ou l'insertion au Journal Officiel, c'est-à-dire la publicité faite d'office par le greffier, doit s'analyser en une condition extinctive, l'empêchant d'agir au-delà de ce délai. Il devrait en être ainsi, afin d'assurer la sécurité et la stabilité du concordat homologué en vue du redressement de l'entreprise, qui ne devrait souffrir d'aucune perturbation.
- 442.** S'agissant de la résiliation fondée sur des motifs postérieurs, le défaut de paiement des loyers et charges afférents à une occupation postérieure au jugement d'ouverture n'entraîne pas la résiliation de plein droit du bail, et l'action du bailleur à fins de résiliation n'est recevable qu'après un délai de quinze jours à dater de la connaissance par lui de la cause de résiliation. Celle-ci est prononcée lorsque les garanties offertes sont jugées insuffisantes par la juridiction compétente pour garantir le privilège du bailleur<sup>968</sup>.

---

<sup>966</sup> V. KENDERIAN (F), *Le bail des locaux professionnels dans les procédures collectives après l'ordonnance du 18 décembre 2008*, op. cit., n° 19, qui estime à propos de la résiliation du bail issue de l'ordonnance de 2008, que l'égalité est rompue au détriment du bailleur, privé de la mise en demeure.

<sup>967</sup> La décision de suspension des poursuites prévue par l'article 8, AUPC, interdit toutes les poursuites individuelles tendant à obtenir paiement des créances nées antérieurement à ladite décision, y compris celles relatives au bail de l'immeuble affecté à l'activité de l'entreprise; encore faut-il que ces créances aient été désignées par le débiteur dans sa requête en règlement préventif. Dès lors, en cas d'omission par le débiteur des créances relatives au bail, rien ne devrait empêcher le bailleur de poursuivre leur recouvrement, même pendant la période de suspension des poursuites.

<sup>968</sup> Article 97, al. 4, AUPC.

## b) Les contrats de travail

**443.** Le maintien des contrats de travail fait en général partie des objectifs des procédures collectives, de sorte qu'en cas de redressement judiciaire ou de règlement préventif, ces contrats échappent à l'option du syndic ou du débiteur et se poursuivent sans manifestation de volonté de sa part, sauf les licenciements pour motif économique, qui selon l'article 7, AUPC, doivent intervenir dans les conditions prévues par les dispositions du droit du travail. Ainsi, le débiteur bénéficiaire du concordat étant toujours l'employeur, les licenciements sont soumis au régime de droit commun.

## c) Le contrat de fiducie

**444.** L'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des procédures collectives d'apurement du passif ne prévoit aucune disposition sur le sort du contrat de fiducie en cas d'ouverture d'une procédure collective. Toutefois, le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés<sup>969</sup>, consacre ses articles 87 à 91 à la fiducie à fins de sûreté qui, selon les termes de la loi nouvelle, ne consiste jamais qu'à un transfert de fonds à titre de garantie<sup>970</sup>, contrairement au droit français<sup>971</sup>. Le législateur OHADA des sûretés s'est ainsi, sans doute, voulu innovant, mais résolument prudent, à l'instar de son homologue français qui, selon le Professeur Dupichot<sup>972</sup>, façonne, « *par touches successives, ...un ouvrage fiduciaire* », qu'il n'hésite pas à remettre « *sur le métier* », chaque fois qu'il le juge nécessaire. C'est ainsi que depuis

---

<sup>969</sup> Adopté le 15 déc. 2010; v. J.O.OHADA, n° 22 du 15 fév. 2011. L'Acte uniforme n'a pas, en effet, prévu à l'origine la fiducie; l'évolution s'est faite, sans doute, dans le sillage du droit français, qui n'a intégré la fiducie dans son système juridique qu'en 2007 (Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie; art. 2011, C. civ.). V. DUPICHOT (PH), *Opération fiducie sur le sol français*, JCP éd. G 2007, I, 121 et les références citées.

<sup>970</sup> V. Article 87, al. 1, AUS, aux termes duquel, "le transfert fiduciaire d'une somme d'argent est la convention par laquelle un constituant cède des fonds en garantie de l'exécution d'une obligation". Selon l'alinéa 2, "Ces fonds doivent être inscrits sur un compte bloqué, ouvert au nom du créancier de cette obligation, dans les livres d'un établissement de crédit", appelé "agent des sûretés" (art. 5, AUS), seul "habilité à les recevoir".

<sup>971</sup> V. art. 2011, C. civ.: "La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfère des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires."

<sup>972</sup> DUPICHOT (PH), *La fiducie-sûreté en pleine lumière (à propos de l'ordonnance 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie)*, JCP éd. G 2009, I, 132, n° 16 et s., spéc., n° 1 et 16, selon qui, "tortue plus que lièvre, le législateur pratique en matière de fiducie la politique des petits pas" en faisant "sienne la doctrine de Boileau : "Hâtez-vous lentement; et, sans perdre courage, Vingt fois sur le métier remettez votre ouvrage". Cette "stratégie", "qui consiste à faire tomber progressivement les obstacles dressés à l'essor de la fiducie" est ainsi passée successivement par les lois n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie et n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, des ordonnances du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté puis du 30 janvier 2009.

l'ordonnance du 18 décembre 2008<sup>973</sup>, les contrats de fiducie ne sont pas concernés par le principe de la continuation des contrats qui ne les affecte pas, l'objectif étant d'assurer leur efficacité<sup>974</sup>. L'aliénation fiduciaire n'est pas remise en cause, sauf si la convention conclue laisse au débiteur l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés dans le patrimoine fiduciaire, auquel cas, la continuation forcée peut être exigée<sup>975</sup>.

**445.** En droit OHADA, l'article 87, AUS, prévoit expressément que les fonds cédés par le constituant en garantie de l'exécution de l'obligation dont il est débiteur, « *doivent être inscrits sur un compte bloqué, ouvert au nom du créancier de cette obligation, dans les livres d'un établissement de crédit habilité à les recevoir* ». Il s'agit, donc – pour l'heure – d'une fiducie-sûreté avec dépossession, conférant une exclusivité totale au créancier sur le patrimoine fiduciaire. De plus, l'article 91 du nouveau texte, dispose clairement qu'en cas de défaillance du constituant-débiteur et huit jours après qu'il en ait été dûment averti, le créancier peut se faire remettre les fonds cédés dans la limite du montant des créances garanties demeurant impayées. Le texte précise, en outre, que toute clause contraire est réputée non écrite. Une telle exclusivité conférée au créancier sur le patrimoine fiduciaire est de nature à pouvoir « *invinciblement résister à la faillite du constituant* »<sup>976</sup>, le législateur semblant se soucier davantage de l'intérêt du créancier que du sort du constituant défaillant. Ce qui peut constituer un sérieux obstacle à l'efficacité du sauvetage de l'entreprise en difficulté, notamment lorsque les fonds cédés dans le patrimoine fiduciaire, donc *irrévocablement* attribués au créancier, se révèlent indispensables à la continuation de l'exploitation commerciale<sup>977</sup>. Une réforme tant des dispositions en matière de procédures collectives que celles de la nouvelle réforme du droit des sûretés s'avère donc utile, afin d'harmoniser ces deux textes, en vue d'une plus grande efficacité.

**446.** Le régime de la continuation des contrats en cours est, sans aucun doute, destiné à garantir l'efficacité de la sauvegarde de l'entreprise en difficulté. Cependant, le maintien des contrats en cours implique pour l'avenir la fourniture par le débiteur des prestations dues au cocontractant, les créances nées postérieurement à la décision de suspension des poursuites

---

<sup>973</sup> Article L. 622-13, VI, C. com.; CROCQ (P), *L'ordonnance du 18 déc. 2008 et le droit des sûretés*, Rev. proc. coll. 2008, p. 75, n° 34 et s.; DOM (J.-PH.), *Le sort de la fiducie en cas de procédure collective du débiteur est aménagé (ord. 18 déc. 2008)*, Act. proc. coll. 2009, comm. 17.

<sup>974</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 571.

<sup>975</sup> Articles L. 622-23-1; L. 624-16 et L. 626-30, C. com.

<sup>976</sup> DUPICHOT (PH), *La fiducie-sûreté en pleine lumière...*, op. cit., n° 15.

<sup>977</sup> LUCAS (F.-X.) et SÉNÉCHAL (M), *Fiducie ou sauvegarde, il faut choisir*, D. 2008, p. 29.

devant, en principe, être réglées à l'échéance. La poursuite de l'exploitation économique impose, en outre, le règlement du passif né antérieurement à la décision d'ouverture et gelé par l'effet de l'accord concordataire, qui doit également être envisagé suivant les modalités convenues au concordat.

## **B- Le caractère indispensable du règlement du passif**

**447.** La finalité des procédures collectives en droit OHADA est clairement précisée par le législateur: il s'agit de permettre l'apurement du passif de l'entreprise débitrice<sup>978</sup>. Ainsi, si le règlement préventif est destiné à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise, le concordat issu de cette procédure doit organiser le règlement du passif et le débiteur doit effectuer les distributions de dividendes qu'il prévoit<sup>979</sup>. Dans cette perspective, les créances sont inscrites au concordat et celui-ci doit prévoir le règlement de toutes les créances pour lesquelles le débiteur a sollicité et ou obtenu des délais ou des remises. Le concordat doit aussi prévoir le règlement des créances contestées, ainsi que l'admet la jurisprudence en droit français, en matière du plan de continuation<sup>980</sup>. Le règlement du passif se fera dès lors selon que la créance est désignée ou non dans le concordat.

### **1. Le paiement des créances désignées dans le concordat**

**448.** Le règlement des créances visées par le débiteur et incluses au concordat se fera selon les modalités prévues dans l'accord, c'est-à-dire, en fonction des remises et des délais consentis par les créanciers.

#### **a) Le paiement des créances en fonction des remises et délais consentis**

**449. Les remises consenties.** L'article 15-2, AUPC, pose le principe selon lequel la juridiction compétente homologue le concordat préventif « *en constatant les délais et remises consentis*

---

<sup>978</sup> Articles 1 et 2-1, AUPC.

<sup>979</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 910 (plan de sauvegarde).

<sup>980</sup> Le plan doit "prévoir le règlement de toutes les créances déclarées, même si elles sont contestées": Com. 6 janv. 1998, Bull. civ. IV, n° 8; D. aff. 1998, p. 205, obs. V. A. R.; Quot. Jur. 10 févr. 1998, p. 6, note P. M.; Rev. dr. banc. et fin. 1998, p. 72, obs. M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI; JCP E 1998, 653, obs. PH. PETEL; Dr. et patri. mai 1998, 115, obs. M.-H. MONSERIE (cassation de l'arrêt qui refuse de résoudre un plan de continuation au motif que le débiteur avait "exécuté l'unique obligation financière mise à sa charge par le plan... sans prendre en considération une créance admise pendant l'exécution du plan").



par les créanciers ». Les remises ont donc un caractère volontaire et le tribunal ne peut imposer une remise de dette à un créancier réfractaire<sup>981</sup>; il ne peut que *constater*, en d'autres termes, *donner acte*<sup>982</sup> des remises librement consenties par les créanciers. La remise de dettes doit donc être clairement consentie par le créancier, à défaut de quoi, elle ne peut lui être imposée<sup>983</sup>. En droit français, la jurisprudence considère que, malgré leur caractère volontaire, les remises font partie de l'aménagement légal et judiciaire du passif et ne peuvent être assimilés à une remise de dette conventionnelle. Elle en déduisait, sous l'empire du droit antérieur à 2005 que la caution ne peut s'en prévaloir<sup>984</sup>. C'est cette solution qu'a consacrée le législateur OHADA à l'article 18, al. 3, AUPC, aux termes duquel les cautions et coobligés du débiteur ne peuvent se prévaloir des délais et remises du concordat préventif, alors qu'elle est abandonnée par la loi de sauvegarde en ce qui concerne les personnes physiques, mais maintenue pour les personnes morales<sup>985</sup>.

**450. Délais de paiement accordés.** Ces reports d'échéance ou de terme sont bien plus que la simple suspension, qui résultait de l'ordonnance de suspension des poursuites individuelles. Désormais, les créances ne sont plus exigibles au terme stipulé par le contrat qui leur a donné naissance, mais au terme fixé par le jugement homologuant le concordat préventif<sup>986</sup>. Certes, contrairement au droit français<sup>987</sup>, le juge en droit OHADA n'a pas le pouvoir de fixer la durée du concordat. Mais il peut refuser d'homologuer l'accord, si les délais consentis excèdent « *trois ans pour l'ensemble des créanciers* »<sup>988</sup>; il jouit ainsi d'un pouvoir de contrôle de la durée du concordat, qui ne devrait, en principe, dépasser trois ans, à compter de la date de l'homologation. Ce qui ne semble pas, toutefois, pouvoir empêcher un créancier,

---

<sup>981</sup> V. en ce sens, Douai, 4 juin 1987, Gaz. pal. 1987, 2, 691; Versailles, 5 janv. 1988, JCP E 1988, II, 15280 et JCP G 1988, n° 21002, obs. A. MARTIN-SERF; Rev. proc. coll. 1989, p. 178, n° 2, obs. B. SOINNE; Nancy, 10 juin 1987, Rev. proc. coll. 1988, p. 316, obs. B. SOINNE.

<sup>982</sup> Article L. 626-18, al. 1, C. com. : *"Le tribunal donne acte des délais et remises acceptés par les créanciers dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article L. 626-5 et à l'article L. 626-6. Ces délais et remises peuvent, le cas échéant, être réduits par le tribunal"*.

<sup>983</sup> Com. 29 mai 1990, Rev. proc. coll. 1991-1, p. 112, obs. PH. DELEBECQUE.

<sup>984</sup> Com. 28 mai 1991, RTD com. 1992, p. 690, obs. A. MARTIN-SERF; 17 mai 1994, n° 1197; 12 juill. 1994, n° 1689; 28 juin 1994, Rev. proc. coll. 1995, p. 121, obs. B. SOINNE; Paris, 22 févr. 1989, D. 1991, p. 12, obs. F. DERRIDA; Bordeaux, 5 avr. 1990, Rev. proc. coll. 1991, p. 306, obs. B. SOINNE. V. sur l'ensemble de la question, BOULLEZ (C), *La caution solidaire et le redressement judiciaire du débiteur principal: incidence des remises prévues au plan de continuation de l'entreprise*, Gaz. pal. 9/11 janv. 1994; SAINT-ALARY (B) et SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Le dirigeant caution*, Dr. et patri. mars 1996, p. 42; v. aussi obs. de KERKHOVE (E), Rev. proc. coll. 1995, p. 328.

<sup>985</sup> HOUIN-BRESSAND (C), *Cautions, garants et coobligés*, dossier 9, Rev. proc. coll., mai 2008, p. 77.

<sup>986</sup> BOULAY (J.-C.), *Réflexions sur la notion d'exigibilité de la créance*, RTD com. 1990, 349, n° 32.

<sup>987</sup> V. pour la durée du plan de sauvegarde, art. L. 626-12, C. com.: *"...La durée du plan est fixée par le tribunal. Elle ne peut excéder dix ans. Lorsque le débiteur est un agriculteur, elle ne peut excéder quinze ans."*

<sup>988</sup> Article 15-2, al. 2, AUPC.

désireux d'accorder un délai plus long à son débiteur, de le faire<sup>989</sup>, sans que ce délai puisse être réduit par le tribunal<sup>990</sup>.

**451.** De plus, le tribunal dispose, à l'égard des créanciers récalcitrants, le pouvoir d'imposer des délais uniformes de paiement pouvant aller jusqu'à deux ans, sous réserve que ces délais ne mettent pas en péril l'entreprise de ces créanciers<sup>991</sup>. Ce qui rappelle que même en règlement préventif, le principe est celui de l'égalité de traitement des créanciers. Le tribunal ne peut, à défaut d'accord du créancier, lui imposer des remises, réduire sa créance, ou même lui imposer des délais différenciés<sup>992</sup>; il ne peut que prévoir des délais uniformes de paiement<sup>993</sup>, ainsi que l'a rappelé à plusieurs reprises, la jurisprudence française<sup>994</sup>, lesquels délais peuvent être imposés, non seulement aux créanciers chirographaires, mais aussi aux créanciers hypothécaires, nantis ou privilégiés<sup>995</sup>, y compris le Trésor public et la Sécurité sociale<sup>996</sup>. Le tribunal ne peut non plus réduire les délais ou les remises consenties par les créanciers, en estimant, par exemple, que ceux-ci sont trop généreux<sup>997</sup>. Inversement, ne doit même pas être envisagée la pratique de certaines cours en droit français qui estiment équitable de sanctionner les créanciers récalcitrants, en leur imposant des délais de paiement plus long, au motif que la solution inverse conduit à les traiter mieux que les créanciers qui ont accepté des

---

<sup>989</sup> V. *supra*, n° 347 et s.; Tribunal régional hors classe de Dakar, 27 mars 2008, Ohadata J-10-106; T. com. Paris, 28 déc. 1995, Rev. proc. coll. 1996, 443, obs. B. SOINNE.

<sup>990</sup> Comp. art. L. 626-18, C. com.: les délais et remises acceptés par les créanciers "*peuvent, le cas échéant, être réduits par le tribunal*".

<sup>991</sup> Article 15-2, al. 3, AUPC.

<sup>992</sup> Com. 28 févr. 1995, Bull. civ. IV, n° 61, p. 58; 6 janv. 1998, Bull. Civ. IV, n° 8, p. 5; Article L. 626-18, C. com.; v. SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 916, selon qui, de nombreuses juridictions, se sont interrogées sur la possibilité d'accorder des délais différenciés selon que les créanciers consultés se sont montrés récalcitrants ou selon qu'ils ont, au contraire, donné leur accord aux délais proposés. Il est désormais admis que les créanciers ne peuvent se voir imposer des délais plus longs, l'art. L. 626-18, interdisant au tribunal, à défaut d'accord du créancier, de réduire sa créance et d'imposer des délais différenciés; et le juge-commissaire ne saurait refuser le droit aux intérêts de retard à un créancier qui n'aurait pas accepté les propositions de redressement présentées par le débiteur (Com. 2 févr. 1993, Bull. civ. IV, n° 36

<sup>993</sup> Douai, 22 janv. 1987, Gaz. Pal. 16 avr. 1987; Rev. proc. coll., 1987, n° 2, p. 47, note B. SOINNE; Pau, 24 févr. 1988, RJ com. 1988, 314, note GALLET; Versailles, 19 mai 1988, D. 1988, 572, concl. CHALLE.

<sup>994</sup> Nîmes, 22 févr. 1989, Rev. proc. coll. 1990, 154, n° 3, obs. P.-M. LE CORRE; Pau, 14 févr. 1988, JCP 1988, II, 15335, note M. CABRILLAC et D. VIVANT; RJ com. 1988, 314, obs. LYONNET; Rev. proc. coll. 1989, 178, note B. SOINNE; JCP E 1988, I, 15280, note A. MARTIN-SERF; Rev. proc. coll. 1989, 178, obs. B. SOINNE; Versailles, 3 mars 1988, D. 1988, IR, 102; JCP E 1988, II, 15209, 412, obs. M. CABRILLAC et D. VIVANT; Com. 28 mai 1991, JCP E 1991, I, 510, obs. M. CABRILLAC et PH. PETEL.

<sup>995</sup> En droit français, certains tribunaux ont pensé pouvoir soumettre les créances assorties de sûretés à des délais plus brefs que ceux des créances chirographaires (v. art. L. 626-18, anc. art. L. 621-76, C. com. et art. 74, L. 25 janv. 1985). Cette pratique est censurée par la plupart des cours d'appel (Versailles, 3 mars 1988, JCP E 1988, II, 15209, obs. M. CABRILLAC et D. VIVANT; 9 mai 1988, JCP E 1988, II, 15300; Pau, 24 févr. 1988, RJ com. 1988, 314, note LYONNET.

<sup>996</sup> GUYON (Y), *Droit des affaires*, t. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1266.

<sup>997</sup> V. cependant, anc. art. L. 621-76, C. com.

remises, car ils seront payés intégralement<sup>998</sup>. Cette analyse est, en effet, inappropriée, puisque, comme l'a observé un auteur, la loi ne comporte pas de trace d'un esprit de pénalisation des créanciers réfractaires<sup>999</sup>, le concordat préventif ayant un caractère contractuel; ces derniers ne peuvent se voir imposer que des délais uniformes, s'ils n'acceptent pas de réduction de leurs créances.

**452.** Toutefois, l'article 15-2, al. 1 dispose clairement que « *les délais et remises consentis par les créanciers peuvent être différents* ». Ce qui veut dire que le règlement de certaines créances peut durer plus longtemps que d'autres, prolongeant par la même occasion la durée du concordat. La disposition doit être approuvée, car tous les créanciers n'ont pas les mêmes besoins en matière de trésorerie et de financement<sup>1000</sup>, ou simplement la même capacité financière. En outre, l'article 18, al. 3, AUPC, prévoit que les cautions et coobligés du débiteur ne peuvent se prévaloir des délais et remises du concordat préventif<sup>1001</sup>; ce qui est de nature à inciter le créancier à accorder une remise, en fin de compte, sans conséquence pour lui<sup>1002</sup>.

---

<sup>998</sup> Versailles, 19 mai 1988, D. 1988, 572, concl. CHALLE; Rev. proc. coll. 1989, p. 184 et s., n° 2, obs. B. SOINNE; JCP E 1988, n° 15300, obs. M. CABRILLAC et D. VIVANT

<sup>999</sup> SOINNE (B), obs. sous Versailles, 19 mai 1988, Rev. proc. coll. 1989, p. 184 et s., n° 2.

<sup>1000</sup> GUYON (Y), *Droit des affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1266.

<sup>1001</sup> Les remises de dettes présentent, en effet, un caractère judiciaire et elles ne bénéficient pas à la caution, même en droit français d'avant 2005. Les cautions et coobligés peuvent en conséquence être poursuivis dans les conditions de droit commun, c'est-à-dire dès que la créance est exigible selon les termes du contrat, et pour son montant intégral. Le garant qui a payé ne peut exercer ses recours contre le débiteur que selon les conditions prévues au concordat. La caution pouvait cependant se prévaloir de ses moyens de défense traditionnels pour ne pas payer et, notamment, de l'ancien article 2037, C. civ. Il en est ainsi, lorsque le créancier n'a pas fait appel d'un plan lui imposant une remise de dette (Com. 16 avr. 1991, Juris-Data n° 001198). Mais, la caution, ne pouvait reprocher au créancier d'avoir accepté une remise partielle de dette (Com. 22 oct. 1996, Juris-Data n° 003953). Ces solutions sont toujours applicables au redressement judiciaire; v. SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 914.

<sup>1002</sup> L'art. L. 621-65, C. com. issu de la loi du 25 janvier 1985 prévoit que les délais ne profitent pas aux cautions solidaires, laissant dans le doute le cas des cautions simples, compte tenu du caractère accessoire de l'engagement qu'ils ont contracté. V. GUYON (Y), *Droit des affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1265; Com. 28 mai 1991, Bull. civ. IV, n° 179, p. 128; RTD com. 1992, 690, note A. MARTIN-SERF; 17 nov. 1992, D. 1993, 41, note D. VIDAL; JCP 1993, p. 183, obs. M. C.; 17 mai 1994, Bull. civ. IV, n° 177, p. 141; S. FREMEAUX, *Remises de dettes et plans de règlement*, Les Petites Affiches 19 déc. 1997, p. 4; E. NSIE, *Les remises de dettes consenties au débiteur en difficulté*, Rev. proc. coll. 1998, p. 138. Cependant, la jurisprudence antérieure à la loi de 1985 admettaient que ces délais ne devraient pas bénéficier même aux cautions simples (Com. 26 juin 1963, D. 1963, 581, note RODIERE). Depuis la loi du 26 juillet 2005, les personnes physiques coobligés ou ayant fourni au débiteur une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des remises et des délais (art. L. 626-11, al. 2, C. com.); v. à propos de la nouvelle disposition, C. HOUIN-BRESSAN, *Cautions, garants et coobligés*, dossier 9, Rev. proc. coll., mai 2008, p. 77; CHR. LEGUEVAQUES, *La loi de sauvegarde et les cautions: au bonheur des cautions?* Rev. dr. banc. fin., janv.-févr. 2006, p. 72 et Rev. proc. coll. 2005, p. 296; E. LACASSAGNE, *Les cautions à l'épreuve de la loi de sauvegarde: cautionnera bien qui prévient le premier*, Les Petites Affiches, n° spéc. 2006: La loi de sauvegarde, regards croisés de praticiens du droit des entreprises en difficulté, p. 50; O. SALVAT, *La situation des garants*, Rev. proc. coll., juin 2006, p. 147.

## b) Modalités de paiement et recouvrement des dividendes

**453. Modalités de paiement.** Le législateur ne précise pas la manière dont s'effectuera le paiement des dividendes concordataires auxquels s'est engagé le débiteur vis-à-vis de ses créanciers. Il ne fait aucun doute que le tribunal n'a pas le pouvoir de définir les modalités de paiement des dividendes<sup>1003</sup>. Les stipulations de l'accord étant librement arrêtées par les parties, c'est à celles-ci qu'il revient de préciser les modalités de paiement des diverses fractions du passif du débiteur à l'égard de ses créanciers. On peut estimer à cet égard que les paiements n'ont pas besoin de s'échelonner de manière égale pendant toute la durée du concordat, l'essentiel de l'effort pouvant être retardé jusqu'à la dernière année<sup>1004</sup>. Le concordat peut, par exemple, prévoir un règlement annuel, tout en exigeant du débiteur des provisions mensuelles<sup>1005</sup>. En France, le législateur a progressivement accru les contraintes pesant sur le versement des dividendes, afin de protéger les créanciers contre un report excessif des paiements sur la fin du plan. C'est ainsi que sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, l'article L. 621-76, al. 2, devenu en 2005, article L. 626-18, al. 4, C. com. énonce que « *le premier paiement ne peut intervenir au-delà d'un délai d'un an* », « *à compter du jour du jugement arrêtant le plan* »<sup>1006</sup>. La loi du 26 juillet 2005, modifiée par la loi n° 2010-1249 du 22 octobre, dite de Régulation bancaire et financière, ajoute que « *le montant de chacune des annuités prévues par le plan, à compter de la troisième, ne peut être inférieur à 5 % de chacune des créances admises* »<sup>1007</sup>, sauf dans le cas d'une exploitation agricole où le plan peut durer jusqu'à quinze ans, au lieu de la limite de dix ans prévue pour les autres cas<sup>1008</sup>.

**454.** En outre, contrairement à la législation antérieure, elle prévoit que « *sauf disposition législative contraire, ou si le plan n'en dispose autrement, les paiements prévus par le plan sont portables* »<sup>1009</sup>. Le tribunal ne peut donc plus les déclarer quérables<sup>1010</sup> et exiger que le créancier vienne réclamer le paiement des dividendes. Dans le même souci de protection, la Cour de cassation a considéré que le créancier, bien que n'ayant pas demandé ses dividendes

---

<sup>1003</sup> Comp. art. L. 626-21, al. 5, C. com.: "Le tribunal fixe les modalités de paiement des dividendes arrêtés par le plan..."

<sup>1004</sup> GUYON (Y), *Droit des affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1266.

<sup>1005</sup> Orléans, 23 nov. 2000, RJDA 4/01, n° 478, p. 43.

<sup>1006</sup> Art. R. 626-33, C. com.

<sup>1007</sup> Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010, art. 58-I-2°.

<sup>1008</sup> Article L. 626-12, C. com.; v. PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 361, pour qui l'exception accordée aux exploitations agricoles n'est pas au demeurant justifiée, puisque les 15 annuités devraient être en moyenne de 6,67 %.

<sup>1009</sup> Article L. 626-21, al. 4, C. com.

<sup>1010</sup> Anc. art. L. 621-79, al. 3, C. com.

pendant quatre ans, pouvait les réclamer, car « *la loi du 25 janvier 1985 ne prévoit aucune déchéance ou forclusion relative aux demandes tardives de paiement de dividendes échus, et que seules les règles de la prescription font obstacle à de telles demandes* »<sup>1011</sup>. Toutes ces solutions devraient être admises dans le cadre du paiement des dividendes du concordat préventif, afin d'accroître l'efficacité et l'intérêt du mécanisme.

**455. Recouvrement des dividendes.** La question se pose ensuite de savoir par quel moyen le créancier entre dans ses droits, c'est-à-dire, comment le créancier recouvre-t-il les différentes annuités arrêtées au concordat? La question n'ayant pas été envisagée par l'Acte uniforme, on peut penser que dans l'hypothèse d'un paiement portable, ce serait au débiteur lui-même de faire parvenir à chaque créancier, par le moyen indiqué à l'avance par ce dernier, le montant de chacune des annuités qui lui est dû, ce qui ne devrait pas empêcher le créancier de venir réclamer paiement, si à l'échéance, le débiteur ne s'exécute pas. Cette solution soulève, toutefois, le problème de l'attitude du créancier en cas d'inexécution de la part du débiteur. Aussi, devrait-on envisager la possibilité d'un paiement entre les mains du syndic dont le rôle, aux termes de l'article 20, AUPC, est de contrôler l'exécution du concordat préventif et de signaler immédiatement tout manquement à cet égard au juge-commissaire. Les sommes seraient ainsi payées entre les mains du syndic qui procéderait ensuite à leur répartition entre les divers créanciers<sup>1012</sup>.

**456.** Le paiement des créances peut également s'opérer par compensation<sup>1013</sup>, bien que l'Acte uniforme n'en ait pas expressément envisagé la possibilité. Le créancier peut, en effet,

---

<sup>1011</sup> Com. 22 octobre 1996, D. aff. 1997, n° 1, p. 27.

<sup>1012</sup> C'est la solution retenue en 2005 par le droit français, qui attribue le monopole du recouvrement des dividendes au commissaire à l'exécution du plan, afin de favoriser le bon contrôle de l'exécution du plan de sauvegarde: art. L. 626-21, al. 5, C. com.: "*Les dividendes sont payées entre les mains du commissaire à l'exécution du plan, qui procède à leur répartition.*" Toute personne qui effectue ou reçoit un paiement en violation des modalités prévues par le plan est passible de sanctions pénales (art. L. 654-8-2°, 3°). V. PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 360-1.

<sup>1013</sup> La question s'était posée en droit français de savoir si l'ouverture du redressement judiciaire (ou de la sauvegarde dans le droit actuel) empêche le jeu de la compensation entre une créance sur le débiteur et une dette envers lui. La compensation légale qui s'analyse en un double paiement automatique et forcé s'opère quant à elle de plein droit et ne nécessite pas l'intervention de la volonté des parties (art. 1290, C. civ.), encore faut-il que les créances soient certaines, liquides et exigibles avant le jugement d'ouverture (Com. 20 mars 2001, BRDA 7/01, n° 10, p. 7; JCP E 2002, 224, note M. KEITA: compensation entre le dépôt de garantie et des loyers impayés; 18 janv. 2000, RJDA 4/00, n° 471; 17 juill. 2001, JCP E 2002, 175, n° 5, obs. M. CABRILLAC; 8 janv. 2002, Act. proc. coll. 2002, comm. n° 59, obs. J.-CL. BOULAY: compensation entre un apport en société et une créance en compte courant; 29 nov. 1988, D. 1989, somm. p. 235, note J.-L. AUBERT; Paris, 3<sup>ème</sup> ch. A, 16 oct. 1990, Dict. perm. Difficultés des entreprises, Bull. n° 1983, p. 8272, qui estime qu'en pareil cas, le créancier n'a pas à déclarer sa créance; Montpellier, 2<sup>ème</sup> ch. 4 oct. 1990, Juris-Data n° 1055, pour qui le créancier n'a non plus à établir la connexité des créances, confirmé par Com. 22 mars 1994, n° 817, Dict. perm. Difficultés des entreprises, Bull. p. 7770). La question se pose, cependant, lorsque les conditions de la compensation (liquidité

opposer au débiteur dont la créance est exigible la compensation légale avec sa propre créance exigible de dividendes. Il est ainsi admis qu'une compensation peut s'opérer entre une créance antérieure et une dette postérieure au jugement d'ouverture<sup>1014</sup>. En matière d'apurement du passif dans le cadre d'une procédure de règlement préventif, la compensation doit être admise sans aucune restriction et sans exigence de connexité<sup>1015</sup>, d'autant plus qu'après l'homologation du concordat, le débiteur est redevenu *in bonis*<sup>1016</sup>.

---

et exigibilité de la dette) n'ont été remplies qu'après le jugement d'ouverture. En principe, aucune compensation ne peut plus s'opérer à partir du jugement qui ouvre la procédure. Peu importe la nature de la compensation, légale, conventionnelle ou judiciaire (Y. GUYON, *Droit des affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1365). Toutes sont frappées d'inefficacité parce qu'elles contreviennent au principe de l'égalité entre créanciers et à la règle qui interdit tout paiement d'une dette particulière dès le jugement d'ouverture (Civ. 22 oct. 1907, D.P., 1907, I, 508; Com. 14 mai 1996, D. 1996, 502, note LE DAUPHIN). Toutefois, la jurisprudence antérieure à 1985 admettait deux exceptions à l'interdiction de payer: la compensation pouvait s'opérer lorsque les créances et les dettes se trouvent inscrites dans un même compte, notamment, en matière de compte fonctionnant entre le banquier et son client. Le banquier a alors l'avantage de n'être tenu de produire que pour le solde débiteur définitif (R. BONHOMME, *Variations sur la compensation en compte*: Mél. M. CABRILLAC, 2000, p. 426). Lorsque le débiteur a plusieurs comptes, l'efficacité de cette garantie est renforcée par des lettres de fusion qui permettent de compenser le débit d'un compte par le crédit d'un autre (Y. GUYON, *Droit des affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1366). L'autre exception, plus discutée, est celle relative aux dettes connexes, admise dans un arrêt de principe (Com. 19 mars 1991, Rev. proc. coll. 1991-2, p. 211, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN; JCP E 1991, II, 174, obs. D. LEGEAIS; JCP G 1991, II, 21726, obs. J.-F. MONTREDON; JCP E 1991, 360, note M. C. et P. P.; Quot. jur. 22 juill. 1991, p. 7, note B. P.; D. 1991, p. 542, note DUBOC; RJDA 7/91, n° 638; Rev. dr. banc. fin. 1991, n° 624, p. 155, obs. M. J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI; D. 1991, IR, 115; RTD com. 1991, 454, obs. A. MARTIN-SERF; D. 1992, somm. p. 237, obs. F. DERRIDA), puis consacrée par la loi du 10 juin 1994 (anc. art. L. 621-24, C. com.) et retenue par l'actuel art. L. 622-7-I, C. com. : "*Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes*".

<sup>1014</sup> Com. 19 mars 1991, JCP 1991, II, 21726, note J.-F. MONTREDON; D. 1991, p. 542, note DUBOC; RJ com. 1992, 24, note M. PEDAMON; 2 mars 1993, JCP 1993, II, 22169, note J.-F. MONTREDON; 27 avr. 1993, D. 1993, 426, note M. PEDAMON; 23 nov. 1999, RJDA 2/00, n° 182; 7 mars 2006, n° 04-18128, Act. proc. coll. 24 avr. 2006, n° 76; BRDA 8/06, n° 10.

<sup>1015</sup> Cette exigence de connexité a d'ailleurs été toujours souplement appréciée (SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 645). Il a ainsi été jugé que le bailleur dont la créance de loyers antérieurs est échelonnée (sur dix ans), peut la compenser avec la dette exigible des travaux qu'il doit au preneur (Civ. 3<sup>ème</sup>, 13 févr. 2002, n° 00-19943, B. 37; Com. 24 oct. 1995, B. 252); ou qu'un actionnaire peut compenser le solde créditeur du compte qui lui a été ouvert par la société avec sa dette de libération des apports qu'il a souscrits mais non encore versés (Com. 8 janv. 2002, D. 2002, 485, note A. LIENHARD). En revanche, l'associé ne pourrait pas compenser sa dette de libération des apports souscrits avec une somme que la société lui doit en exécution d'un contrat sans rapport avec sa qualité d'associé (Com. 17 juill. 2001, D. 2001, 2515, note A. LIENHARD). La compensation s'opère dès la période d'observation, s'il y a connexité, c'est-à-dire si les deux obligations résultent de l'exécution d'un même contrat ou ont une même cause économique (J.-C. RANC, *La compensation pour dettes connexes dans les procédures collectives*, thèse, Paris II, 1996). La jurisprudence s'est ainsi progressivement montrée libérale, se contentant d'un lien souple entre les deux créances et se satisfaisant, notamment, de créances résultant d'un même contrat-cadre. À défaut d'obligations réciproques nées d'un même contrat, il suffit, en effet, pour la Cour de cassation, que des contrats, même distincts, puissent être rattachés à une même opération juridique globale pour que la compensation soit admissible (Com. 9 nov. 1983, RTD civ. 1983, 356, obs. PH. REMY; D. 1983, 466, obs. A. HONORAT). La cour exige par exemple que les créances et les dettes soient nées "*de ventes et achats conclus en exécution d'une convention ayant défini entre eux (vendeur et acquéreur) le cadre du développement de leurs relations d'affaires*", ou constituant les éléments d'un "*ensemble contractuel unique servant de cadre général à ces relations*" (Com. 5 avr. 1994, JCP G 1994, n° 3799, n° 20, obs. M. CABRILLAC et PH. PETEL; D. 1995, somm. comm. p. 215, obs. A. HONORAT; RJ com. 1995, n° 1422, obs. A. HONORAT; J.-M. CALENDINI, *La compensation des créances connexes dans le redressement judiciaire*, Banque et droit, mai-juin 1992, p. 76 et s.; A. CROSIO, *Réflexions sur la compensation légale et conventionnelle des créances*, Les Petites Affiches, 9 déc. 1996, n° 148, p. 7). Pour que les créances

**457.** Il convient de souligner que le concordat contenant le plan d'apurement du passif est opposable à tous les créanciers, même en cas de décès du débiteur<sup>1017</sup> qui en est bénéficiaire. En outre, des délais accordés trop libéralement pourraient inciter les débiteurs à recourir au tribunal afin d'alléger le poids de leur passif<sup>1018</sup>. Il faut donc souhaiter que les tribunaux soient sensibles à un impératif de moralité commerciale et n'acceptent l'homologation, donc la continuation, que si le débiteur fait des efforts sérieux<sup>1019</sup>. Certains créanciers, à l'instar des créanciers hors-concordat, échappent cependant à ce sort commun et bénéficient d'un paiement immédiat.

## 2. Le paiement des créanciers hors-concordat

**458.** Les stipulations du concordat homologué, ne s'appliquent qu'aux seuls créanciers qui y sont parties. En effet, conformément aux dispositions de l'article 18, al. 5, AUPC, le débiteur recouvre la liberté d'administration et de disposition de ses biens, dès que la décision de règlement préventif, est passée en force de chose jugée, en d'autres termes, dès que l'homologation du concordat préventif est devenue définitive. Pareillement, les créanciers

---

issues de contrats distincts soient connexes, il faut donc qu'elles résultent d'un accord entre les parties définissant le développement de leurs relations ultérieures. La convention "*constitue un contrat unique à exécution successive*" (Com. 15 mars 2005, Bull. civ. IV, n° 62). Mais la Cour exige que les contrats sources des créances soient "*économiquement liés*" (Civ. 3<sup>ème</sup>, 4 juin 2003, Les Petites Affiches 18 févr. 2004, n° 35, p. 5, obs. H. LECUYER et F.-X. LUCAS; Angers, 4 déc. 2007, Rev. proc. coll. juill. 2008, p. 48, n° 125, obs. CH. LEBEL). La connexité peut résulter de la stipulation d'une clause conventionnelle de compensation conclue antérieurement à la période suspecte (Com. 20 févr. 1996, RJDA 5/96, n° 700; 9 déc. 1997, RJDA 4/96, n° 471, p. 336; D. 1998, somm. p. 325, obs. A. HONORAT). La connexité peut ne pas avoir été délibérément provoquée (ce qui est le cas lorsqu'une vente de véhicules industriels dissimule une dation en paiement destinée à provoquer une compensation: Com. 13 févr. 2007, Lamy dr. com. 2007, n° 3377). La Cour de cassation a cependant refusé au Trésor public le droit de compenser une créance de TVA antérieure au redressement judiciaire et un crédit de TVA né postérieurement, car ces créances sont nécessairement nées d'opérations distinctes (Com. 19 janv. 1999, D. aff. 1999, n° 149, p. 296, obs. A. L.; Les Petites Affiches, 1999, n° 98, p. 4, obs. B. SOINNE; JCP E 1999, p. 813, obs. M. C.). La cour a également estimé que "*le caractère autonome de la garantie à première demande excluait la connexité*". De façon générale, la Cour considère que la compensation n'est pas possible si "*l'une des créances dérivait du contrat ayant uni les parties tandis que l'autre était dépourvue de fondement contractuel*" (Com. 18 sept. 2007, n° 06-16070, Rev. proc. coll. janv. 2008, p. 68, n° 5, obs. CH. LEBEL). V. sur l'ensemble de la question, SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 645 et les références citées.

<sup>1016</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 362-1.

<sup>1017</sup> Com. 4 janvier 2000, RTD com. 2001, p. 218, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN; Bull. Civ. IV, n° 4, p. 3; JCP E 27 avr. 2000, n° 17, obs. P. P.

<sup>1018</sup> GUYON (Y), *Droit des affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1266.

<sup>1019</sup> Le caractère sérieux des possibilités de redressement qu'offre le concordat est d'ailleurs l'une des conditions posées par l'article 15-2, AUPC pour l'homologation. Un certain nombre de décisions y ont fait référence, soit pour accorder l'homologation ou pour refuser au débiteur le bénéfice du règlement préventif: Tribunal de Première Instance de Libreville, Jugement, Répertoire n° 48/2002-2003 du 11 juillet 2003, Société AGROGABON; Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Jugement n° 1538 du 08/08/2000, Liquidation des biens des Nouvelles Brasseries Africaines; TGI, Ouagadougou, Jugement n° 20 du 29 janvier 2003.

recouvrent leur liberté de poursuites, l'homologation du concordat ayant notamment pour effet de mettre fin à la suspension des poursuites individuelles. La règle est donc à nouveau celle du « *prix de la course* », sauf pour les créanciers signataires auxquels l'homologation du concordat préventif rend celui-ci obligatoire « *dans les conditions de délais et de remises qu'ils ont consenties au débiteur* ». Ainsi, tous les créanciers antérieurs dont les créances n'ont pas été visées au concordat, ou auxquels la juridiction compétente n'a pas imposé les délais consentis au concordat, pourront être payés de l'intégralité de leurs créances, en tout moment de la procédure, et *a fortiori*, aussitôt après l'homologation de l'accord.

Il en est de même des créances postérieures au jugement d'ouverture ou à la décision de règlement préventif, qui sont soumises au droit commun: ils obtiendront un paiement immédiat, à l'échéance fixée par le contrat qui leur a donné naissance.

**459. Les créanciers de salaires.** Seront également payés immédiatement les créances salariales privilégiées et super-privilégiées. Elles devront être payées sans remises, ni délais<sup>1020</sup>, sauf si les créanciers de salaires, qui ne peuvent consentir aucune remise, ont personnellement consenti un délai, qui ne peut excéder un an<sup>1021</sup>.

**460. Le crédit-bailleur**<sup>1022</sup>. L'Acte uniforme ne prévoit pas expressément la situation du crédit-bailleur, en cas d'ouverture du règlement préventif, alors qu'il y a de fortes chances que dans l'exécution du concordat préventif, le débiteur y soit confronté. En droit français, le crédit-

---

<sup>1020</sup> La règle est générale, en droit français, pour les créances super-privilégiées et elle bénéficie à L'AGS lorsqu'elle réclame, par subrogation aux salariés désintéressés, le paiement des créances qu'elle a avancées, conformément aux dispositions de l'article L. 626-20, I, C. com. Les tribunaux considèrent, ainsi, que le plan imposant à l'AGS un règlement progressif de sa créance super-privilégiée (schématiquement, les salaires des soixante derniers jours de travail avant le jugement d'ouverture) est nul (Caen, 26 janv. 1989, Rev. proc. coll. 1990, p. 155, n° 3, obs. P.-M. LE CORRE); v. SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 921, qui rappelle qu'en sauvegarde, cette disposition n'a pas vocation à s'appliquer, puisque les créances antérieures à l'ouverture de la procédure ne sont pas garanties par l'AGS. En revanche, ce paiement ne peut être réclaté que par les seuls salariés impayés, lorsqu'il s'agit de créances simplement privilégiées (art. L. 3253-1, devenu L. 143-9, C. trav. fr. renvoyant aux art. 2331-4° et 2375-2°, C. civ.)

<sup>1021</sup> Article 15-2, AUPC.

<sup>1022</sup> Nom que la pratique donne au bailleur dans le crédit-bail mobilier (convention financière complexe à moyen terme en vertu de laquelle le bailleur ou crédit-bailleur – généralement une société spécialisée qui doit être une banque ou un établissement financier – met à la disposition d'une entreprise utilisatrice, le preneur ou crédit-preneur, moyennant le versement d'un loyer, des biens d'équipement ou du matériel d'outillage dont elle reste propriétaire et que le preneur, en fin de bail, peut soit restituer, soit racheter pour une valeur résiduelle fixée à l'origine, tenant compte des loyers versés, sous réserve d'un renouvellement du contrat); ou immobilier (convention financière de longue durée, en vertu de laquelle une société spécialisée, bailleur ou crédit-bailleur, met à la disposition d'un utilisateur, preneur ou crédit-preneur, moyennant un loyer, souvent indexé, un immeuble à usage professionnel, avec promesse unilatérale de vente à l'expiration du bail et suivant des modalités diverses: société civile créée entre l'entreprise de crédit-bail et l'utilisateur, avec pour ce dernier, faculté de rachat des parts de l'entreprise en fin de contrat). Le crédit-bail mobilier est parfois nommé leasing. V. CORNU (G) (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 283.



bailleur, soumis aux mêmes remises et délais que les autres créanciers antérieurs, notamment pour le paiement de ses créances antérieures, jouit d'un régime d'exception depuis la loi du 10 juin 1994. L'article L. 626-18, al. 7, C. com. prévoit, en effet, la possibilité pour lui d'être payé de l'intégralité de sa créance et d'échapper ainsi aux délais du plan, si, avant l'expiration des délais prévus par celui-ci, le débiteur lève l'option, c'est-à-dire, alors qu'il n'a pas encore payé la totalité de la dette antérieure. Car, en effet, selon ce texte, l'option « *ne peut être levée si, sous déduction des remises acceptées, l'intégralité des sommes dues en vertu du contrat n'a pas été réglée* ». L'article L. 626-18, al. 7 renvoie ainsi au contrat intervenu entre les parties: s'ils ont été déclarés et admis au passif, non seulement les loyers antérieurs, mais tous leurs accessoires, intérêts, pénalités, majorations de retard..., devront ainsi être payés, pour que le débiteur puisse lever l'option<sup>1023</sup>. S'il lève l'option d'achat à la date prévue par les parties<sup>1024</sup>, les délais prévus par le plan « *prennent fin* », précise le texte: toutes les créances antérieures du crédit-bailleur deviennent donc immédiatement exigibles.

**461.** Il s'agit là d'une solution dont la mise en œuvre en droit OHADA peut s'avérer très utile, non seulement en ce qu'elle constitue une véritable garantie pour l'organisme de crédit-bail, mais aussi en ce qu'elle est de nature à favoriser le développement de l'entrepreneuriat, grâce à la mise à disposition facilitée de biens d'équipement ou de matériels d'outillage par des crédit-bailleurs qui n'auraient plus ainsi à redouter le risque d'une perte de la propriété du bien donné à bail<sup>1025</sup>.

**462.** Au total, quoique l'Acte uniforme ait omis de préciser les modalités d'administration par le débiteur de son entreprise pendant la période d'exécution du concordat, notamment en ce qui concerne le règlement du passif objet du moratoire, on peut estimer que les conditions sont suffisamment réunies pour garantir l'efficacité de cette phase de la procédure. Tout dépend de la capacité et du sérieux du chef d'entreprise à redresser celle-ci et à la rendre de nouveau compétitive. Dans tous les cas, l'Acte uniforme prévoit des mécanismes devant permettre de faire face à la situation que créerait l'incapacité du débiteur, qui jouit de la liberté d'administration, à respecter ses engagements concordataires.

---

<sup>1023</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 369.

<sup>1024</sup> Ce qui suppose que le délai d'option retenu par le contrat soit antérieur à la dernière échéance prévue par le plan. V. PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 369, note 761.

<sup>1025</sup> L'avantage du paiement anticipé prévu par l'article L. 626-18, al. 7, C. com. est, en effet, la contrepartie de la perte de propriété du bien pour le crédit-bailleur à la suite de la levée d'option d'achat: v. JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 783.

## §.2 - L'encadrement de la liberté d'administration du débiteur

**463.** Le débiteur qui a pris l'initiative de demander un concordat de règlement préventif, n'est ni assisté ni dessaisi de l'administration de son entreprise pendant la phase d'exécution des dispositions concordataires. Il jouit, en effet, d'une totale liberté de gestion aussitôt après l'homologation du concordat. Toutefois, afin de garantir la bonne exécution du concordat, l'Acte uniforme prévoit la désignation par la juridiction compétente d'un certain nombre d'acteurs, dont le juge-commissaire (A) et certains organes de contrôle (B), chargés justement de veiller au respect de ses engagements par le débiteur rétabli aux commandes de ses affaires.

### A. Une liberté d'administration contrôlée par le juge-commissaire

Le juge commissaire est l'un des acteurs indispensables à la bonne administration de toute procédure collective. Il dispose, dans l'exécution du concordat préventif, d'une diversité d'attributions, dont il convient de traiter, avant d'analyser le régime des ordonnances qu'il est souvent amené à prendre dans l'exécution de sa mission.

#### 1. Le juge-commissaire dans l'exécution du concordat préventif

**464.** La désignation obligatoire d'un juge-commissaire constitue l'une des constantes de toutes les législations sur les procédures collectives<sup>1026</sup>, comme c'est le cas en droit français depuis le Code de commerce, où le juge-commissaire est spécialement « *chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence* »<sup>1027</sup>. En effet, la loi du 13 juillet 1967 avait considérablement étendu la mission et les pouvoirs du juge-commissaire<sup>1028</sup>, tandis que la loi du 25 janvier 1985 en a fait le personnage central dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires<sup>1029</sup>. Aussi, a-t-il pu être appelé le

<sup>1026</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, ...*, 5<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 973.

<sup>1027</sup> Article L. 621-9, anc. art. L. 621-12, C. com.

<sup>1028</sup> VERDOT, *La double fonction du juge-commissaire dans les procédures collectives*, JCP 1974, I, 2606.

<sup>1029</sup> PREVOST (M.-A.), *Le juge-commissaire*, in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz 1995, p. 117; VALLENS (J.-L.), *Le juge-commissaire dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires*, JCP E 1985, II, 14450; SOINNE (B), *Traité des procédures collectives*, 2<sup>ème</sup> éd., op cit., n° 284.

« *chef d'orchestre de la procédure* »<sup>1030</sup>, celle-ci requérant, en effet, sa présence quasi-constante<sup>1031</sup>.

**465.** En droit OHADA, l'article 16, al. 2, AUPC, prévoit la désignation obligatoire du juge-commissaire par la décision de la juridiction compétente homologuant le concordat préventif, sans préciser les fonctions de ce juge, si ce n'est qu'il doit recevoir les rapports du syndic chargé de contrôler l'exécution du concordat<sup>1032</sup>. Toutefois, de par la formulation du texte, on peut estimer que la désignation ainsi que la mission du juge-commissaire en matière de règlement préventif s'opéreront dans les mêmes conditions que dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire, sauf à tenir compte des nuances dues à la spécificité de chacune des procédures. Ainsi, aux termes de l'article 39, AUPC, reprenant presque mot pour mot le Code de commerce, le juge-commissaire, qui est placé sous l'autorité de la juridiction compétente<sup>1033</sup>, « *veille au déroulement rapide de la procédure et aux intérêts en présence* ». Il joue donc principalement le rôle d'intermédiaire entre le tribunal et les auxiliaires de justice spécialisés, tels que le syndic, et ne se borne pas à contrôler, mais prend de nombreuses initiatives qui relèvent tout autant de l'administration que de la juridiction<sup>1034</sup>, puisqu'il constitue à cet égard, une juridiction du premier degré<sup>1035</sup>.

**466.** Plus généralement, le juge-commissaire semble avoir compétence pour trancher toute difficulté, du moment que la loi n'a pas attribué compétence à un autre organe<sup>1036</sup>. Compte tenu de l'importance des fonctions qu'il exerce, le législateur aurait dû prévoir que la nomination de cet organe essentiel de la procédure, soit soumise au moins à une condition d'ancienneté, comme c'est le cas en droit français, notamment, où le juge-commissaire, lorsqu'il appartient à la juridiction consulaire, doit être désigné parmi les magistrats ayant au moins deux ans d'ancienneté<sup>1037</sup>. Ce qui aurait pour effet d'éviter, sinon de limiter tout abus de

---

<sup>1030</sup> DERRIDA (F), GODÉ (P) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires...*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 90.

<sup>1031</sup> VALLENS (J.-L.), *Le juge-commissaire dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires*, JCP E 1985, II, 14450.

<sup>1032</sup> Article 20, AUPC.

<sup>1033</sup> Formule de l'article 8 de la loi du 13 juillet 1967, que la loi de 1985 n'a pas reprise, non plus que celle de 2005, soulignant ainsi l'autonomie et l'importance de la fonction du juge-commissaire (VALLENS (J.-L.), *Le juge-commissaire dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires*, JCP E 1985, II, 14450; SOINNE (B), *Traité des procédures collectives*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 284).

<sup>1034</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1158.

<sup>1035</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 440.

<sup>1036</sup> Com. 8 déc. 1987, D. 1988, 53, note DERRIDA; JCP 1988, II, 20927, note M. JEANTIN; Rev. proc. coll. 1988, 177, note L. CADIET.

<sup>1037</sup> Art. L. 412-4, C. org. jud., ajouté par la loi du 16 juillet 1987.

sa part. Toutefois, le fait que la loi dispose expressément que le juge-commissaire « *est placé sous l'autorité de la juridiction compétente* » est sans doute de nature à répondre à cette inquiétude, le tribunal devant ainsi superviser les actes du juge-commissaire.

**467.** Ainsi, par analogie aux fonctions qu'il exerce en matière de redressement judiciaire, et plus particulièrement dans le cadre de la procédure de sauvegarde, le juge-commissaire devrait, dans l'exécution du concordat préventif, avoir pour mission de surveiller la gestion et l'activité du débiteur, d'accélérer la procédure, statuer sur les demandes de revendication<sup>1038</sup>, prescrire des mesures conservatoires et fixer la rémunération du débiteur, s'il est une personne physique<sup>1039</sup>, mener des investigations<sup>1040</sup>, le cas échéant, et autoriser les actes les plus graves, tels que les actes de disposition, les transactions, les compromis ou le paiement des créanciers gagistes ou rétenteurs<sup>1041</sup>, ainsi que les licenciements<sup>1042</sup>. Pour ce faire, il est doté d'un large pouvoir d'investigation pour recueillir tous les éléments d'information qu'il juge utiles. Il entend toutes les personnes intéressées à la procédure et le secret professionnel ne lui est pas opposable<sup>1043</sup>. Toutefois, en matière de règlement préventif, la nomination de contrôleurs ne relève pas des attributions du juge-commissaire, comme c'est le cas dans la procédure de redressement judiciaire<sup>1044</sup>.

**468.** En effet, alors que l'article 48, AUPC, donne pouvoir au juge-commissaire de nommer à toute époque de la procédure de redressement judiciaire, un à trois contrôleurs, choisis parmi les créanciers, l'article 16, AUPC, dispose que « *la juridiction compétente peut désigner ... des contrôleurs chargés de surveiller l'exécution du concordat préventif dans les mêmes conditions que celles prévues pour le concordat de redressement judiciaire* ». Ainsi, dans l'exécution du concordat préventif, c'est au tribunal lui-même qu'il appartient de nommer les

<sup>1038</sup> Civ. 2<sup>ème</sup>, 11 juin 1997, D. aff. 1997, p. 1122.

<sup>1039</sup> Art. L. 631-11, C. com.

<sup>1040</sup> Art. 39, al. 3, AUPC; Com. 15 mai 2000, Procédures, éd. J.-Cl., sept. 2003, n° 173.

<sup>1041</sup> Il devrait en être ainsi, notamment en cas de vente d'un bien grevé d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque: il peut s'agir de la cession d'une branche d'activité en application du concordat ou de la vente isolée d'un bien pendant l'exécution du concordat, que le débiteur peut effectuer librement, sauf inaliénabilité prévue par le concordat (Com. 21 févr. 2006, JCP E 2006, 1569, n° 3, obs. CABRILLAC; Gaz. proc. coll. 30 avril 2006, p. 32, obs. VOINOT). Car, en effet, en raison du crédit forcé imposé aux créanciers sur le long terme (P.-M. LE CORRE, *chron. Lamy dr. aff.*, mai 2003, p. 14), "il serait choquant que le débiteur puisse librement disposer d'un bien et de son prix de vente, au risque de la dilapider, tout en continuant à profiter des délais de grâce accordés par ses créanciers ou imposés à ces derniers par le tribunal" (M. SÉNÉCHAL, *chron. Les Petites Affiches*, 12 mai 2004, p. 4, n° 7 et s., spéc. n° 8). V. sur la question des pouvoirs du juge-commissaire en cas de vente d'un bien grevé, SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation*, Rev. proc. coll. 1990, p. 1, n° 1.

<sup>1042</sup> Soc. 3 mars 1998, JCP E 1998, n° 14, p. 543: licenciement irrégulier.

<sup>1043</sup> Article 39, al. 3, AUPC.

<sup>1044</sup> Article 48, AUPC; comp. article L. 621-10, C. com.

contrôleurs, sans doute pour éviter que le juge-commissaire n'exerce « *une véritable magistrature économique* »<sup>1045</sup> dans une procédure que l'on souhaite rapide et brève. Mais, malgré cette "amputation" la compétence du juge-commissaire n'en demeure pas moins étendue, notamment en droit français où il joue un rôle prééminent, consolidé aussi bien par la loi que par la jurisprudence. La Cour de cassation l'a, ainsi, jugé exclusivement compétent pour connaître de la continuation des contrats en cours<sup>1046</sup>, au motif très général qu'il est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et au respect des intérêts en présence. Une compétence exclusive lui est également attribuée en matière de revendication<sup>1047</sup> ou encore en cas de contestation des créances postérieures<sup>1048</sup>. Et ses décisions sont prises par voie d'ordonnance<sup>1049</sup>.

## 2. L'étendue des pouvoirs du juge-commissaire dans l'exécution du concordat préventif

**469.** Le juge-commissaire bénéficie d'une compétence de principe dans l'exercice de sa mission et se présente, non seulement comme une juridiction statuant en premier ressort, mais également « *comme une juridiction à part entière* »<sup>1050</sup>. Il statue par ordonnance<sup>1051</sup> sur les demandes et revendications relevant de sa compétence, ce qui devrait contribuer à l'accélération voulue de la procédure<sup>1052</sup>. Il statue également sur les réclamations et contestations formulées à l'encontre des actes du débiteur et des opérations du syndic. La procédure, devant lui, est orale, les prétentions des parties pouvant être formulées au cours de l'audience<sup>1053</sup>. Ses ordonnances ont un caractère juridictionnel et sont soumises à publicité: elles sont déposées, sans délai, au greffe et notifiées par les soins du greffier, par lettre recommandée ou tout moyen laissant trace écrite, à toutes personnes à qui elles sont susceptibles de faire grief<sup>1054</sup>.

<sup>1045</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 440, p. 261.

<sup>1046</sup> V. par ex. Com. 8 déc. 1987, D. 1988, 53, obs. F. DERRIDA.

<sup>1047</sup> Com. 9 juill. 1991, RJDA 9/91, n° 746.

<sup>1048</sup> T. com. Nanterre, 28 juin 1988, Rev. proc. coll. 1990, p. 239, n° 3, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN; Com. 5 déc. 2006, Rev. proc. coll. 2007, p. 44, obs. C. LEBEL.

<sup>1049</sup> Nom donné à certaines décisions émanant d'un juge unique (président de juridiction, juge d'instruction, juge de la mise en état) qui peut revêtir soit un caractère juridictionnel, contentieux (ordonnance de référé) ou gracieux (certaines ordonnances sur requête), soit le caractère d'une mesure d'administration judiciaire (ordonnance de renvoi, de soit-communicé) et dont l'objet peut être très divers: ordonnance de clôture, ordonnance d'envoi en possession du légataire universel, ordonnance de non-conciliation en matière de divorce, etc. V. CORNU (G) (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 710.

<sup>1050</sup> DERRIDA (F), note, D. 1994, 510, n° 8.

<sup>1051</sup> VALLENS (J.-L.), *Qu'est-ce qu'une ordonnance?*, obs. sous Com. 7 mars 2006, RTD com. 2006, 483.

<sup>1052</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 207.

<sup>1053</sup> Com. 31 janvier 1995, RJDA 5/95, n° 640. Il en résulte que les prétentions des parties sont présumées avoir été contradictoirement débattues (Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 nov. 1992, Rev. proc. coll. 1995, p. 285, obs. B. DUREUIL).

<sup>1054</sup> Article 40, al. 2, AUPC.

L'acte de notification doit indiquer de manière apparente, le délai de la voie de recours ouverte contre l'ordonnance<sup>1055</sup>, et les modalités d'exercice de ce recours.

**470.** Aux termes de l'article 40, alinéa 1<sup>er</sup>, AUPC, le juge-commissaire doit statuer sur les demandes, contestations et revendications relevant de sa compétence, dans le délai de huit jours à partir de sa saisine. Passé ce délai, s'il n'a pas statué, il est réputé avoir rendu une décision de rejet de la demande. Il s'agit, sans doute, d'une mesure destinée à alléger "l'encombrement" auquel peut être confronté le juge-commissaire, mais également à éviter des procédures dilatoires devant sa juridiction. Il lui suffit, en effet, lorsqu'il est débordé, de laisser sans réponse les requêtes qui lui paraissent manifestement dilatoires, signifiant ainsi son refus; ce qui, après le délai prévu, ouvrirait la voie à l'exercice de son recours par le requérant. En outre, la précision de la durée du délai – huit jours – correspond tout à fait à l'esprit de rapidité que requiert la procédure préventive, un délai incertain ou trop long pouvant à cet égard être préjudiciable à la survie de l'entreprise. Le législateur OHADA paraît, de ce point de vue, plus avisé que son homologue français, en évitant les difficultés que peuvent susciter la détermination du délai dans lequel devrait statuer le juge-commissaire, puisque l'article R. 621-21, C. com. ne prévoit qu'un « *délai raisonnable* »<sup>1056</sup>.

**471.** Les ordonnances du juge-commissaire peuvent être, selon l'alinéa 3 de l'article 40, AUPC, frappées d'opposition formée par simple déclaration au greffe dans les huit jours de leur dépôt ou de leur notification ou dans les huit jours suivant la saisine du juge-commissaire. Pendant le même délai, la juridiction compétente peut se saisir d'office et réformer ou annuler les décisions du juge-commissaire<sup>1057</sup>. La juridiction compétente doit examiner le recours à la première audience utile, afin, selon un auteur, de ne pas ralentir la marche de la procédure<sup>1058</sup>; elle statue hors la présence du juge-commissaire qui ne peut, à peine de nullité, siéger lorsque le tribunal statue sur une opposition formée contre l'une de ses décisions<sup>1059</sup>. Toutefois, les décisions par lesquelles la juridiction compétente statue sur le recours formé contre les ordonnances rendues par le juge-commissaire dans la limite de ses attributions, en matière de règlement préventif, ne sont susceptibles ni d'opposition, ni d'appel. En outre, lorsque le juge-

<sup>1055</sup> C'est ainsi qu'en cas de mention erronée dans l'acte de notification, le délai ne court pas (Com. 29 mai 2001, RJDA 11/01, n° 1134).

<sup>1056</sup> Selon ce texte, "si le juge-commissaire n'a pas statué dans un délai raisonnable, le tribunal peut être saisi à la demande d'une partie ou du ministère public".

<sup>1057</sup> Comp. art. R. 621-21, al. 4 et 5, C. com., qui prévoit un délai de dix jours pour l'exercice du recours, qui peut intervenir sur saisine par le ministère public.

<sup>1058</sup> SAWADOGO (F. M.), obs. sous art. 40, AUPC, OHADA, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit.

<sup>1059</sup> Article 40, al. 4 et 5, AUPC; comp. art. R. 621-22, C. com.

commissaire n'a pas statué dans la limite de ses attributions, la voie de l'appel semble ouverte à l'encontre de sa décision<sup>1060</sup>. Ce qui rejoint la position de la jurisprudence française, confirmée par le législateur en 2008.

**472.** En effet, bien que l'ancien article L. 661-5, C. com. exclût tout recours, hormis la voie de l'opposition, contre les ordonnances du juge-commissaire, la jurisprudence s'efforçait d'admettre la voie de l'appel et celle du pourvoi, en retenant, par exemple, que si le juge-commissaire n'avait pas « *statué dans la limite de ses attributions* »<sup>1061</sup>, toutes les voies de recours de droit commun étaient ouvertes. En outre, même si le juge-commissaire statue dans la limite de ses attributions, il a été jugé qu'un appel-nullité demeure recevable de la part de la partie qui, justifiant d'un intérêt, se prévaut de la violation d'un droit fondamental<sup>1062</sup> ou d'un excès de pouvoir<sup>1063</sup>. La Cour de cassation admet également la recevabilité de la tierce-opposition contre une ordonnance du juge-commissaire lorsque le requérant « *ne pouvait se voir privé, en l'absence de notification par le greffier, de la faculté d'exercer un recours contre une décision concernant directement ses droits et obligations et rendue à son insu* »<sup>1064</sup>. En pareil cas, l'ordonnance n'ayant pas été notifiée, le délai ne court pas. Enfin, dès lors que les règles spéciales ne s'appliquaient pas, les recours de droit commun étaient

---

<sup>1060</sup> C'est ainsi que s'est prononcée CA Ouagadougou, arrêt n° 67 du 21 juin 2002, Ministère de l'environnement et de l'eau c/ Syndics liquidateurs de l'ONBAH, qui annule une ordonnance d'un juge-commissaire confirmée sur opposition par TGI, Ouagadougou, au motif que le juge-commissaire a excédé ses attributions en ce qu'il a décidé que les fonds d'un projet d'Etat géré par l'entreprise publique en liquidation des biens devaient être reversés dans l'actif de la procédure collective.

<sup>1061</sup> Statue, par exemple, en dehors des limites de ses attributions, le juge-commissaire qui désigne un expert-comptable et financier pour décrire les rapports juridiques et financiers existant entre la société soumise à la procédure et les sociétés constitutives d'un groupe, cette mesure n'étant pas "une opération du redressement judiciaire", car elle ne vise pas la protection des intérêts en présence, mais la mise en cause d'une responsabilité (Paris, 3<sup>ème</sup> ch. A, 2 avr. 1991; T. com. Nice, 3<sup>ème</sup> ch. 17 sept. 1991, D. 1992, somm. p. 10, obs. F. DERRIDA), ou encore le juge-commissaire qui accorderait des dommages-intérêts pour réparer le préjudice causé par un candidat évincé (Paris, 24 oct. 1990, D. 1992, somm., p. 10, obs. F. DERRIDA), ou qui se prononce sur la portée d'une affiliation à un organisme de Sécurité sociale relevant de la compétence du tribunal des affaires sociales (Soc., 8 juill. 1998, Act. proc. coll. 1999, n° 236, note J. VALLANSAN et obs. G. VACHET), ou qui apprécie la régularité du droit de rétention invoqué par une banque (Com. 6 juin 1995, D. 1996, somm., p. 86; Bull. civ. IV, n° 169, p. 158), ou qui se comporte comme un arbitre (Com. 13 avr. 1999, RJDA 1999, 632). Au contraire, statue dans la limite de ses attributions, le juge-commissaire qui rejette une demande de résiliation de plein droit d'un bail commercial (Com. 3 mai 2006, n° 04-18968).

<sup>1062</sup> Com. 14 févr. 1995, D. 1995, IR, 75 et Versailles, 1<sup>er</sup> déc. 1994, D. 1995, IR, 51; Rev. proc. coll. 1995, p. 288, obs. B. DUREUIL; Com. 9 juin 1998, D. 1999, somm. p. 70, obs. A. HONORAT; D. aff. n° 130, p. 1449; JCP 1998, n° 39, p. 1498. Mais la Cour de cassation a depuis limité le recours-nullité à l'excès de pouvoir (Com. 3 mai 2006, D. 2006, AJ, 1369, obs. A. LIENHARD; RTD com. 2006, p. 671, obs. J.-L. VALLENS).

<sup>1063</sup> BERNARDINI (L), *L'excès de pouvoir dans les procédures collectives*, colloque de Nice 16/17 mai 2008, *Procédure civile et procédures collectives*, Les Petites affiches 28 nov. 2008, n° 239, p. 26; DELMOTTE (PH) *L'accès au juge dans les procédures collectives*, ibidem, p. 50; Com. 6 déc. 1994, RJDA 4/95, n° 509.

<sup>1064</sup> Com. 16 mars 1999, RJDA 5/99, n° 584; Bull. civ. IV, n° 63; JCP E 1999, I, 1539, obs. P. P.; v. aussi Com. 11 mars 1997, JCP E 1997, I, 681, § 6 et Com. 17 mai 1994, D. 1994, 510, obs. DERRIDA.

ouverts<sup>1065</sup>. Cependant, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, l'appel et le pourvoi sont désormais largement recevables<sup>1066</sup>.

**473.** Au total, le juge-commissaire exerce une certaine surveillance sur les autres intervenants à la procédure de règlement préventif, mais paraît omniprésent au cours de celle-ci, puisque toutes les décisions de quelque importance, autres que les plus graves, réservées au tribunal, lui incombent ou requiert son autorisation. Il bénéficie donc indirectement du même domaine élargi de compétence que le tribunal sur toutes les questions qui concernent la procédure et qui ne sont pas réservées au tribunal ou à un autre juge<sup>1067</sup>. Ce qui a fait dire à un auteur que « finalement, la règle d'interprétation de l'étendue des pouvoirs du juge-commissaire doit se modeler sur celle de la compétence du tribunal dont ce dernier n'est que l'émanation »<sup>1068</sup>. Ce qui ne peut que contribuer à assurer l'efficacité de la procédure, d'autant que dans sa mission, le juge-commissaire est épaulé par d'autres organes de contrôle.

## **B. Une liberté d'administration surveillée par le syndic et les contrôleurs**

**474.** Hormis la désignation du juge-commissaire, l'Acte uniforme prévoit que la juridiction compétente qui homologue le concordat préventif peut désigner un syndic (1) et des contrôleurs (2) chargés de surveiller l'exécution du concordat préventif.

### **1. Le syndic<sup>1069</sup> et l'exécution du concordat préventif**

**475.** En matière de règlement préventif, la désignation d'un syndic est facultative. Le syndic « peut »<sup>1070</sup>, en effet, être désigné, comme il peut ne pas l'être; son rôle est de « surveiller l'exécution du concordat dans les mêmes conditions que celles prévues pour le concordat de redressement judiciaire ». On se référera donc utilement aux dispositions relatives à ce

---

<sup>1065</sup> Com. 14 oct. 2008, Procédures, déc. 2008, n° 336, obs. B. ROLLAND.

<sup>1066</sup> STAËS (O), *Les aspects procéduraux de l'ordonnance du 18 décembre 2008*, Rev. proc. coll. 2009, n° 1, p. 44; SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Rapport de synthèse au colloque de Nice 16/17 mai 2008, Procédure civile et procédures collectives*, Les Petites Affiches, 28 nov. 2008, n° 239, p. 89.

<sup>1067</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 206.

<sup>1068</sup> HONORAT (A), *obs. sous Com.* 6 juin 1995, D. 1996, Somm. 86.

<sup>1069</sup> Du Latin *syndicus*, qui veut dire "qui assiste en justice": v. CORNU (G) (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 1000. Le rôle du syndic, prévu dès le Code de commerce de 1807, consistait, en cas de faillite, à réaliser le patrimoine du débiteur avec la double mission de représenter celui-ci et l'ensemble des créanciers composant la masse. V. LIENHARD (A), *Procédures collectives*, 4<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 42.11.

<sup>1070</sup> Article 16, AUPC.



dernier concordat pour connaître les qualités pour être désigné (a) et les conditions d'exercice de la mission de syndic (b).

#### **a) La désignation du syndic et l'efficacité du contrôle**

**476.** En même temps qu'il homologue le concordat préventif, le tribunal compétent peut désigner, aux termes de l'article 16, AUPC, un syndic. Contrairement à l'article 35 qui prévoit, dans le cadre du redressement judiciaire, la nomination obligatoire d'un ou plusieurs syndics, jusque dans la limite de trois, le texte applicable au règlement préventif ne prévoit la désignation que d'un seul syndic. Cette restriction ne paraît pas justifiée, dans la mesure où la procédure est applicable, à la fois aux entreprises de grande taille qu'aux commerçants, personnes physiques. On aurait pu moduler le nombre de syndics en fonction de la dimension du justiciable, ce qui garantirait un meilleur contrôle de la mise en œuvre des dispositions concordataires.

**477.** Certes, en matière de règlement préventif, la désignation de syndic est facultative. Ce qui, d'ailleurs, peut s'expliquer par le souci du législateur de ne pas exposer le redressement de l'entreprise à des dépenses excessives pouvant compromettre toute chance sérieuse de sauvetage. Ce serait notamment le cas des petites et moyennes entreprises, qui représentent la majeure partie des entreprises commerciales dans l'espace OHADA. Pour cette catégorie de justiciables, la désignation de syndic, dont la rémunération est souvent très élevée<sup>1071</sup>, n'est pas souhaitable. En revanche, en ce qui concerne les entreprises de dimension importante, telles que les sociétés de capitaux, la désignation d'un syndic, voire deux ou trois ou même un groupe de syndics réunis au sein d'une société civile professionnelle ou une société d'exercice libérale<sup>1072</sup> peut se révéler très utile pour une meilleure surveillance des activités du débiteur rétabli aux commandes de ses affaires. Il est, en effet, indispensable de s'assurer que le chef d'entreprise qui, à la faveur du concordat préventif, a recouvré l'entière liberté d'administration et de disposition de ses biens, respecte les engagements auxquels il a souscrit, en vue du redressement de l'entreprise et du paiement substantiel des créanciers. On

---

<sup>1071</sup> V. SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 152, p. 148, et note 1.

<sup>1072</sup> V. art. 52, loi française n° 90-1259 du 31 déc. 1990; Décrets du 5 nov. 1986 et 20 sept. 1993.

peut donc, à l'instar du droit français<sup>1073</sup>, fixer dans le cadre du règlement préventif, certains seuils à partir desquels le syndic devrait être ou non obligatoirement nommé.

**478. Critères de désignation.** En général, le syndic est choisi sur une liste de spécialistes, arrêtée par la cour d'appel. Il s'agit souvent d'experts-comptables, de gestionnaires, d'avocats<sup>1074</sup>. L'Acte uniforme fait interdiction de nommer des parents ou alliés du débiteur jusqu'au quatrième degré inclusivement<sup>1075</sup>, l'objectif étant de garantir une certaine indépendance du syndic par rapport au débiteur, afin d'éviter toute attitude de complaisance dans sa mission de surveillance. Il est donc clair que l'expert ayant conduit les négociations qui ont abouti au concordat, ne saurait être désigné comme syndic en vue de surveiller l'exécution dudit concordat<sup>1076</sup>. Il est, en effet, à craindre des arrangements entre l'expert et le débiteur, lors des négociations concordataires, sachant que ledit expert pourra être désigné syndic<sup>1077</sup>.

**479. Révocation du syndic.** Le syndic peut, néanmoins, être révoqué par la juridiction compétente. Ce sera ainsi notamment, lorsqu'il n'assume pas convenablement sa mission de contrôle de l'exécution du concordat préventif. Il est alors révoqué, sur proposition du juge commissaire agissant, soit d'office, soit sur les réclamations qui lui sont adressées par le débiteur, par les créanciers ou par les contrôleurs<sup>1078</sup>. Le juge-commissaire saisi d'une réclamation tendant à la révocation du syndic, doit statuer dans les huit jours, en rejetant la demande ou en proposant au tribunal la révocation du syndic. Si, à l'expiration de ce délai, le juge-commissaire n'a pas statué, la réclamation peut être portée devant la juridiction compétente, qui entend, en audience non publique, le rapport du juge-commissaire et les explications du syndic, et prononce en fin de compte sa décision en audience publique. Par contre, si le juge-commissaire statue dans le délai, sa décision peut être frappée d'opposition dans les conditions prévues par l'article 40, AUPC.

---

<sup>1073</sup> C'est ainsi que les administrateurs judiciaires sont obligatoirement nommés pour les entreprises dépassant certains seuils: 3 000 000 euros de chiffre d'affaires et 20 salariés (art. R. 621-11, C. com.). En dessous de ces seuils, leur nomination est facultative (art. R. 621-4, al. 4, C. com.) et la loi du 26 juillet 2005 soumet alors le déroulement de la procédure de sauvegarde à des dispositions particulières énoncées dans le chapitre VII du titre II qui donnent la maîtrise de la procédure au débiteur (C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 454).

<sup>1074</sup> SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 152, p. 147.

<sup>1075</sup> Article 41, al. 1, AUPC.

<sup>1076</sup> L'article 35 refuse d'ailleurs que l'expert désigné pour le règlement préventif soit désigné comme syndic dans le cadre du redressement judiciaire.

<sup>1077</sup> Le débiteur pourrait ainsi, avec ou sur avis de l'expert, promettre ou accepter des conditions de redressement tout en sachant qu'il ne les respecterait jamais, et ce, de connivence avec l'ex-expert devenu syndic.

<sup>1078</sup> Articles 41, al. 2 et 42, AUPC.

**480. Cessation des fonctions.** Le syndic qui cesse ses fonctions, dispose l'article 20, al. 3, AUPC, dépose ses comptes au greffe dans le mois suivant la cessation de ses fonctions. Il s'agit, sans doute, du cas de cessation normale des fonctions, c'est-à-dire lorsque le syndic a veillé à l'exécution normale du concordat jusqu'au terme fixé à l'accord. Il dépose, dans ce cas, son rapport au greffe de la juridiction compétente où tout intéressé peut en prendre connaissance. En revanche, en cas de révocation, on doit admettre que, conformément aux dispositions de l'article 44, AUPC, le syndic qui cesse ainsi ses fonctions rend ses comptes au nouveau syndic, en présence du juge-commissaire, le débiteur dûment appelé. Ce qui est de nature à garantir une totale transparence dans le déroulement de l'exécution du concordat.

#### **b) L'exercice de la mission du syndic**

**481.** La mission du syndic diffère selon la procédure en cause<sup>1079</sup>. En effet, à la différence du droit français, où les professions d'auxiliaires de justice ont fait l'objet d'une réforme ayant abouti à l'éclatement du rôle polyvalent du syndic<sup>1080</sup>, le droit OHADA conserve l'appellation unique, issue du décret du 20 mai 1955, qu'il s'agisse du règlement préventif, du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens. En matière de règlement préventif, le syndic est un mandataire de justice agissant pour le compte du tribunal compétent. Aux termes de l'article 20, AUPC, le syndic contrôle l'exécution du concordat préventif. Il n'assiste ni ne supplante le débiteur dans cette tâche; aucun acte de ce dernier ne requiert son concours. Ce qui

---

<sup>1079</sup> C'est ainsi que dans le redressement judiciaire, le syndic est chargé d'assister le débiteur en difficulté dans l'administration de l'entreprise, alors que dans la liquidation des biens, il agit en lieu et place du débiteur. En outre, dans l'une comme dans l'autre de ces procédures, il apparaît comme le représentant de la masse des créanciers. Mais en règlement préventif, le syndic n'assure dans l'exécution du concordat préventif qu'une mission de surveillance des actes du débiteur, qui n'est ni assisté, ni dessaisi (art. 16, 20, 21, 41 et s., AUPC). Le régime institué par le droit OHADA s'inspire donc de celui de la loi française de 1967 où, en matière de procédures collectives, le rôle essentiel était joué par le syndic, auxiliaire de justice spécialisé en cette matière. Le syndic cumulait alors trois attributions: il représentait la masse des créanciers (art. 13, loi du 13 juill. 1967); il représentait le débiteur en cas de liquidation des biens et l'assistait en cas de règlement judiciaire (art. 15); il était enfin un organe de la procédure, chargé de veiller au bon et rapide déroulement de celle-ci. Ce régime a été critiqué. On a remarqué qu'il n'était pas opportun que le même auxiliaire de justice cumule des fonctions de représentation du débiteur, donc d'administration, et de représentation des créanciers, donc de liquidation. C'est ainsi que lorsque des licenciements s'avéraient nécessaires ou utiles, par exemple, le syndic ne savait pas s'il devait adopter le point de vue du débiteur, des créanciers... ou des salariés (Y. GUYON, *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op cit., n° 1159; RIPERT G. et ROBLOT R., par DELEBECQUE et GERMAIN, 17<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 2818).

<sup>1080</sup> Les auteurs du projet de réforme ont été sensibles aux critiques émises à l'encontre du régime issu de la loi de 1967, et ont décidé la disparition des syndics de faillite et leur remplacement par trois professions distinctes: les administrateurs judiciaires, les mandataires-judiciaires à la liquidation des entreprises et les experts en diagnostics d'entreprise. Depuis la loi du 25 janvier 1985, le syndic, auxiliaire unique et polyvalent, est remplacé par deux auxiliaires spécialisés: l'administrateur judiciaire pouvant assister ou représenter le débiteur, et le mandataire-judiciaire à la liquidation des entreprises, devenu mandataire au redressement et à la liquidation des entreprises, le représentant des créanciers. Ces deux professions sont réglementées par la loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003, codifiée dans le livre VIII du Code de commerce.

correspond à l'un des rôles joués par l'administrateur judiciaire dans la procédure de sauvegarde, où il a pour mission, notamment de surveiller l'activité du débiteur<sup>1081</sup>. Le syndic intervient donc *a posteriori* pour contrôler la gestion du débiteur<sup>1082</sup>. Il ne pourrait même pas s'opposer à un agissement contrariant les intérêts de l'entreprise<sup>1083</sup>. Sa seule défense consiste à signaler aussitôt tout manquement au juge-commissaire, auquel il doit rendre compte, tous les trois mois, du déroulement des opérations<sup>1084</sup>.

**482.** Corrélativement, les possibilités pour le syndic de voir sa responsabilité engagée sont nombreuses et variées. Il doit, en effet, dans l'exercice de sa mission, respecter les obligations légales et conventionnelles du chef d'entreprise<sup>1085</sup>. Il en assume, par conséquent, la responsabilité, notamment la responsabilité pénale<sup>1086</sup>. Il engage, en outre, sa responsabilité professionnelle ou civile sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, vis-à-vis du débiteur, des créanciers ou d'un tiers. En France, les tribunaux estiment, en cette matière, que l'administrateur judiciaire est tenu d'une obligation de moyens et non de résultats<sup>1087</sup>, mais sa faute est appréciée avec une certaine rigueur, comme celle de tout professionnel rémunéré<sup>1088</sup>. C'est ainsi que les administrateurs judiciaires engagent leur responsabilité quasi-délictuelle à l'égard des cocontractants du débiteur s'ils exigent la continuation du contrat sans s'être assurés qu'ils peuvent leur fournir la prestation promise<sup>1089</sup>. En toute hypothèse, une simple faute dans l'exercice des fonctions suffit sans qu'il soit nécessaire de caractériser une faute

---

<sup>1081</sup> C'est notamment le cas depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, qui a placé le débiteur au centre du dispositif, de sorte que l'administrateur n'a pas, comme dans le redressement judiciaire, un rôle directeur de la procédure. Toutefois, la mission de l'administrateur judiciaire est fixée par le tribunal, qui peut la modifier ou y mettre fin à tout moment. V. SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 456.

<sup>1082</sup> DERRIDA (F), GODÉ (P) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires...*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit., note 397; RIPERT G. et ROBLOT R., par DELEBECQUE et GERMAIN, *Droit commercial*, T. 2, 17<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 3034; PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 151.

<sup>1083</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 505.

<sup>1084</sup> Art. 20, AUPC.

<sup>1085</sup> Art. L. 621-22, C. com.

<sup>1086</sup> Art. 243, AUPC: est ainsi puni des peines prévues par le droit pénal en vigueur dans chaque Etat-partie tout syndic d'une procédure qui, en violation des dispositions de l'article 51, AUPC, se rend acquéreur pour son compte, directement ou indirectement, des biens du débiteur. V. aussi AUBERT (F), *La responsabilité personnelle des mandataires de justice*, Rapport Cour de cassation, 2003; SOINNE (B), *La responsabilité des mandataires*, Rev. Proc. Coll., 1991, 419.

<sup>1087</sup> Art. 1992, C. civ. V. sur la responsabilité des administrateurs, GUYON (Y), *Le nouveau régime de la responsabilité des administrateurs judiciaires*, Rev. Proc. Coll., 1988, 159; SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Les professions d'administrateurs et de mandataires judiciaires, des professions à haut risque*, Mél. A. HONORAT, p. 193.

<sup>1088</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1162; PERDRIAU, *La responsabilité civile des mandataires de justice dans les procédures collectives*, JCP 1989, éd. E, II, 15547.

<sup>1089</sup> Com. 1<sup>er</sup> avr. 2008, n° 07-10.357, RJDA 2008

lourde<sup>1090</sup>. En revanche, contrairement aux solutions admises sous l'empire de la loi de 1967 en matière de redressement judiciaire<sup>1091</sup>, la faute capitale du syndic de la procédure de règlement préventif ne peut être la création d'un passif postérieur qui risque de demeurer impayé, mais la commission d'un acte qui compromettrait le redressement, notamment la renonciation à la poursuite d'un contrat revêtant un intérêt primordial pour l'entreprise<sup>1092</sup>.

**483.** Toutefois, quoique l'inexécution de l'obligation de surveillance puisse conduire à retenir la responsabilité du syndic pour sa négligence, il est difficile de définir le seuil à partir duquel le défaut de surveillance devient fautif, l'obligation de surveillance étant, par nature, une obligation de moyen<sup>1093</sup>. Le syndic doit-il, par exemple, exiger des comptes régulièrement du chef d'entreprise? Une réponse affirmative semble envisageable; mais quels comptes et à quel rythme? Une précision de la part du législateur est nécessaire, afin de mieux délimiter les contours de l'exercice de la mission du syndic. Il a été, cependant, jugé en droit français qu'il n'entre pas dans la mission de l'administrateur d'effectuer des investigations et d'utiliser des moyens de coercition à l'égard du débiteur<sup>1094</sup>. En revanche, l'on devra pouvoir exiger du débiteur qu'il rende compte de sa gestion au syndic, lorsque celui-ci est nommé.

## **2. Les contrôleurs en matière d'exécution du concordat préventif**

On abordera leur nomination (a), avant d'analyser le rôle qu'ils sont appelés à jouer dans la procédure de règlement préventif (b).

### **a) La nomination de contrôleurs et l'efficacité de leur mission**

**484.** À l'instar de la désignation de syndic, la nomination de contrôleurs, en matière de règlement préventif, est une faculté laissée à l'appréciation du tribunal compétent. Leur mission dans cette procédure n'est pas clairement explicitée par le législateur, qui se contente d'énoncer, aux termes de l'article 16, que les contrôleurs, de même que le syndic, sont chargés de surveiller l'exécution du concordat préventif dans les mêmes conditions que celles prévues

---

<sup>1090</sup> Paris, 1<sup>ère</sup> ch. A, 26 avr. 1998, Rev. Proc. Coll. 1991, 419, n° 4.

<sup>1091</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op cit., n° 1162.

<sup>1092</sup> Com. 20 oct. 1992, JCP E, 1993, II, 472, note ROSSI; 5 oct. 1993, Bull. civ. IV, n° 318, p. 229. L'action en responsabilité doit être portée devant le tribunal dans le ressort duquel le syndic a son installation professionnelle (TGI Amiens, Rev. Proc. Coll. 1994, 379, obs. B. DUREUIL, rapp. Civ. 6 déc. 1978, D. 1979, 332).

<sup>1093</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 505.

<sup>1094</sup> Versailles, 20 mars 1997, BRDA 1997, n° 10, p. 12.

pour le concordat de redressement judiciaire. Toutefois, en matière de redressement judiciaire, la nomination de contrôleurs relève de la compétence du juge-commissaire et non du tribunal.

**485.** C'est ainsi qu'à toute époque de la procédure, et conformément aux dispositions de l'article 48, AUPC, le juge-commissaire peut nommer un ou plusieurs contrôleurs choisis parmi les créanciers, sans que leur nombre puisse excéder trois. Le choix des contrôleurs, qui s'opère parmi les créanciers, personnes physiques ou morales qui généralement détiennent les plus grosses créances, est donc laissé à la discrétion du juge-commissaire. L'alinéa 2 du texte ajoute, néanmoins, que la nomination de contrôleurs est obligatoire à la demande des créanciers représentant, au moins, la moitié du total des créances même non vérifiées. Dans ce cas, le juge-commissaire désigne trois contrôleurs choisis respectivement parmi les créanciers munis de sûretés réelles spéciales mobilières ou immobilières, les représentants du personnel et les créanciers chirographaires. L'objectif visé ici est, sans doute, d'assurer un équilibre dans la représentation des créanciers<sup>1095</sup>.

**486.** En effet, le redressement de l'entreprise est, en dernière analyse, organisé dans l'intérêt des créanciers. Ceux-ci doivent pouvoir en surveiller le bon déroulement, afin notamment d'éviter des lenteurs inutiles. Aussi, depuis toujours, existait-il en droit français, notamment, des créanciers contrôleurs, plus étroitement associés à la procédure que les autres<sup>1096</sup>. Jusqu'à la loi du 10 juin 1994, leur désignation était facultative et exceptionnelle. Désormais, l'article L. 621-10, C. com., issu de la loi du 26 juillet 2005, énonce que « *le juge-commissaire désigne un à cinq contrôleurs parmi les créanciers qui lui en font la demande* », renforçant ainsi le rôle des contrôleurs dans la nouvelle procédure de sauvegarde<sup>1097</sup>.

**487.** Aucun parent ou allié du débiteur ou des dirigeants de la personne morale, jusqu'au quatrième degré inclusivement, ne peut être nommé contrôleur ou représentant d'une personne morale désignée comme contrôleur, précise l'alinéa 3 de l'article 48, AUPC. Cette incompatibilité vise, ainsi que l'observe un auteur<sup>1098</sup>, à garantir l'indépendance des contrôleurs vis-à-vis du débiteur, le but étant de leur permettre d'exercer efficacement leurs fonctions. On aurait donc

---

<sup>1095</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 476.

<sup>1096</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1166.

<sup>1097</sup> ROUSSEL-GALLE (PH.), *Les contrôleurs, gardiens de l'intérêt collectif*, Gaz. Pal. 9-10 sept. 2005, p. 3; MACORIG-VENIER (F) et SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La situation des créanciers dans la loi de sauvegarde*, RDBF 2006, p. 60.

<sup>1098</sup> SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 160, p. 157.

pu aller plus loin et multiplier les incompatibilités, en excluant également de la liste des contrôleurs, les personnes détenant directement ou indirectement tout ou partie du capital de la personne morale débitrice ou dont le capital est détenu en tout ou partie par cette même personne<sup>1099</sup>. Le juge devrait en outre éviter de nommer contrôleur un concurrent du débiteur qui mettrait à profit ses fonctions pour s'approprier des renseignements confidentiels<sup>1100</sup>.

## **b) Le rôle des contrôleurs dans l'exécution du concordat**

- 488.** Les contrôleurs, dispose l'article 49, AUPC, assistent le juge-commissaire dans sa mission de surveillance du déroulement de la procédure collective et veillent aux intérêts des créanciers. Concrètement, ils sont chargés de contrôler les actes du débiteur dans l'exécution du concordat préventif, conformément aux dispositions de l'article 16, AUPC, et d'aider le juge-commissaire dans sa fonction de surveillance des organes de la procédure. Afin de faciliter leur contrôle, le législateur leur accorde des pouvoirs particuliers. C'est ainsi qu'ils ont toujours le droit de vérifier la comptabilité et l'état de situation présenté par le débiteur, de demander compte de l'état de la procédure, des actes accomplis par le syndic, s'il est nommé, ainsi que des recettes faites et des versements effectués.
- 489.** En matière de redressement judiciaire, les contrôleurs sont obligatoirement consultés pour la continuation de l'activité de l'entreprise au cours de la procédure de vérification des créances, de même qu'à l'occasion de la réalisation des biens du débiteur, en cas de liquidation des biens. En outre, bien que ne disposant d'aucun pouvoir de gestion<sup>1101</sup>, les contrôleurs peuvent saisir de toutes contestations le juge-commissaire qui statue conformément aux dispositions de l'article 40, AUPC, c'est-à-dire dans le délai de huit jours à compter de sa saisine.
- 490.** Les contrôleurs ne sont pas rémunérés pour leurs fonctions<sup>1102</sup>; en contrepartie, ils ne répondent que de leurs fautes lourdes<sup>1103</sup>. En droit OHADA, les contrôleurs sont tenus

---

<sup>1099</sup> Article L. 621-10, al. 2, C. com. Ce texte prévoit, à son alinéa 3 que lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont il relève est d'office contrôleur. Dans ce cas, le juge-commissaire ne peut désigner plus de quatre contrôleurs. Il existe donc potentiellement deux catégories de contrôleurs: ceux qui sont créanciers et ceux qui représentent la profession (C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 476).

<sup>1100</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op cit., n° 1166.

<sup>1101</sup> SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 160, p. 160.

<sup>1102</sup> Article 49, al. 5, AUPC.

<sup>1103</sup> Article 49, al. 6, AUPC.

d'exercer personnellement leurs fonctions, contrairement au droit français où l'article L. 621-10, C. com. admet qu'ils peuvent se faire représenter par un préposé, ou par un avocat. Ce qui peut s'expliquer par les difficultés que connaissent les procédures collectives<sup>1104</sup>. Les contrôleurs peuvent être révoqués par la juridiction compétente sur proposition du juge-commissaire<sup>1105</sup>, qui nomme leurs remplaçants, après révocation.

**491.** La nomination de contrôleurs dans l'exécution du concordat préventif devra donc être encouragée, afin de garantir l'efficacité du mécanisme, puisqu'ils peuvent ainsi contribuer, sans frais, à la préservation des intérêts, non seulement des créanciers, mais aussi du débiteur, qui, par suite du bon déroulement de la procédure, recouvrera sa pleine liberté à la tête d'une entreprise saine, débarrassée de toutes dettes, donc d'éventuelles poursuites. Toutefois, la formule « *peut désigner* » de l'article 16, AUPC, montre clairement que la désignation des contrôleurs, comme du syndic, n'est qu'une faculté laissée à l'appréciation du tribunal de l'homologation qui peut décider ou non d'en faire usage. Concrètement, la mise en place ou non de tous ces organes de contrôle peut être dictée par la taille de l'entreprise; ainsi, dans les sociétés dont le nombre de salariés et le chiffre d'affaires sont élevés, on peut estimer qu'outre la présence du juge-commissaire, celle du syndic et d'autres organes de contrôle peut s'avérer utile pour une meilleure surveillance des activités du chef de l'entreprise débitrice<sup>1106</sup>. En revanche, dans les moyennes et petites entreprises, il est préférable, afin d'éviter d'exposer inutilement des frais<sup>1107</sup>, de se contenter<sup>1108</sup> du contrôle du seul juge-commissaire, dont la désignation est obligatoire, la formule « *elle désigne* », ne laissant à cet égard aucune marge, ni d'appréciation ni de choix au juge de l'homologation.

**492. Synthèse de la section 1.** En définitive, le mécanisme de l'administration directe du débiteur dans le cadre de l'exécution du concordat préventif, semble de nature à assurer l'efficacité de l'opération de sauvetage de l'exploitation commerciale au moyen d'un concordat. En effet, le

---

<sup>1104</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 459.

<sup>1105</sup> Comp. art. L. 621-10, al. 4, C. com.: "Tout créancier nommé contrôleur peut être révoqué par le tribunal à la demande du ministère public."

<sup>1106</sup> V. pour la désignation d'un administrateur au côté du débiteur en sauvegarde, les articles L. 621-4, al. 4 et R. 621-11, C. com.: la présence de l'administrateur n'est pas obligatoire dans les entreprises dont le nombre de salariés est inférieur à 20 et dont le chiffre d'affaires hors taxes ne dépasse pas 3 millions d'euros.

<sup>1107</sup> SAWADOGO (F.M.), obs. sous art. 16, AUPC, *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés...*, 3<sup>ème</sup> éd. op. cit.

<sup>1108</sup> V. cependant, TPI de Libreville, Jugement, Répertoire n° 48/2002-2003 du 11 juillet 2003, Société AGROGABON, Ohadata J-04-144, prononçant l'homologation du concordat préventif et désignant le vice-président du tribunal en qualité de juge-commissaire, ensuite une personne physique en qualité de syndic, et trois personnes morales en qualité de contrôleurs.



fait de voir le chef d'entreprise demeuré aux commandes de ses affaires ne peut que rassurer les partenaires, cocontractants de l'entreprise, le risque d'un éventuel échec de la procédure étant, par ailleurs, réduit grâce à la présence des différents organes de contrôle. Ces derniers, de par leurs actions et interventions, peuvent favorablement contribuer au bon déroulement de l'exécution des dispositions concordataires, déroulement qui repose ainsi, non seulement sur le sérieux du débiteur, mais également sur le professionnalisme que l'on attend, à la fois du juge-commissaire, mais aussi du syndic et des contrôleurs.

**493.** Cependant, même si une gestion du débiteur, dans l'exécution du concordat, est préférable, parce qu'assurant au mieux le redressement de l'exploitation commerciale dans son ensemble, l'on peut s'interroger sur l'efficacité d'un mécanisme déclenché aussi tardivement, à un moment où la situation économique et financière de l'entreprise est presque entièrement obérée. Aussi, peut-il être envisagé des modalités d'exécution qui ne nécessitent pas la direction du chef d'entreprise, notamment les mesures de reprise, afin de sauver ce qui peut encore l'être, mesures dont la réalisation ne s'annonce pas pour autant aisée.

## SECTION 2

### LA RÉALISATION D'UNE REPRISE DE L'ENTREPRISE

**494.** Aux termes de l'article 7, AUPC, le débiteur doit préciser dans son offre de concordat préventif, outre la demande de délais et de remises, les modalités de continuation de l'entreprise telles que la cession partielle d'actif avec indication précise des biens à céder; la cession ou la location-gérance d'une branche d'activité formant un fonds de commerce; la cession ou la location-gérance de la totalité de l'entreprise<sup>1109</sup>. Le législateur pose ainsi très clairement à la fois deux principes de cession et deux principes de location-gérance: les uns, axés davantage sur la notion d'ensembles productifs, qui peuvent être cédés sans être liés par la nécessité d'une poursuite d'activité, même si, bien évidemment, elle n'est pas exclue, la nécessité de maintenir la capacité de fonctionnement étant tout de même supprimée; il s'agit de modalités de cession d'actifs, c'est-à-dire, cession partielle ou de location-gérance d'une branche d'activité. Les autres, concernant le redressement, qui nécessite le maintien d'une

---

<sup>1109</sup> Encore faut-il savoir ce qu'il convient d'entendre par la notion d'entreprise, à laquelle l'Acte uniforme fait souvent recours sans pour autant la définir, alors qu'elle prétend en assurer la survie. On peut, selon la définition avancée par un auteur, retenir que "*l'entreprise est une activité économique de production, de transformation ou de distribution de biens ou de services et un centre d'intérêts multiples*" (J. PAILLUSSEAU, *Qu'est-ce que l'entreprise?* Petites affiches, 9 avril 1986; in *L'entreprise: nouveaux apports*, Economica, 1987).

activité autonome et justifie certaines mesures particulières, telles que le maintien des contrats de travail ou de fournitures<sup>1110</sup>: il s'agit alors de cession ou de location-gérance de la totalité de l'entreprise.

**495.** Le législateur prévoit donc la cession et la location-gérance comme étant des modalités de continuation de l'entreprise, l'une comme l'autre pouvant être partielle ou totale. Ce qui ne semble pas très aisé à mettre en œuvre, puisque ces modalités reposent sur la bonne volonté et la coopération du débiteur ou du chef d'entreprise. Il convient d'analyser chacune des modalités l'une après l'autre.

### §.1 - La cession, une modalité de continuation de l'entreprise

**496.** L'Acte uniforme prévoit la cession, à la fois comme une mesure de redressement et une modalité de liquidation de l'entreprise commerciale, à l'opposé de la loi française du 13 juillet 1967, dont il s'est fortement inspiré, qui n'avait prévu cette technique qu'à titre purement liquidatif, en organisant une cession à forfait<sup>1111</sup>. Toutefois, à l'image de la loi de 1967, le texte de l'Acte uniforme relatif au concordat préventif n'a pas défini le régime de la reprise d'entreprise, et plus particulièrement, a omis d'organiser les offres de cession et de préciser les obligations du cessionnaire<sup>1112</sup>, lacune à laquelle a remédié le législateur aux articles 131 et suivants de l'Acte uniforme applicables au concordat de redressement. Ce qui semble indiquer que les différentes formes de cession prévues par le droit uniforme doivent être organisées presque à l'identique dans les deux procédures, puisque le texte prévoit les

---

<sup>1110</sup> V. PAILLUSSEAU (J), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H) et PEYRAMAURE (PH), *La cession d'entreprise*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 1989, n° 1006 et s.

<sup>1111</sup> V. par exemple les obs. de M. BADINTER (JO débats AN, séance du 5 avr. 1984, p. 1180), qui qualifie de "paradoxe incroyable" le fait que, dans cette loi, "la cession d'entreprise n'est possible, et encore est-elle mal organisée", qu'en cas de liquidation des biens ; et de dénoncer "les pratiques déviantes" auxquelles il a fallu recourir pour combler le vide légal. V. aussi E. ALFANDARI, *Les techniques de reprise d'une entreprise en difficulté*, Rev. Fr. Compta. 1981, n° 116. Sur le plan de cession, v. VALLANSAN (J), *La cession d'entreprise*, thèse, Caen, 1986 ; CORDIER (P), *Le plan de cession devant la Cour de cassation*, RJDA 1999, p. 103 ; MARTIN (J.-F.), *La cession d'entreprise*, RTD com., n° spéc. 1986, p. 119 et s. ; CHAPUT (Y), *La cession de l'entreprise*, RJ com., n° spéc. 1987, p. 52 et s. ; COURET (A), *La cession de l'entreprise dans le cadre d'une procédure collective*, Bull. Joly, 1986, 289 et s. ; MILLERIOUX (A), *La cession de l'entreprise en difficulté*, AJPI, 1986, 339 ; PIROVANO (A), *La contestation du plan de cession de l'entreprise*, D. 1988, chron. 273 ; SOINNE (B), *L'élaboration et la mise en œuvre des plans de cession*, in *L'application de la loi du 25 janvier 1985*, CRAJEFE-Nice, 1991, p. 185 et s. ; DERRIDA et AMALVY, *Plan de cession de l'entreprise et vices du consentement*, D. 1988, chron. 208 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Variations sur le plan de cession d'une entreprise en difficulté*, MéL. CHAMPAUD, D. 1997, p. 539.

<sup>1112</sup> LE NABASQUE (H), *La cession de l'entreprise en redressement judiciaire*, JCP E 1990, II, 15770 ; SOINNE (B), *Problématique du plan de cession d'entreprise*, Rev. Proc. Coll. 1989, p. 463, n° 4.

mêmes modalités et mesures de continuation de l'entreprise, aussi bien dans la procédure du concordat préventif qu'en matière du concordat de redressement<sup>1113</sup>.

**497.** C'est ainsi que, s'inspirant de la loi française du 25 janvier 1985, qui elle autre a tiré les leçons de l'échec de la loi de 1967<sup>1114</sup>, le législateur OHADA s'est voulu pragmatique, en précisant d'abord la notion de cession d'entreprise (A), et en organisant ensuite les offres de cession (B).

### **A- La cession d'entreprise dans l'exécution du concordat**

**498.** Aux termes de l'article 131, al. 2, AUPC, la cession partielle d'actif peut concerner un certain nombre de biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles. Il ne s'agit pas là d'une définition, mais plutôt de l'objet de la cession partielle d'actif. La notion de cette catégorie de cession semble devoir se dégager par analogie aux dispositions de l'alinéa 3 du texte, aux termes duquel, « *la cession d'entreprise ou d'établissement est toute cession de biens susceptibles d'exploitation autonome permettant d'assurer le maintien d'une activité économique, des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif* ». Cette définition précise à la fois la notion d'entreprise objet de cession, et les finalités du plan de cession, dont il faudra ensuite préciser la nature.

#### **1. La notion d'entreprise et les finalités de la cession**

On étudiera la notion d'entreprise, avant de préciser les finalités de la cession.

##### **a) La notion d'entreprise**

**499.** Il ressort de la définition ci-dessus énoncée qu'au sens de l'Acte uniforme portant droit des procédures collectives d'apurement du passif, l'entreprise, que le législateur considère au

---

<sup>1113</sup> V. art. 7 et 27, AUPC.

<sup>1114</sup> Pour certains auteurs, les critiques contre les mesures de cession prévues par la loi de 1967 seraient injustes, car dans la philosophie de cette loi, la poursuite de l'activité passerait par le concordat et par la survie de l'entreprise elle-même ; la cession à forfait serait conçue comme un mode de réalisation résiduaire des biens du débiteur, dont l'entreprise n'était pas viable par hypothèse. Le fait qu'on ait pu utiliser ce procédé pour réaliser des "reprises" d'entreprise montrerait au contraire la plasticité du dispositif et son "adaptabilité" aux besoins économiques et sociaux. V. DERRIDA (F), GODÉ (P) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires...*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 448).

même titre qu'un établissement<sup>1115</sup>, se définit comme un ensemble de « *biens susceptibles d'exploitation autonome* ». Ce qui postule la consistance des biens composant l'entreprise ainsi que la possibilité de la poursuite de son activité. Les biens composant l'entreprise sont, en effet, tous les biens qui lui permettent de fonctionner<sup>1116</sup> : biens corporels (immeubles, mobilier et matériel, stocks) et incorporels (clientèle, éléments de propriété industrielle, droits de jouissance divers, contrat en cours). Ainsi, loin de retenir une conception artificielle et figée de l'entreprise, le législateur a envisagé la notion d'entreprise, objet d'un plan de cession, de manière extrêmement souple<sup>1117</sup>. C'est pourquoi la cession pourra porter sur l'ensemble que constitue l'entreprise, mais encore sur des sous-ensembles, sur des activités ou des biens susceptibles d'exploitation autonome. En outre, les éléments cédés doivent permettre la poursuite d'une exploitation autonome. Ce qui définit l'entreprise et la distingue des concepts et classifications traditionnels, c'est que la consistance de l'ensemble doit pouvoir continuer à fonctionner. À défaut, il n'y a pas d'entreprise<sup>1118</sup>. N'est cessible que l'entreprise qui conserve une activité économique<sup>1119</sup>.

## **b) Les finalités de la cession**

**500.** Aux termes de l'article 131, al. 3, AUPC, trois finalités sont assignées à la cession d'entreprise<sup>1120</sup>. Le but poursuivi par le plan de cession doit être le maintien, non pas de l'entreprise telle qu'elle se présente lors de l'ouverture de la procédure, mais bien plutôt le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome et rentable<sup>1121</sup>. La cession vise plus au maintien de l'activité économique qu'à la survie de l'entreprise dans sa forme actuelle. À cette première finalité, s'ajoute celle de préserver les emplois attachés à l'ensemble de biens ou à la branche d'activité cédée, le tout, afin d'apurer le passif. Ainsi, la cession est envisagée, non comme la disparition de l'entreprise, mais comme sa continuation dans d'autres mains,

---

<sup>1115</sup> Selon une assertion, l'entreprise est un "*organisme se proposant essentiellement de produire pour les marchés certains biens ou services, financièrement indépendant de tout autre organisme; peut comporter un ou plusieurs établissements*". L'établissement quant à lui, est l'"*ensemble des installations, de l'équipement et de l'outillage d'une activité, d'une industrie, d'un commerce, d'un service public, etc., et, par extension, cette activité même, cette industrie considérée comme entité*". V. CORNU (G) (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 405 et 415.

<sup>1116</sup> PAILLUSSEAU (J), et..., *La cession d'entreprise*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1004.

<sup>1117</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial*, ..., 5<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 736.

<sup>1118</sup> PAILLUSSEAU (J), et..., *La cession d'entreprise*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1004.

<sup>1119</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *article précité*, Mél. CHAMPAUD, p. 542.

<sup>1120</sup> L'Acte uniforme reprend, pratiquement à la lettre, les finalités assignées par l'article 81, al. 2 de la loi du 25 janvier 1985 au plan de cession. Ce texte avait lui-même repris les finalités que l'article 1<sup>er</sup> de la loi conférerait à la procédure du redressement judiciaire.

<sup>1121</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial*, ..., 5<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 737.

lorsque « *le débiteur est dans l'impossibilité d'en assurer lui-même le redressement* »<sup>1122</sup>. La cession a pour objet d'assurer la survie des unités encore viables et l'approche du tribunal se doit d'être pragmatique<sup>1123</sup>: c'est au cas par cas qu'il devra apprécier les secteurs d'activités peu rentables qui doivent être supprimés et ceux qui peuvent être cédés et poursuivis par le cessionnaire<sup>1124</sup>. En effet, les finalités assignées à la cession par l'article 131 semblent hiérarchisées; aussi, le tribunal devra-t-il, avant de décider de la cession de l'entreprise, vérifier si cette solution est celle qui assure le mieux le maintien de l'activité<sup>1125</sup>.

## 2. Le mécanisme de la cession d'entreprise

Quel type de cession est envisagé par le législateur OHADA? C'est à cette question qu'on répondra avant de déterminer la nature juridique de l'opération de cession.

### a) Cession totale ou cession partielle de l'entreprise

**501.** L'Acte uniforme semble concevoir la cession comme une solution autonome de traitement des difficultés de l'entreprise, en prévoyant, à côté de la cession totale de l'entreprise, la possibilité d'une cession partielle. L'article 7, tout comme l'article 27, AUPC, impose, dans ce cas, que la cession porte sur une branche d'activité formant un fonds de commerce, ou tout au moins sur un ensemble de biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, que le débiteur devra bien indiquer dans l'offre de concordat. Il en résulte que dans l'esprit du législateur, l'objet de la cession doit toujours être une entité indépendante, une sorte de "sous-entreprise", pouvant constituer une entité autonome, à l'exemple d'un établissement. Par cette exigence, le législateur veut éviter que le plan de cession ne soit, en réalité, qu'une liquidation déguisée de l'ensemble des actifs de l'entreprise<sup>1126</sup>. Il serait regrettable, ainsi que l'observe un auteur à propos du plan de cession dans la loi de sauvegarde, de revenir à l'ancienne cession à forfait de la loi du 13 juillet 1967 qui avait été tant décriée, en raison de son caractère systématique

---

<sup>1122</sup> V. art. L. 631-22, C. com.

<sup>1123</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1121.

<sup>1124</sup> V. PAILLUSSEAU (J), et..., *La cession d'entreprise*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1004: "La composition des biens destinés à être cédés ne consiste pas en une typologie standard applicable à toutes les opérations: elle est déterminée au cas par cas par le tribunal qui doit statuer sur la composition de ces ensembles (art. 82 de la loi du 25 janvier 1985); SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1121.

<sup>1125</sup> PEROCHON (F), *Halte au détournement de la cession judiciaire d'entreprise*, D. 1990, chron. 252.

<sup>1126</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial*, ..., 5<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 738.

et aléatoire, l'entreprise étant vendue pour un prix fixe sans réelle détermination de valeur<sup>1127</sup>. Le plan de cession peut, de la sorte, être combiné avec les autres solutions de la procédure collective. Une cession partielle voire totale peut, en effet, compléter un concordat préventif.

**502.** Pour atteindre cet objectif, les dispositions de l'Acte uniforme distinguent le sort du débiteur de celui de l'entreprise: c'est "l'entreprise" qui est cédée et non le débiteur. Ce que semble indiquer l'emploi de cette terminologie dans les dispositions traitant de la cession, alors que dans les autres dispositions de la loi, le législateur a préféré parler, presque exclusivement, de "débiteur"<sup>1128</sup>, à l'instar du Code de commerce<sup>1129</sup>. Ce qui permet d'envisager la cession de l'activité d'un débiteur, personne physique, par exemple; une solution qui, toutefois, ne paraît pas aisée à réaliser, beaucoup d'entreprises individuelles ayant, la plupart du temps, une clientèle attachée à la personne de l'exploitant, personne physique. Une cession brutale à un tiers, fût-elle partielle, sans le concours actif de l'entrepreneur, ne correspondrait à rien. S'agissant du règlement préventif, cette mesure est carrément irréalisable sans l'accord du débiteur en difficulté, sauf si celui-ci est inapte ou frappé d'une interdiction d'exercer le commerce ou de diriger une entreprise commerciale<sup>1130</sup>. Il en est de même dans le cas des GIE qui, généralement, se bornent à prolonger l'activité de leurs membres, de telle sorte qu'ils

---

<sup>1127</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1121, qui observe que la cession organisée par la loi du 25 janvier 1985 avait aussi donné lieu à des abus, justement dénoncés par la doctrine, car nombre d'entreprises étaient encore vendues pour un prix dérisoire et, dans bien des cas, le repreneur n'honore pas ses engagements ou revend les actifs de l'entreprise, ce qui se traduit par son "dépeçage" (C. SAINT-ALARY-HOUIN et PH. BLAQUIER-CIRELLI, *Le contentieux de la cession d'entreprise*, Ann. Univ., Toulouse, 1992, p. 195; P. CORDIER, *Le plan de cession devant la Cour de cassation, panorama des dix dernières années de jurisprudence*, RJDA 1999, p. 103; F. DERRIDA, *A propos des plans de cession de l'entreprise... Dévoisement?* D. 1992, chron. 301). C'est pourquoi la loi du 10 juin 1994 avait corrigé ces excès dans un souci de moralisation des cessions et de protection des créanciers. La loi du 26 juillet 2005 a repris cette réglementation en améliorant la rédaction des textes, mais en faisant basculer, pour l'essentiel, la cession dans la liquidation judiciaire. Cependant, cette vision réductrice de la cession d'entreprise n'était pas partagée par tous (A. COURET, *Le plan de cession, mesure de redressement ou de liquidation?* in *La loi du 25 janvier 1985 à 20 ans. Entre bilan et réforme*, Rev. Lamy dr. aff., mars 2005, suppl. n° 80, p. 42; PH. FROEHLICH, *L'ambivalence du plan de cession totale dans la loi de sauvegarde des entreprises*, Gaz. Pal. 7/8 sept. 2005, p. 39; J. DEHARVENG, *Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives*, D. 2006, p. 1047; M.-L. COQUELET, *Le plan de cession a-t-il changé?* Rev. Proc. Coll. 2005, p. 188) et le Parlement a réintroduit la possibilité de bâtir un plan de cession dans le cadre du redressement judiciaire, mais a renvoyé aux dispositions de la liquidation pour la réaliser, de sorte qu'il existe actuellement en France deux types de cession: "la cession-redressement" et la "cession-liquidation", ce qu'a confirmé l'ordonnance du 18 déc. 2008. V. art. L. 642-1 à L. 642-21, C. com.

<sup>1128</sup> V. par exemple, art. 1<sup>er</sup>, AUPC.

<sup>1129</sup> Ce que n'a pas manqué de relever un auteur qui estime que, le législateur qui ne cesse de dire que l'entreprise n'est pas une notion juridique et qu'il convient de parler de "débiteur", ne devrait pas différencier l'entreprise du débiteur, seul sujet de droits. Selon cet auteur, cette disposition aboutit à consacrer le patrimoine d'affectation qui est inconnu, en principe, du droit positif. Autant la cession du patrimoine d'une personne morale se conçoit, autant limiter la cession des actifs du débiteur à "son entreprise" porte une atteinte sérieuse au principe de l'unité du patrimoine en reconnaissant l'autonomie des biens affectés à l'exploitation (SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1121).

<sup>1130</sup> Articles 6 à 12, AUCG.

n'exploitent pas une entreprise autonome, susceptible d'être cédée isolément<sup>1131</sup>. Il faut donc souhaiter une totale transparence, afin d'être sûr que la cession est conforme aux intérêts de tous: créanciers, salariés, cédant et repreneur<sup>1132</sup>. Ce qui est de nature à assurer l'efficacité attendue de cette mesure dans le cadre de la procédure collective de règlement préventif.

## **b) Nature juridique de la cession**

**503.** Sans revenir ici sur la controverse doctrinale qu'a pu susciter la détermination de la nature juridique de l'opération de cession<sup>1133</sup> d'entreprise, on se bornera à préciser, à la suite de certaines voix autorisées, que la cession est une opération originale<sup>1134</sup>. Elle s'apparente à un contrat, puisqu'elle suppose une offre d'achat émanant d'un repreneur<sup>1135</sup>. Mais elle n'est pas un véritable contrat, puisqu'il n'appartient ni au débiteur, ni à l'administrateur en cas de redressement judiciaire d'accepter cette offre, mais uniquement au tribunal. En outre la cession oblige à prendre en considération, non seulement le prix, mais aussi d'autres éléments, comme le maintien de l'emploi, la poursuite de l'activité, etc. Il s'agit donc d'une forme intermédiaire d'acte qui se situe entre la vente volontaire et la vente forcée aux enchères publiques, un engagement unilatéral, entériné par une juridiction<sup>1136</sup>. Son mécanisme est formaliste et passe par les offres d'acquisition.

## **B- Les offres de cession d'entreprise dans l'exécution du concordat**

**504.** L'Acte uniforme semble distinguer dans la procédure de cession, deux sortes d'offre: les offres de cession et les offres d'acquisition ou de reprise d'entreprise, les premières devant être présentées par l'entreprise débitrice et les secondes par les tiers acquéreurs. C'est ce qu'il

<sup>1131</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op cit., n° 1276.

<sup>1132</sup> SOINNE (B), *Problématique du plan de cession d'entreprise*, Rev. Proc. Coll., 1989, 463; LAGARDE-RECOUVREUR (J), *La cession dans le plan de cession*, thèse, Pau, 1992; LE NABASQUE (H), *La cession de l'entreprise en redressement judiciaire*, JCP E, 1990, II, 15770; LEVY (J.-M.), *Contribution à l'étude de la cession de l'entreprise dans le redressement judiciaire*, thèse, Paris I, 1989.

<sup>1133</sup> V. SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1123 et les références citées, qui relève que trois opinions doctrinales ont été soutenues: la thèse "contractuelle", selon laquelle le plan de cession est une forme de "contrat judiciaire", car il est élaboré à la suite de l'émission d'offres d'acquisition par les candidats repreneurs et les actes de cession, même s'ils puisent leur force dans le jugement arrêtant le plan, "nécessitent une participation volontaire de l'auteur de l'offre choisie par le tribunal". Selon une deuxième conception, dite "judiciaire", la cession d'entreprise est, au contraire, une "opération autonome de la vente..., les biens intégrés dans une telle opération perdent leur régime juridique propre pour n'être soumis qu'aux règles de la loi". Une troisième opinion, dite "intermédiaire", propose d'analyser la cession de l'entreprise en "une vente forcée à laquelle on procède par autorité de justice".

<sup>1134</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op cit., n° 1277.

<sup>1135</sup> DERRIDA et AMALVY, *Plan de cession de l'entreprise et vices du consentement*, op. cit., n° 3 et s.

<sup>1136</sup> SOINNE (B), *obs. Rev. proc. coll.*, 1991, p. 301.

convient de préciser avant d'analyser les autres aspects de la procédure d'élaboration du plan de cession.

## 1. Les différents types d'offre

L'Acte uniforme distingue les offres de cession (a) de celles d'acquisition (b).

### a) Les offres de cession

**505.** En ce qui concerne les offres de cession proprement dites, l'article 131, al. 4, AUPC, dispose que lorsque la cession d'actif ou d'entreprise ou d'établissement est envisagée dans le concordat, le syndic<sup>1137</sup> doit établir un état descriptif des biens meubles et immeubles dont la cession est envisagée, la liste des emplois qui y sont éventuellement attachés, les sûretés réelles dont ils sont affectés et la quote-part de chaque bien dans le prix de cession. On a déploré le fait que la solution retenue apparaisse restrictive, puisqu'il est fait état seulement de « *cession partielle* », la cession globale étant, semble-t-il, réservée au cas de liquidation<sup>1138</sup>. Cette lacune semble, toutefois, relevée plus d'une maladresse rédactionnelle que d'une volonté délibérée de limiter les cas de cession uniquement à celle partielle, puisque, tant l'article 7 que l'article 27, AUPC, autorisent le débiteur à prévoir dans la proposition de concordat, en plus de la cession partielle d'actif et de la cession d'une branche d'activité, la cession de la *totalité* de l'entreprise.

**506.** Ce qui veut dire qu'en cas de règlement préventif ou de redressement judiciaire, il est possible d'organiser la cession globale de l'entreprise, en renvoyant simplement aux dispositions de l'article 160, applicables en matière de liquidation des biens<sup>1139</sup>. Il n'est donc pas opportun d'écarter la possibilité d'une cession globale de l'entreprise, celle-ci pouvant être une solution heureuse, même en cas de règlement préventif, notamment si le débiteur est inapte ou frappé d'une interdiction d'exercer le commerce ou de diriger une entreprise commerciale<sup>1140</sup>.

---

<sup>1137</sup> On peut admettre, pour des besoins de transparence, que même dans le cadre du règlement préventif, le syndic, s'il est nommé, soit chargé d'établir cette liste; à défaut, ce sera au débiteur lui-même d'établir la liste qui sera ensuite soumise à l'approbation du juge-commissaire.

<sup>1138</sup> SAWADOGO (F. M.), obs. sous art. 131, AUPC, OHADA, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit.

<sup>1139</sup> C'est le cas en droit français, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008. V. article L. 631-13, C. com.

<sup>1140</sup> SAWADOGO (F. M.), obs. sous art. 131, AUPC, OHADA, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit.



**507.** Le syndic doit ensuite, dès le moment où elles sont définitivement arrêtées par lui et le débiteur et approuvées par une décision du juge-commissaire, faire connaître ces offres de cession par tous moyens, notamment par la voie d'annonces légales, ajoute l'alinéa 5. L'objectif d'une pareille publication systématique des offres proposées par le débiteur est sans doute de permettre au public d'avoir une meilleure connaissance des entreprises ou actifs susceptibles d'être cédées, afin de pouvoir présenter dans les délais requis leurs offres d'acquisition.

#### **b) Les offres d'acquisition**

**508.** Aux termes de l'article 132, AUPC, les offres d'acquisition sont reçues par le débiteur assisté du syndic et portées à la connaissance de l'assemblée concordataire, s'agissant du redressement judiciaire. Dès lors, dans la procédure du règlement préventif où il n'existe pas d'assemblée concordataire, ces offres devraient être portées à la connaissance du juge-commissaire, après avoir été reçues par le débiteur, seul ou en présence du syndic, si ce dernier organe a été désigné.

**509.** Quant aux modalités de l'offre, notamment son caractère formel et son contenu, elles sont prévues par l'article 160, AUPC, applicable en cas de cession globale. L'alinéa 3 de ce texte, dispose en effet que « *toute offre d'acquisition doit être écrite* » et indiquer le prix et ses modalités de paiement, ainsi que la date de réalisation de la cession, reprenant ainsi deux des mentions obligatoires prévues en la matière par le droit français<sup>1141</sup>. Les autres indications, sans être explicitement retenues, semblent néanmoins incluses<sup>1142</sup>, afin que le tribunal puisse porter une appréciation objective et éclairée sur le sérieux et la portée de l'offre d'acquisition faite par le cessionnaire, et s'assurer qu'elle réponde aux conditions posées par l'article 131, AUPC.

**510.** Les indications suivantes<sup>1143</sup>, semble, donc, indispensables dans l'offre d'acquisition:

---

<sup>1141</sup> V. articles L. 621-85, anc., C. com. repris par art. L. 642-2-II, C. com.

<sup>1142</sup> Comp. notamment art. 160 et 132, AUPC.

<sup>1143</sup> V. GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op cit., n° 1278; PAILLUSSEAU (J), et..., *La cession d'entreprise*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1010; PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 443; DERRIDA (F), GODÉ (P) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires...*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 166 et s.; SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1127.

- *La désignation précise des biens, des droits et des contrats inclus dans l'offre*, c'est-à-dire l'étendue patrimoniale de la reprise<sup>1144</sup>. Celle-ci doit en effet porter sur un ensemble de biens susceptibles d'exploitation autonome; ce qui exclut, en principe, des offres d'acquisition d'actifs isolés.
- *Les prévisions d'activité et de financement*, qui peuvent être établies soit par l'offrant, soit par des banques, ou encore par des tiers, notamment des sociétés du même groupe que l'offrant. Les prévisions à court terme doivent être précises et chiffrées, à distinguer des prévisions à moyen et long terme, qui pourront avoir un caractère seulement indicatif<sup>1145</sup>. À cet effet, le cessionnaire devrait joindre ses comptes annuels relatifs aux trois derniers exercices ainsi que ses comptes prévisionnels, lorsqu'il est tenu de les établir<sup>1146</sup>.
- *Le prix offert et les modalités de règlement*, notamment au cas où le prix ne serait pas payé intégralement comptant, ce qui est souvent le cas<sup>1147</sup>.
- *La date de réalisation de la cession*, notamment lorsque la cession est précédée d'une location-gérance, par exemple, puisque l'intérêt, tant du cédant que du cessionnaire semble plutôt résider dans la réalisation immédiate de l'opération, c'est-à-dire dès le jugement qui l'ordonne.
- *Le niveau et les perspectives d'emploi justifiés par l'activité considérée*. Le repreneur doit ici indiquer s'il entend subordonner la reprise à des licenciements et la manière dont l'emploi évoluera dans un proche avenir. La reprise peut en effet s'accompagner de l'embauche de personnel supplémentaire. Les prévisions à court terme devraient à cet effet être les seules que l'offrant indiquera avec précision<sup>1148</sup>.
- *Les prévisions de cession d'actifs au cours des deux années suivant la cession*. Il s'agira de permettre au cessionnaire de vendre les biens inutiles au redressement tout en évitant que le repreneur, au lieu d'honorer ses engagements de continuation de l'entreprise, ne liquide celle-ci en revendant les actifs indispensables à son exploitation. Ce qui, selon un auteur, se traduit par le "dépeçage"<sup>1149</sup> de l'entreprise.
- *Les garanties souscrites en vue d'assurer l'exécution de l'offre*. Il peut s'avérer utile de faire jouer la garantie, notamment lorsque la totalité du prix n'est pas payée comptant, ou lorsque

<sup>1144</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 443.

<sup>1145</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1278.

<sup>1146</sup> V. art. 13 et s., AUCG et 19 et s., AUCE; comp. art. R. 642-1, C. com.

<sup>1147</sup> Paris, 29 avr. 1988, D. 1988, IR, 160; Gaz. Pal. 1988, 2, 783; JCP E 1989, II, 15468, obs. M. CABRILLAC: offre jugée insuffisamment sérieuse pour n'avoir pas indiqué, non seulement le prix, mais aussi les données prévisionnelles relatives à l'activité envisagée.

<sup>1148</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1278.

<sup>1149</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1119.

le repreneur n'exécute pas ses obligations, compromettant ainsi le redressement de l'entreprise.

**511.** Le contenu de l'offre doit donc être très précis, ce qui ne devrait pas empêcher le juge-commissaire de demander des indications ou informations complémentaires, dans le but d'assurer la clarté et la transparence de la cession, afin d'éviter les errements qu'a pu connaître le droit français. Des informations complémentaires pourraient même porter sur la personne de l'offrant<sup>1150</sup>.

## **2. La qualité de l'offrant et l'adoption du plan de cession**

Qui peut présenter une offre de reprise d'entreprise? C'est la question à laquelle il faudra répondre, avant d'aborder l'adoption du plan de cession.

### **a) L'offrant**

**512.** En ce qui concerne l'auteur de l'offre d'acquisition, l'article 160, al. 2, AUPC, prévoit qu'il doit être un tiers<sup>1151</sup> par rapport au débiteur. Le débiteur ne saurait donc être candidat à sa propre reprise, sans doute dans un souci de moralisation des affaires, et il importe de vérifier qu'il n'y parvient pas de façon détournée<sup>1152</sup>. D'où l'interdiction de soumettre une offre d'acquisition faite au débiteur et à ses proches, notamment les dirigeants de la personne morale, les parents ou alliés de ces dirigeants ou du débiteur personne physique jusqu'au deuxième degré. Le domaine de l'interdiction semble assez large et s'étend au syndic et aux contrôleurs, c'est-à-dire, à tous ceux qui ont participé à l'administration de la procédure collective. Il leur est, en

---

<sup>1150</sup> Aix-en-Provence, 2 juin 1988, D. 1991, somm. p. 5, obs. F. DERRIDA: le tribunal peut demander un complément d'information sans que cela soit soumis à un débat contradictoire.

<sup>1151</sup> Sur la notion de "tiers", voir, T. com. Paris, 14<sup>ème</sup> ch., 21 sept. 1989, D. 1991, somm. p. 4, obs. F. DERRIDA; Gaz. Pal. 1989, 532: en l'espèce, l'offre avait été présentée par une entité juridique nouvelle dont le capital était détenu à 32% par d'anciens dirigeants actionnaires et dont le conseil d'administration était composé d'anciens dirigeants. V. aussi, Douai, 18 oct. 1990, Rev. Proc. Coll. 1991-3, p. 286, obs. B. SOINNE et jurisp. citée, Rev. Proc. Coll. 1994, 171; v. également J.-F. MARTIN, *La cession de l'entreprise aux dirigeants ou actionnaires de la personne morale ou à une société constituée par eux*, Gaz. Pal. 3-5 déc. 1989. L'article L. 642-3 issu de la loi du 26 juillet 2005 devrait mettre fin au contentieux qu'il y avait auparavant sur cette notion. Elle englobe désormais les proches du débiteur, mais aussi les dirigeants ou associés de la personne morale, quoiqu'il semble que les associés ne sont pas visés, s'ils ne sont pas dirigeants de fait (CARAMALLI, D. 2005, 2210). L'article L. 642-4, C. com. précise que le liquidateur ou l'administrateur donne au tribunal tous les éléments "permettant de vérifier le caractère sérieux de l'offre ainsi que la qualité de tiers de son auteur".

<sup>1152</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 443. Selon cet auteur, "il serait immoral que le débiteur puisse, sous couvert d'un plan de cession, continuer ses activités en étant débarrassé de ses dettes; s'il veut poursuivre l'exploitation, il doit avoir le courage de proposer un plan de redressement, qui prévoit le paiement du passif" (n° 439).

effet, interdit, suivant les dispositions de l'article 51, AUPC, d'acquérir personnellement, soit directement, soit indirectement, à l'amiable ou par vente de justice, tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier du débiteur en état de règlement préventif, redressement judiciaire ou liquidation des biens. L'objectif est sans doute d'éviter qu'ils n'exercent leur mission qu'afin de servir leur propre intérêt de futur repreneur, attitude érigée en délit et sanctionnée par l'Acte uniforme<sup>1153</sup>.

**513.** Cependant, le législateur OHADA ne semble pas assurer le suivi de l'interdiction qu'il édicte, puisqu'il ne prévoit pas l'étendue de celle-ci dans le temps, contrairement au droit français, par exemple, qui proscrit, pendant les cinq années suivant la cession, à peine de nullité absolue, l'acquisition par les personnes sus-évoquées de biens compris dans la cession ou l'acquisition de droits sociaux dans des sociétés détenant ces biens, directement ou indirectement<sup>1154</sup>. Même si cette omission peut s'analyser en une interdiction absolue, non limitée dans le temps, elle peut constituer une faille que n'hésiterait pas à exploiter un débiteur peu scrupuleux pour reprendre en mains ses affaires, après s'être débarrassé de ses dettes au moyen d'une cession<sup>1155</sup>. Cette imprécision a, en outre, pour effet une certaine rigidité du mécanisme, empêchant par exemple toute opération de reprise dans un cadre familial, tel que c'est le cas en droit français depuis la loi du 26 juillet 2005<sup>1156</sup>, lorsque celle-ci est de nature à favoriser le redressement de l'entreprise débitrice<sup>1157</sup>.

#### **b) L'adoption du plan de cession**

Elle passe par le dépôt des offres d'acquisition et l'homologation du plan de cession par la juridiction compétente. En ce qui concerne le dépôt des offres d'acquisition, l'article 132, AUPC, applicable au redressement judiciaire, dispose que ces offres sont reçues par le débiteur assisté du syndic et portées à la connaissance de l'assemblée concordataire qui décide de retenir l'offre la plus avantageuse. Ce qui suppose qu'en matière de règlement préventif, les

---

<sup>1153</sup> Article 243, AUPC.

<sup>1154</sup> Article L. 642-3, C. com.

<sup>1155</sup> Il suffira en effet de céder l'entreprise à un ou des "repreneurs tiers" bien choisis et d'attendre la fin de l'exécution du concordat, qui est, en général, de deux ans, pour "racheter" l'affaire.

<sup>1156</sup> Le nouveau dispositif issu de la loi de 2005 reconduit, en effet, la possibilité pour le tribunal d'accorder, dans le cas d'une exploitation agricole, une dérogation à l'interdiction d'acquérir aux parents ou alliés, mais jamais aux contrôleurs. En outre, et surtout, cette dérogation peut désormais bénéficier aux proches du débiteur, en dehors des exploitations agricoles, mais seulement sur requête du ministère public, et par jugement spécialement motivé, après avis des contrôleurs (art. L. 642-3, al. 2, C. com.).

<sup>1157</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La réforme des plans de redressement*, in *La réforme du nouveau droit de l'entreprise*, Montchrestien, 1995, p. 173.

offres de reprise pourraient être reçues par le débiteur, seul ou assisté du syndic, lorsqu'il est désigné, et ensuite portées à la connaissance du juge-commissaire qui devrait être le seul habilité à retenir l'offre la plus avantageuse. Le plan de cession, totale ou partielle, doit ensuite être homologué par la juridiction compétente, avant de recevoir exécution.

**514.** En ce qui concerne l'homologation du plan de cession, elle est subordonnée, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 132, AUPC, à la réunion de deux conditions: si le prix est suffisant pour désintéresser les créanciers munis de sûretés réelles spéciales sur les biens cédés, sauf renonciation par eux à cette condition et acceptation d'être traités pour le reliquat non payé de leurs créances, comme des créanciers chirographaires; et si le prix est payable au comptant ou si, dans le cas où des délais de paiement sont accordés à l'acquéreur, ceux-ci n'excèdent pas deux ans et sont garantis par le cautionnement solidaire d'un établissement bancaire. Le législateur montre ainsi très clairement que l'importance et le règlement du prix constituent les indices permettant d'apprécier le caractère sérieux de l'offre d'acquisition<sup>1158</sup>, caractère dont le juge doit constater l'existence avant d'homologuer la cession.

**515.** On aurait pu, dans un souci d'efficacité, prévoir que l'homologation soit conditionnée à la constatation par le juge que l'offre de reprise concilie le redressement de l'entreprise, le maintien des emplois et l'apurement du passif<sup>1159</sup>; ou, pour reprendre une formule plus actuelle, que l'offre permette dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé, le paiement des créanciers et présente les meilleures garanties d'exécution<sup>1160</sup>. Ce qui aurait pour effet d'éviter le risque que le tribunal ne soit tenté de choisir la solution de facilité qui consisterait à retenir l'offre qui comporte le prix le plus élevé, au lieu de se livrer, préalablement, à une « *appréciation d'opportunité économique*

---

<sup>1158</sup> L'une des premières difficultés apparues au contentieux, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, en droit français, a porté sur le point de savoir si les tribunaux pouvaient consentir à la cession de l'entreprise alors même que le prix offert ne suffirait pas à désintéresser les créanciers. La Cour de cassation, à la suite de nombreuses juridictions du fond, a répondu par l'affirmative, en s'appuyant sur le fait que "rien dans le texte de loi ne dit que le bénéficiaire d'une cession consentie dans le cadre du redressement judiciaire de l'entreprise devrait payer l'intégralité du passif" (Versailles, 9 juill. 1986, Gaz. Pal. 1986, 2, 436, note D. CALMELS; Aix-en-Provence, 2 oct. 1986, D. 1987, somm. p. 9 et 10, obs. F. DERRIDA; Toulouse, 16 avr. 1987, Les Petites Affiches 1988, n° 74, p. 5, obs. F. MACORIG-VENIER; T. com. Paris, 16 avr. 1986, Gaz. Pal. 4/5 juin 1986, obs. ANNICHARICO; T. com. Nanterre, 22 mai 1986, Gaz. Pal. 1986, 2, 435, note D. CALMELS). C'est ainsi qu'il a été jugé, par application de l'ancien art. 81, al. 2, de la loi du 25 janvier 1985 (art. L. 621-83, anc., C. com.), qu'un plan de cession pouvait être valablement arrêté même s'il ne permettait pas le règlement intégral des créanciers (Com. 26 juin 1990, JCP E 1991, 355, obs. M. CABRILLAC et PH. PETEL; Rev. Proc. Coll. 1991, p. 320, note B. SOINNE). La question ne semble pas devoir se poser dans les mêmes termes sous l'empire de la loi de sauvegarde, puisque la cession a lieu dans un cadre liquidatif (SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1140 et les références citées).

<sup>1159</sup> Art. L. 621-83, anc., C. com.

<sup>1160</sup> Art. L. 642-5, C. com.

*globale* »<sup>1161</sup>, tenant compte de l'aptitude du repreneur à redresser l'entreprise et de l'intérêt de tous les partenaires<sup>1162</sup>. Cette préoccupation est par ailleurs très clairement prise en compte par le législateur OHADA qui n'envisage la cession d'entreprise ou d'établissement que lorsqu'elle est susceptible d'assurer le maintien d'une activité économique, des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif<sup>1163</sup>.

**516.** Au total, la cession, en tant que mesure de redressement pouvant être prévue dans le concordat préventif, mérite davantage de précisions dans son mécanisme et dans son fonctionnement, pour pouvoir assurer l'efficacité escomptée, même s'il est prévu, aux côtés de cette mesure, une autre, la location-gérance en tant que modalités alternatives de sauvetage de l'entreprise.

## **§.2 - La location-gérance et l'exécution du concordat préventif**

**517.** L'article 7, AUPC énonce que le débiteur peut prévoir dans son offre de concordat préventif, les modalités de continuation de l'entreprise, telles que notamment la location-gérance d'une branche d'activité formant un fonds de commerce ou encore la location-gérance de la totalité de l'entreprise. Mais, ce sont les articles 115 et 116 applicables aux procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens, qui organisent le mécanisme de la location-gérance, en énonçant respectivement les conditions de formation (A) et les effets (B).

### **A- La conclusion de la convention de location-gérance**

**518.** L'Acte uniforme relatif au droit des procédures collectives ne définit pas la location-gérance. Il convient donc de préciser cette notion (1) avant d'analyser les conditions de formation du contrat de location-gérance (2).

---

<sup>1161</sup> Com. 2 févr. 1993, Bull. civ. IV, n° 41, p. 28; Paris, 6 févr. 1987, Rev. Proc. Coll. 1987, n° 3, p. 39, note J.-F. MARTIN; T. com. Paris, 20 mai 1986, JCP 1986, II, 20658, note CHAPUT; T. com. Antibes, 11 avr. 1986, D. 1986, 307, note DERRIDA.

<sup>1162</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op cit., n° 1280.

<sup>1163</sup> Art. 131, al. 3, AUPC.

## 1. La notion de location-gérance

**519.** C'est l'Acte uniforme portant droit commercial général qui définit l'opération de location-gérance. L'article 106 ancien de ce texte prévoyait, en effet, à son alinéa 3, que la location-gérance est une convention par laquelle le propriétaire d'un fonds de commerce, personne physique ou morale, en concède la location à un gérant, personne physique ou morale, qui l'exploite à ses risques et périls. Cette définition est reprise, à quelques nuances près, par l'alinéa 3 de l'article 138 du nouvel Acte uniforme, aux termes duquel, « *la location-gérance est une convention par laquelle le propriétaire du fonds de commerce, personne physique ou morale, en concède la location, en qualité de bailleur, à une personne physique ou morale, locataire-gérant, qui l'exploite à ses risques et périls* ». La définition manque de précision, notamment en ce qui concerne l'étendue de la location dans le temps, car, en règle générale, la location-gérance est un contrat à durée limitée, à l'expiration duquel le loueur reprend l'exploitation de son fonds. À ce titre, la définition retenue par le Vocabulaire juridique paraît correspondre plus à la réalité, dans la mesure où elle précise clairement que, par la convention de location-gérance, le propriétaire ne concède que *pour un temps* l'exploitation de son fonds au locataire-gérant<sup>1164</sup>. C'est d'ailleurs ce que prévoit l'article 115, al. 5, AUPC, aux termes duquel la durée du contrat de location-gérance ne peut excéder deux ans.

**520.** En outre, contrairement au droit français où la location-gérance est le préalable de la cession et ne peut être conclue que par celui qui a promis de racheter l'entreprise aux meilleures conditions<sup>1165</sup>, l'Acte uniforme semble faire du mécanisme de la location-gérance une solution autonome de continuation de l'entreprise, au même titre que la cession. En atteste, l'expression « la cession *ou* la location-gérance » d'une branche d'activité formant un fonds de commerce ou de la totalité de l'entreprise<sup>1166</sup>. C'est apparemment dans ce souci que le législateur, en prévoyant que la durée du contrat de location-gérance ne peut excéder deux ans<sup>1167</sup>, ajoute que cette durée est renouvelable<sup>1168</sup>, sans préciser le nombre de fois. Il s'agit

---

<sup>1164</sup> V. CORNU G. (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 620, selon lequel, la location-gérance est une convention par laquelle le propriétaire d'un fonds de commerce concède pour un temps l'exploitation de son fonds à une personne dite gérant libre ou locataire-gérant, qui l'exploite à ses risques et périls, contre paiement d'une redevance périodique.

<sup>1165</sup> Art. L. 621-97, anc. et L. 642-15, C. com.

<sup>1166</sup> Art. 7 et 27, AUPC.

<sup>1167</sup> En droit français, la location-gérance est envisagée avec suspicion par le législateur depuis 1985. C'est ainsi qu'aux termes de l'art. L. 642-15, C. com., l'entreprise doit être effectivement cédée dans les deux ans du jugement arrêtant le plan. À défaut, le tribunal, d'office ou à la demande du ministère public, ordonne la résiliation du contrat de location-gérance et la résolution du plan sans préjudice de tous dommages-intérêts. En revanche, le locataire-gérant ne peut plus être soumis, du seul fait de l'inexécution de l'obligation d'acquiescer, à

sans doute de résoudre par la voie la plus appropriée les difficultés de l'entreprise, notamment lorsque celles-ci ont leur source dans la mauvaise gestion ou dans l'incompétence du débiteur ou des dirigeants sociaux<sup>1169</sup>. Cette solution peut se révéler heureuse en vue d'atteindre les objectifs poursuivis par les procédures collectives, en particulier le sauvetage de l'entreprise en règlement préventif. L'Acte uniforme conserve ainsi à la location-gérance sa véritable nature juridique, puisque, tant en règlement préventif, qu'en redressement judiciaire, le contrat n'a pas vocation à déboucher sur une aliénation<sup>1170</sup>, le loueur devant *a priori* reprendre son fonds à l'expiration de la durée du bail, même en cas de renouvellement.

**521.** Quoi qu'il en soit, même si le législateur OHADA ne considère pas la location-gérance avec autant de suspicion que son homologue français, il entoure sa conclusion de conditions strictes, afin de limiter d'éventuels abus.

## **2. Les conditions de formation du contrat de location-gérance**

**522.** L'article 115, AUPC, énumère un certain de conditions dans lesquelles la conclusion d'un contrat de location-gérance peut être envisagée. Celle-ci est autorisée par la juridiction compétente, à la demande du représentant du Ministère public, du syndic ou d'un contrôleur s'il en a été nommé, lorsque la disparition ou la cessation d'activité, même provisoire, de l'entreprise est de nature à compromettre son redressement ou à causer un trouble grave à l'économie nationale, régionale ou locale dans la production et la distribution de biens et de services. De plus, le tribunal n'accorde son autorisation que lorsqu'il estime suffisantes les garanties offertes par le locataire-gérant ou si celui-ci présente une indépendance suffisante à l'égard du débiteur. L'objectif visé ici est de faire face aux risques inhérents à l'opération. Il a, en effet, été observé que souvent, les locataires-gérants ne disposent pas de fonds propres suffisants pour renflouer l'entreprise et relancer ses activités<sup>1171</sup>. À ce risque, s'ajoute celui de voir la location-gérance servir d'opportunité pour le locataire-gérant ou le débiteur de « vider la substance de l'entreprise », c'est-à-dire réduire la valeur du fonds au détriment du paiement

---

une procédure collective, comme sous l'égide du droit ancien (art. L. 621-101, C. com. issu de la loi du 25 janvier 1985). V. SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1144; GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1293.

<sup>1168</sup> Art. 115, al. 5, AUPC.

<sup>1169</sup> SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 190 .

<sup>1170</sup> Aussi, la solution contraire du droit français est-elle dénoncée par un auteur qui voit en cette "prétendue location-gérance" une vente à terme ou une vente avec transfert de propriété différé: GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1294).

<sup>1171</sup> SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 190 .



des créanciers ou du sauvetage de l'entreprise. Enfin, l'exigence que le locataire-gérant présente une indépendance suffisante vis-à-vis du débiteur, est de nature à éviter que la location-gérance ne serve de modalité permettant au débiteur de reprendre son entreprise en sous-main.

**523.** Aussi, l'emploi de *ou* par l'article 115, al. 3, AUPC, est-il sans conteste révélateur, le défaut d'une seule des exigences étant suffisant pour justifier le rejet de la location-gérance par la juridiction compétente. Ainsi, la seule constatation par le juge de l'insuffisance des garanties offertes par le locataire-gérant est totalement suffisante pour justifier son refus d'autoriser l'opération. En revanche, même en cas de garanties suffisantes, le juge devra refuser l'opération, s'il estime que le locataire-gérant ne présente pas une indépendance suffisante à l'égard du débiteur.

**524.** L'alinéa 4 du texte ajoute que les conditions de durée d'exploitation du fonds de commerce par le débiteur pour conclure une location-gérance ne reçoivent pas application, faisant référence, sans doute, aux délais applicables au droit commun de la location-gérance, régi par l'Acte uniforme portant droit commercial général. L'article 109 ancien de ce texte prévoyait, en effet, que les personnes qui concèdent une location-gérance doivent avoir été commerçantes pendant deux années ou avoir exercé pendant une durée équivalente des fonctions de gérant ou de directeur commercial ou technique d'une société, et avoir exploité, pendant une année au moins en qualité de commerçant, le fonds mis en gérance. L'exigence de ces délais en droit commun tendait à éviter la spéculation<sup>1172</sup> résultant de la mise en location prématurée de fonds de commerce. Mais ce risque n'existe pas lorsque le titulaire du fonds est en redressement judiciaire, d'où la précision de l'article 115, al. 4, qui n'est en fait qu'un rappel de la prise en compte déjà opérée par le droit commun à l'article 111, AUDCG, aux termes duquel les conditions fixées par l'article 109 ne sont pas applicables aux contrats de location-gérance passés par des mandataires de justice chargés à quelque titre que ce soit de l'administration d'un fonds de commerce, à condition qu'ils y aient été autorisés par la juridiction compétente et qu'ils aient satisfait aux mesures de publicité prévues.

**525.** La question n'a pas tellement évolué aujourd'hui, puisque le nouvel Acte uniforme en matière de droit commercial général, tout en abandonnant les conditions relatives à la personne du

---

<sup>1172</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op cit., n° 1293.

débiteur, a repris et alourdi la condition relative à la durée d'exploitation du fonds. C'est ainsi qu'aux termes de l'actuel article 141, AUDCG, la personne physique ou morale qui concède une location-gérance doit avoir exploité, pendant deux ans au moins en qualité de commerçant, le fonds mis en gérance. Une mesure qui demeure inapplicable en matière de redressement judiciaire de même qu'en règlement préventif, quoique dans cette dernière procédure, l'on puisse, à certains égards, émettre des doutes quant à son efficacité.

**526.** En effet, l'efficacité, en matière de redressement judiciaire, de l'inapplicabilité des conditions de durée d'exploitation du fonds de commerce par le débiteur pour conclure une location-gérance ne fait aucun doute, étant donné que cette procédure n'est déclenchée qu'à partir d'un critère objectif, la cessation des paiements du débiteur. Ce qui, en principe, exclut tout risque de spéculation du fait d'une mise en location prématurée du fonds de commerce. En revanche, le règlement préventif est une procédure volontaire, déclenchée à l'initiative du seul débiteur, avant la survenance de toute cessation de paiements. Est, dès lors, grande, la tentation pour le propriétaire d'un fonds de commerce confronté à des difficultés financières de conclure une location-gérance, afin de continuer à tirer profit de son actif commercial, tout en se déchargeant des soucis d'une exploitation personnelle. Le législateur aurait donc dû, en prévoyant la location-gérance en matière de règlement préventif, maintenir dans cette procédure, et uniquement dans celle-ci, la condition de durée de l'article 141, AUDCG, à savoir deux ans minimum d'exploitation avant toute location-gérance. Quoi qu'il en soit, le contrat de location-gérance, une fois conclu, doit produire ses effets.

## **B- Les effets de la location-gérance**

**527.** Les effets de la location-gérance doivent être examinés tant dans les rapports entre les parties (1) que dans les rapports entre celles-ci et les tiers (2).

### **1. Les effets entre les parties**

**528.** Les rapports entre les parties sont régis par le contrat de location-gérance. On analysera donc tour à tour les obligations du loueur de fonds de commerce et celles du locataire-gérant.

## a) Les obligations du loueur de fonds de commerce

- 529.** Le loueur de fonds de commerce doit se conformer aux obligations qu'il a contractées dans le contrat de location-gérance. Il doit, en règle générale, délivrer le fonds au locataire avec tous les éléments dont il se compose. Aux termes de l'article 137, AUDCG, le fonds de commerce peut comprendre différents éléments mobiliers, corporels et incorporels, notamment les éléments suivants : les installations, les aménagements et agencements, le matériel, le mobilier, les marchandises en stock, le droit au bail, les licences d'exploitation, les brevets d'inventions, marques de fabrique et de commerce, dessins et modèles, et tout autre droit de propriété intellectuelle nécessaires à l'exploitation. Dans la pratique, les parties désigneront dans le contrat les éléments qu'elles entendent inclure dans la location. Toutefois, l'Acte uniforme considère certains éléments comme étant des éléments essentiels d'un fonds de commerce. C'est notamment le cas de la clientèle et de l'enseigne ou du nom commercial.
- 530.** En effet, aux termes de l'article 136, AUDCG, « *le fonds de commerce comprend nécessairement la clientèle et l'enseigne ou la clientèle et le nom commercial, sans préjudice du cumul de la clientèle avec l'enseigne et le nom commercial.* » Cela veut dire, en d'autres termes, que quels que soient les éléments expressément visés, la location doit comprendre *la clientèle et l'enseigne* ou *la clientèle et le nom commercial* ou encore *la clientèle, l'enseigne et le nom commercial*, même si ceux-ci ne sont pas expressément mentionnés dans l'acte.
- 531.** L'Acte uniforme ne fait aucune obligation au loueur de délivrer les livres de commerce, bien qu'ils soient très souvent indispensables à la continuation de l'exploitation<sup>1173</sup>. On estime que le loueur devra, tout au moins, fournir les livres en cours, sinon ceux de l'année précédente, surtout si elle vient d'expirer, ainsi que tous les renseignements utiles à l'exploitation du fonds, tels que les détails des clients, les modalités de règlement consenties par les fournisseurs et celles consenties par le loueur aux clients, les procédés de fabrication, etc.<sup>1174</sup>. Le loueur doit également assurer au locataire la jouissance paisible du fonds pendant la durée du bail et ne rien faire qui puisse diminuer la valeur du fonds, ni faire concurrence, directement ou indirectement à son preneur<sup>1175</sup>. Le loueur ne doit non plus s'immiscer dans l'exploitation du fonds, car ce serait contraire à l'essence même du contrat, mais il peut se

<sup>1173</sup> PAILLUSSEAU (J), et..., *La cession d'entreprise*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 501.

<sup>1174</sup> PAILLUSSEAU (J), et..., *La cession d'entreprise*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 501.

<sup>1175</sup> PAILLUSSEAU (J), et..., *La cession d'entreprise*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 504.

réserver un droit de contrôle sur la gestion, par exemple, le droit d'examiner la comptabilité; ce qui est essentiel, lorsque la redevance est calculée en fonction du bénéfice ou du chiffre d'affaires. Il a également un droit de surveillance en raison de la responsabilité qu'il encourt du fait de l'exploitation du fonds par le locataire<sup>1176</sup>.

## b) Les obligations du locataire-gérant

**532.** Le locataire doit exploiter le fonds suivant sa destination, c'est-à-dire qu'il ne peut changer la nature du commerce exploité<sup>1177</sup>, alors même qu'aucun dommage n'en résulterait pour le propriétaire du changement de destination; car, en effet, le loueur peut ne pas avoir les qualifications ou les aptitudes nécessaires pour continuer, après la fin de la location, l'exploitation du nouveau commerce entrepris par le locataire-gérant. Le locataire ne peut adjoindre au fonds loué une activité nouvelle sans l'autorisation du loueur<sup>1178</sup>. Il semble, cependant, que l'ouverture de nouveaux rayons soit admise, ou une extension connexe à l'activité prévue, si dans l'usage des lieux, il s'agit d'un accessoire au commerce principale – par exemple l'extension aux bicyclettes d'un commerce de vente de motocyclettes<sup>1179</sup>, à condition que ces nouvelles activités ne dénaturent pas l'activité précédemment exercée<sup>1180</sup>. En outre, le gérant ne doit pas concurrencer le fonds qu'il a pris en location-gérance; ce qui ne l'empêche pas, toutefois, de se livrer à une activité voisine ou différente, mais indépendante – par exemple, un commerce de gros, à côté d'un commerce de détail – l'essentiel étant qu'il ne s'adresse pas à la même clientèle<sup>1181</sup>.

**533.** Il doit exploiter le fonds dans le local loué, sans le déplacer, le déplacement pouvant être préjudiciable à la clientèle du bailleur<sup>1182</sup>. Il en est de même, de la valeur du fonds qui pourrait considérablement diminuer, si les termes du bail des locaux conclu par le propriétaire du fonds n'étaient pas respectés par le locataire-gérant et entraînait sa résiliation<sup>1183</sup>. Le

---

<sup>1176</sup> PAILLUSSEAU (J), et..., *La cession d'entreprise*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 505.

<sup>1177</sup> COHEN (A), *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, 2<sup>ème</sup> éd. 1948, n° 1011.

<sup>1178</sup> Aix, 27 avril 1950, JCP 1950, II, 5848.

<sup>1179</sup> BÉRAUD, *La gérance des fonds de commerce*, annales des Loyers 1979, n° ¾, n° 295.

<sup>1180</sup> TGI Strasbourg, 8 avril 1987 (affaire *Lemmel c/ SA Au Phénix*), inédit.

<sup>1181</sup> BÉRAUD, *La gérance des fonds de commerce*, op. cit., n° 298.

<sup>1182</sup> PAILLUSSEAU (J), et..., *La cession d'entreprise*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 507. Pour cet auteur, cette obligation ne s'applique pas à des entreprises dont le rayon de clientèle est très étendu, le déplacement étant dans ce cas sans influence. Ce serait le cas, par exemple, d'une entreprise ayant une clientèle nationale.

<sup>1183</sup> PAILLUSSEAU (J), et..., *La cession d'entreprise*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 506.

locataire est donc tenu de se conformer<sup>1184</sup> aux dispositions du bail, telles qu'elles figurent dans le contrat de bail conclu entre le loueur du fonds et le bailleur des locaux.

**534.** Aux termes de l'article 138, al. 4, AUDCG, le locataire-gérant doit payer au bailleur du fonds un loyer correspondant à la redevance due pour la jouissance des locaux, et un loyer pour la jouissance des éléments corporels et incorporels du fonds de commerce tels que décrits dans le contrat de location-gérance. Ces deux éléments de loyer sont obligatoirement déterminés de façon séparée dans le contrat de location-gérance, même si leurs échéances sont fixées aux mêmes dates. Le paiement du loyer, appelé "*redevance*", est donc une obligation essentielle du contrat. L'Acte uniforme prévoit deux sortes de redevance: l'une due du fait de la jouissance des locaux, l'autre, pour la jouissance des éléments corporels et incorporels du fonds de commerce. La première correspond au loyer des locaux, que le fonds soit exploité ou non dans un local loué. Il s'agira le plus souvent d'une redevance fixe, surtout, lorsque le fonds est exploité dans un local loué. Dans ce cas, la redevance sera, la plupart du temps, le montant du loyer fixé par le bail<sup>1185</sup>.

**535.** La seconde redevance, celle due pour la jouissance des éléments corporels et incorporels du fonds de commerce, peut être soit fixe, soit basée sur un pourcentage du chiffre d'affaires ou sur les bénéfices, ou encore consister en une partie fixe et une partie variable<sup>1186</sup>. Elle est, en général, tout comme le bail de l'immeuble dans lequel le fonds est exploité, assortie d'une clause d'échelle mobile<sup>1187</sup>, qui doit être en rapport avec les biens produits ou en relation directe avec l'objet de la convention, ou l'activité des parties<sup>1188</sup>.

---

<sup>1184</sup> Les dispositions de l'article 115, al. 2, AUPC, aux termes desquelles "*la conclusion d'un contrat de location-gérance est possible même en présence d'une clause contraire dans le bail de l'immeuble*" ne doivent pas être interprétées comme autorisant le locataire-gérant à ne pas se conformer aux dispositions du bail ou à exploiter le fonds contrairement à la destination qui lui a été donnée par le bail des locaux. Cette disposition doit s'analyser simplement comme n'étant pas un obstacle à l'opération même de location-gérance, la situation nouvelle créée par l'ouverture de la procédure collective justifiant l'entorse à toute clause contraire du bail. Il suffit, dans un pareil cas, d'obtenir l'autorisation du bailleur de l'immeuble, en contrepartie de la garantie que le locataire-gérant exploitera le fonds conformément à la destination prévue au bail des locaux (art. 113, AUCG).

<sup>1185</sup> Il en sera ainsi, afin d'éviter de la part du bailleur du local, toute action tendant à l'augmentation du loyer. V. article 122, AUDCG: "*lorsque le loyer de la sous-location totale ou partielle est supérieur au prix du bail principal, le bailleur a la faculté d'exiger une augmentation correspondante du prix du bail principal, augmentation qui à défaut d'accord entre les parties est fixée par la juridiction compétente, statuant à bref délai, en tenant compte des éléments visés à l'article 117 ci-dessus.*"

<sup>1186</sup> PAILLUSSEAU (J), et..., *La cession d'entreprise*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 512.

<sup>1187</sup> Méthode d'actualisation de la valeur nominale du salaire ou d'autres prestations en fonction des variations de certaines valeurs économiques, appelées indices de référence: CORNU G. (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 379.

<sup>1188</sup> Dijon, 17 juillet 1975, Gaz. Pal. 13 mai 1976 et RTD com. 1976, p. 344, n° 20.

**536.** En vue de garantir le paiement des redevances et surtout l'exécution de toutes les autres conditions imposées au locataire-gérant, il est usuel d'exiger un dépôt de garantie qui sera restitué au locataire à la fin du contrat. À l'expiration du contrat, le loueur pourra retenir, sur le montant du dépôt de garantie, les créances qu'il peut avoir contre le locataire-gérant. Le loueur est fondé à refuser la restitution tant que le locataire-gérant n'a pas apporté la justification du paiement des dettes à raison duquel un recours pourrait être exercé contre lui<sup>1189</sup>. Sauf stipulations contraires, le dépôt de garantie n'est pas productif d'intérêts, à moins que le loueur ne le restitue pas dans un délai raisonnable. Dans ce cas, il portera intérêt au taux légal<sup>1190</sup>.

**537.** La location-gérance revêtant le caractère d'un contrat *intuitu personae*, les contrats prévoient que leur cession est interdite<sup>1191</sup>. De plus, l'article 116, AUPC prévoit qu'à toute époque, la résiliation du contrat de location-gérance peut être décidée par la juridiction compétente, soit d'office, soit à la demande du syndic ou du représentant du Ministère Public, soit à la demande d'un contrôleur, sur rapport du Juge-commissaire lorsque, par son fait, le preneur diminue les garanties qu'il avait données ou compromet la valeur du fonds.

## **2. Les effets à l'égard des tiers**

**538.** Les tiers concernés sont principalement les créanciers du loueur du fonds de commerce, les créanciers du locataire-gérant, l'administration fiscale, les cocontractants et les employés.

### **a) Les créanciers du loueur de fonds de commerce**

**539.** Aux termes de l'article 144, AUDCG, les dettes du bailleur nées de l'exploitation du fonds peuvent être déclarées immédiatement exigibles par la juridiction compétente si elle estime que la location-gérance met en péril leur recouvrement. Il s'agit d'une reprise de l'article 7, al. 1<sup>er</sup> du décret français du 14 mars 1986 relatif à la publication de la location-gérance. En principe, la mise en location-gérance ne met pas en péril le gage des créanciers que peut constituer le fonds de commerce, car le loueur en demeure propriétaire. Mais une gestion désastreuse de ce fonds par un locataire-gérant risque d'en diminuer la valeur et donc celle du

---

<sup>1189</sup> PAILLUSSEAU (J), et..., *La cession d'entreprise*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 516.

<sup>1190</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 27 avril 1971, J.-cl., formulaire notarial, fonds de commerce, location-gérance ou gérance libre, fasc. 20 par André ROSSIGNOL, paragraphe 43.

<sup>1191</sup> COHEN (A), *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1018.

gage. Pour cette raison, le législateur prévoit que le tribunal de la situation du fonds peut, à la demande de tout intéressé, déclarer immédiatement exigibles les dettes afférentes à l'exploitation du fonds s'il estime que la location-gérance met en péril leur recouvrement"<sup>1192</sup>. L'action est introduite, à peine de forclusion, dans le délai de trois mois de la date de publication du contrat de location-gérance<sup>1193</sup>.

**540.** Cependant, une telle solution ne saurait être admise en règlement préventif, puisque l'objectif de cette procédure est précisément d'accorder un répit au débiteur en proie aux poursuites de ses créanciers, afin qu'il puisse redresser son fonds de commerce. La location-gérance n'est d'ailleurs prévue qu'en tant que modalité de continuation de l'exploitation commerciale, pouvant être retenue dans le concordat préventif par le débiteur et ses créanciers. Il suffira donc, pour se prémunir contre l'éventualité d'une déchéance du terme et, par conséquent, l'exigibilité immédiate de ses dettes, que le débiteur qui envisage mettre son fonds en location-gérance, demande l'agrément du locataire-gérant par ses créanciers, lors de la conclusion du concordat, l'intervention du juge d'homologation ayant pour effet de suspendre toute poursuite de la part de ces derniers, pendant toute la durée d'exécution du concordat.

#### **b) Les créanciers du locataire-gérant**

**541.** Jusqu'à la publication du contrat de location-gérance, dispose l'article 145, AUDCG, le propriétaire du fonds est solidairement responsable des dettes du locataire-gérant nées de l'exploitation du fonds donné en location-gérance<sup>1194</sup>. Cette responsabilité ne semble, ni limitée dans son étendue, ni se limiter à la valeur du fonds. Aussi, a-t-il été recommandé que le loueur attache une très grande importance à la personne de son locataire<sup>1195</sup>, parce qu'il est responsable des dettes du gérant contractées pendant toute la période initiale de la gérance, c'est-à-dire, jusqu'à la publication de celle-ci, qui peut n'avoir lieu que quinze jours après la signature de la convention<sup>1196</sup>. Ce qui, en matière de concordat préventif, pose le problème du moment à partir duquel doit commencer à courir le délai de quinze jours.

---

<sup>1192</sup> Article 7, al. 1<sup>er</sup> du décret n° 86-465 du 14 mars 1986 portant publicité de la location-gérance d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal, devenu art. R. 814-111, C. com.

<sup>1193</sup> Article 144, al. 2, AUDCG.

<sup>1194</sup> Comp. art. 8 de la loi n° 56-277 du 20 mars 1956, relative à la location-gérance des fonds de commerce ou des établissements artisanaux, devenu art. L. 144-7, C. com.

<sup>1195</sup> PAILLUSSEAU (J), et..., *La cession d'entreprise*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 523.

<sup>1196</sup> Article 139, al. 3, AUDCG.

**542.** En effet, nous l'avons vu, la signature du concordat préventif ne lui confère pas force exécutoire, contrairement aux actes purement conventionnels. Le concordat ne produit effets qu'à partir de son homologation. Ce qui veut dire que le locataire-gérant ne saurait, en principe, commencer à agir en vertu du contrat de location-gérance qu'à la suite de l'homologation du concordat dont la location-gérance constitue l'une ou la modalité d'exécution. La solution contraire n'est pas possible, puisque d'ailleurs la juridiction compétente est appelée à se prononcer sur la nécessité de recourir à la location-gérance, et ne peut l'autoriser que lorsque la disparition ou la cessation d'activité, même provisoire, de l'entreprise est de nature à compromettre son redressement ou à causer un trouble grave à l'économie nationale, régionale ou locale dans la production et la distribution de biens et de services, et si elle estime suffisantes les garanties offertes par le locataire-gérant ou si celui-ci présente une indépendance suffisante à l'égard du débiteur<sup>1197</sup>.

**543.** C'est dire, en définitive, que la responsabilité solidaire du loueur du fonds avec le locataire-gérant, pendant la période comprise entre la conclusion et la publication du contrat de location-gérance, se trouve privée d'effet du fait de l'exigence, non seulement de l'homologation du concordat par le tribunal compétent, mais aussi de l'autorisation de celui-ci pour la conclusion du contrat de location-gérance. Ces exigences ont également pour effet de paralyser, de la part du preneur, toute action prématurée, c'est-à-dire avant l'homologation, et qui aurait pour effet de faire naître des dettes pouvant être qualifiées de dettes nées de l'exploitation du fonds. Ce qui est tout à fait de nature à assurer l'efficacité de l'opération, le débiteur en difficulté n'ayant pas à redouter de voir sa responsabilité engagée du fait de la location-gérance, qu'il pourra ainsi envisager en toute sérénité dans les modalités d'exécution du concordat préventif, donc de survie de son entreprise.

**544. Synthèse de la section 2.** L'exécution du concordat préventif au moyen d'une cession partielle ou totale, ou d'une location-gérance d'une branche d'activité formant un fonds de commerce ou de la totalité de l'entreprise, ne peut donc qu'être saluée, étant donné que l'une comme l'autre de ces mesures ont pour finalité le maintien de l'activité, ce qui permet d'atteindre l'objectif poursuivi par le mécanisme du concordat préventif, à savoir éviter la faillite ou la disparition de l'entreprise commerciale. Ces solutions sont d'autant plus heureuses qu'elles permettent d'envisager la poursuite de l'exploitation dans d'autres mains,

---

<sup>1197</sup> Article 115, al. 1 & 3, AUPC.



notamment lorsque le débiteur est dans l'impossibilité d'en assurer lui-même le redressement, ou lorsque les difficultés de l'entreprise sont dues à une mauvaise gestion ou à l'incompétence du débiteur ou des dirigeants sociaux. Il faut, toutefois, souhaiter que le chef d'entreprise prenne conscience de sa situation et manifeste une bonne volonté et une entière coopération à l'égard d'éventuels repreneurs ou de locataire-gérants, condition sine qua non de la réussite du sauvetage de l'entreprise.

## **Synthèse du chapitre 1**

**545.** L'exécution du concordat préventif de l'Acte uniforme repose principalement sur le chef d'entreprise qui, à la faveur de l'homologation du concordat, recouvre l'entière liberté d'administration et de gestion de ses affaires. Mais, il s'agit d'une liberté encadrée, notamment grâce au contrôle exercé par le juge-commissaire, dont la mission est entre autres de veiller au respect par le débiteur des engagements qu'il a souscrits dans le concordat homologué. Ce qui semble à même de garantir l'efficacité de l'instrument de sauvetage mis en place. L'efficacité paraît d'autant plus assurée que le législateur a pris soin de prévoir, aux côtés de l'administration directe du débiteur, la possibilité de la continuation de l'exploitation économique dans d'autres mains que celles du chef d'entreprise, au moyen d'une cession ou d'une location-gérance, d'une partie ou de la totalité de l'entreprise. Ce sera ainsi, notamment lorsque le débiteur est inapte ou frappé d'une interdiction d'exercer le commerce ou de diriger une entreprise commerciale<sup>1198</sup>, ou encore lorsqu'il est démontré que la nécessité de recourir au règlement préventif est due à une mauvaise gestion ou à l'incompétence du chef d'entreprise.

**546.** Toutefois, l'efficacité de ces mesures dépend essentiellement de la condition que la procédure du règlement préventif ait été enclenchée assez tôt, au moment où l'entreprise dispose encore de moyens pour être redressée, et que le débiteur et l'ensemble de ses partenaires, notamment les créanciers, tiennent parole et mettent en œuvre les engagements auxquels ils ont souscrit dans le concordat signé et homologué, engagements au nombre desquels figurent les modalités de restructuration et de financement de l'entreprise.

---

<sup>1198</sup> Articles 6 à 12, AUCG.

**LE CARACTÈRE TARDIF DES MESURES DE RESTRUCTURATION ET DE FINANCEMENT**

- 547.** Le concordat préventif n'a pas seulement pour objet de permettre au débiteur d'obtenir des délais de paiement et des remises de dettes ; il est, avant tout, un instrument de sauvetage de l'entreprise commerciale, ce qui suppose parfois une véritable restructuration de l'exploitation<sup>1199</sup>. Les dispositions de l'article 7, AUPC, prévoient, à cet effet, diverses techniques, car il est peu probable que l'entreprise puisse continuer et se redresser sans être réorganisée. Parmi les mesures de réorganisation pouvant être prévues au concordat, il y a la cession partielle d'actifs, la modification des statuts de la personne morale, avec pour effet, le remplacement des dirigeants, sans oublier les licenciements qui sont souvent inévitables.
- 548.** En outre, bien que l'entreprise ne soit pas en cessation des paiements, l'apport d'argent frais peut constituer une nécessité pour la réussite de l'opération. L'Acte uniforme n'organise pas de manière particulière le financement du règlement préventif, mais prévoit la fourniture de garanties pour assurer l'exécution du concordat. Ces garanties peuvent consister, non seulement en des cautions personnelles, mais aussi en la souscription d'une augmentation du capital social et l'ouverture de crédits par des établissements bancaires ou financiers.
- 549.** L'exécution du concordat peut donc nécessiter, une réorganisation à deux volets de l'entreprise débitrice: une restructuration financière, dont l'objectif est de favoriser le financement de l'exécution (section 1), et une restructuration économique et sociale (section 2), destinée notamment à réduire la masse salariale, quoique la pertinence d'une telle réorganisation puisse parfois être sujette à question, du fait notamment d'une ouverture tardive de la procédure de règlement préventif.

---

<sup>1199</sup> V. pour les plans de sauvegarde et de continuation en droit français, BEHAR-TOUCHAIS (M), *Les plans de sauvegarde et de continuation*, Rev. proc. coll. 2005, p. 363 ; MONSERIE-BON (M.-H.), *Le plan de sauvegarde issu de la loi du 26 juillet 2005*, Dr. et patri. n° 146, mars 2006, p. 73 ; PETEL (PH.), *La réforme des plans de redressement*, Les Petites affiches 2004, n° 5, p. 34.

## SECTION 1

### LE FINANCEMENT DE L'EXÉCUTION DU CONCORDAT

- 550.** La continuation de l'entreprise ne suppose pas seulement que le passif antérieur soit apuré. Il faut aussi que des ressources nouvelles soient dégagées, afin que l'entreprise retrouve un fonctionnement bénéficiaire<sup>1200</sup>. Le concordat mentionne donc les engagements souscrits en vue de ce redressement, ainsi que la liste des personnes tenues d'exécuter le concordat et l'ensemble des engagements souscrits par elles et nécessaires à la sauvegarde de l'entreprise<sup>1201</sup>.
- 551.** Parmi ces ressources nouvelles, les fonds propres jouent un rôle prépondérant, car une reprise trop largement financée par l'emprunt risque d'être vouée à l'échec<sup>1202</sup>. L'Acte uniforme prévoit à cet effet qu'il peut être convenu dans le concordat une augmentation de capital à souscrire par les anciens associés ou par de nouveaux, mais également la cession d'actifs isolés de l'entreprise débitrice, des mesures qui constituent autant de garanties d'exécution du concordat.
- 552.** Il convient donc d'analyser les modalités de reconstitution des capitaux propres du débiteur (§.1), avant d'examiner la mise en œuvre des engagements personnels intégrés au concordat (§.2).

#### §.1 - La nécessité d'une reconstitution des fonds propres

- 553.** Cette reconstitution peut s'opérer, non seulement, par la restructuration de l'actif et des activités de l'entreprise (A), mais aussi par l'augmentation de son capital (B).

##### A- La restructuration de l'actif et des activités

- 554.** L'Acte uniforme prévoit, au nombre des mesures de redressement de l'entreprise, la cession partielle d'actif, avec indication précise des biens à céder. Il peut, en effet, s'avérer nécessaire au cours de la phase d'exécution du concordat de procéder à des ventes, notamment des

---

<sup>1200</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op cit., n° 1267.

<sup>1201</sup> Article 7, AUPC.

<sup>1202</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op cit., n° 1267.

ventes d'immeubles, non indispensables à l'exploitation, mais pouvant servir au financement du redressement. En outre, bien que le législateur l'ait passé sous silence, le concordat préventif peut être l'occasion d'une restructuration plus ou moins profonde du périmètre des activités de l'entreprise<sup>1203</sup>.

### 1. Les ventes au cours de l'exécution du concordat

**555.** La gestion d'une entreprise suppose de pouvoir décider de vendre des éléments d'actifs, lorsque cela s'avère nécessaire<sup>1204</sup>. Ainsi, dans la phase d'exécution du concordat, les ventes sont, en principe, libres puisque l'entreprise est redevenue *in bonis* et que le débiteur est replacé à la tête de ses affaires<sup>1205</sup>. La procédure du concordat préventif a, en effet, pour finalité d'organiser la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif<sup>1206</sup>. Cet impératif de survie de l'exploitation économique peut conduire à la vente d'un ou plusieurs biens, corporels ou incorporels, dès lors qu'elle apparaît comme le moyen le plus approprié pour éradiquer la menace potentielle d'une cessation des paiements<sup>1207</sup>.

**556.** Il ne peut s'agir ici que d'une ou plusieurs cessions d'actifs isolés, non pas imposées au débiteur, mais proposées ou tout au moins acceptées par lui lors des négociations devant aboutir au concordat. S'agissant dans ce cas de cession de biens isolés et individualisés, comme par exemple, les immeubles, cession non nécessairement envisagée comme la continuation de l'entreprise, fût-elle dans d'autres mains, il n'est pas indispensable que les biens ou ensembles de biens cédés constituent une entité indépendante, susceptible d'exploitation autonome. L'objectif visé n'est rien d'autre que le renflouement des caisses de l'entreprise. Les seuls indices permettant d'apprécier le caractère sérieux de l'offre d'acquisition devraient donc être l'importance et le règlement du prix de cession, conformément au régime de la cession partielle d'actif des articles 131 et suivants, AUPC.

---

<sup>1203</sup> COQUELET (M.-L.), *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, Cours & Travaux dirigés, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2009, n° 403.

<sup>1204</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit. n° 895.

<sup>1205</sup> SENECHAL (J.-P.), *La loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises et la pratique notariale*, JCP N 1986, I, 1, spéc. n° 175.

<sup>1206</sup> Articles 1 et 2, AUPC.

<sup>1207</sup> COQUELET (M.-L.), *Entreprises en difficulté ...*, Cours & Travaux dirigés, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 404.

**557.** Ainsi, lors de l'homologation du concordat préventif, il sera procédé à l'adoption d'un plan de cession d'actif, intégré au concordat, avec indication précise des biens à céder. Les offres d'acquisition seront reçues par le débiteur et portées à la connaissance de la juridiction compétente, qui devra retenir l'offre la plus avantageuse. La juridiction compétente ne pourra homologuer la cession de biens, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles que : si le prix est suffisant pour désintéresser les créanciers munis de sûretés réelles spéciales sur les biens cédés, sauf renonciation par eux à cette condition et acceptation d'être traités pour le reliquat non payé de leurs créances, comme des créanciers chirographaires; et si le prix est payable au comptant ou si, dans le cas où des délais de paiement sont accordés à l'acquéreur, ceux-ci n'excèdent pas deux ans et sont garantis par le cautionnement solidaire d'un établissement bancaire<sup>1208</sup>.

**558.** En cas de vente d'un bien non-grevé de privilège, le prix doit être au moins égal à la valeur vénale du bien aliéné ; l'entreprise n'étant pas en liquidation des biens, la cession ne doit pas conduire à brader son actif. Le prix de cession est versé au débiteur, ce qui lui permettra notamment de financer l'exécution du concordat, en l'affectant, soit à un remboursement prévu par le concordat, soit à la couverture des besoins de l'exploitation<sup>1209</sup>. Par contre, au cas où le bien vendu est grevé d'un privilège spécial, d'un nantissement ou d'une hypothèque, le prix doit être reçu par le débiteur, non pas seul, mais en présence du syndic, ou à défaut, en présence du juge-commissaire, au moins pour la quote-part du prix<sup>1210</sup>, déterminée par le syndic ou le juge-commissaire, destinée aux créanciers concernés. La cession n'emporte purge des sûretés dont est grevé le bien que si le prix est intégralement payé et les créanciers garantis désintéressés.

**559.** Ces derniers sont payés suivant l'ordre de préférence établi par l'article 166, AUPC, pour les deniers provenant de la réalisation des immeubles, et l'article 167, AUPC, pour les deniers provenant de la réalisation des meubles. Le débiteur, quant à lui, ne recevra que le reliquat éventuel après ces paiements<sup>1211</sup>.

---

<sup>1208</sup> Article 132, al. 2 et 168, AUPC.

<sup>1209</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op cit., n° 1270.

<sup>1210</sup> En droit français, la quote-part du prix correspondant aux créances garanties par sûretés est versée en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations, et non pas directement au débiteur, la répartition étant assurée ultérieurement par le commissaire à l'exécution du plan (C. com., art. R. 626-36).

<sup>1211</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 766.

**560.** Il se pose, toutefois, la question de savoir si le débiteur peut vendre des biens dont l'aliénation n'a pas été prévue au concordat. Il ne fait aucun doute que la réponse doit être affirmative, puisque l'Acte uniforme en son article 18, al. 5, dispose très clairement que dès que la décision d'homologation du concordat est passée en force de chose jugée, le débiteur recouvre la liberté, non seulement d'administration, mais aussi de disposition de ses biens. Il peut donc vendre librement tel ou tel bien de l'entreprise commerciale, dès lors que l'opération lui paraît le moyen le plus opportun de financer la continuation de l'entreprise et l'apurement du passif.

**561.** Il faut, cependant, éviter que le débiteur ne profite du concordat pour disséquer, à son profit exclusif et au détriment des créanciers, l'entreprise qui vient d'être sauvegardée<sup>1212</sup>. Il faut donc que son pouvoir de disposer de ses biens soit restreint, notamment en insérant dans le concordat une disposition rendant inaliénables certains biens dont il est propriétaire. Le tribunal peut en effet décider, comme c'est le cas en France, que « *les biens qu'il estime indispensables à la continuation de l'entreprise ne pourront être aliénés, pour une durée qu'il fixe, sans son autorisation* »<sup>1213</sup>, la durée de cette inaliénabilité ne pouvant toutefois excéder celle du concordat préventif. Cette inaliénabilité devrait, en vue de la sécurité des tiers, faire l'objet d'une publicité particulière, en fonction de la nature du bien inaliénable et selon la mesure d'inaliénabilité<sup>1214</sup>. De cette manière, tout acte du débiteur ne respectant pas cette inaliénabilité, telle une vente sans autorisation du tribunal, serait annulé à la demande de tout intéressé ou du ministère public<sup>1215</sup>.

**562.** Néanmoins, étant donné que la procédure du règlement préventif est, avant tout, une procédure volontaire qui n'entraîne ni l'assistance ni le dessaisissement du débiteur, le tribunal pourrait, à la demande de ce dernier, faire cesser, de manière anticipée, la mesure, en autorisant l'aliénation, après avis du ministère public et en fonction de l'intérêt de l'entreprise<sup>1216</sup>.

---

<sup>1212</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 913..

<sup>1213</sup> C. com., art. L. 626-14, al. 1.

<sup>1214</sup> V. sur cette publicité, C. com., art. L. 626-14, al. 2 et art. R. 626-25.

<sup>1215</sup> C. com. art. L. 626-14, al. 3. L'inaliénabilité devrait frapper aussi bien les biens servant directement à l'exploitation qu'un tènement immobilier servant indirectement à la poursuite de l'activité en permettant, par exemple, la constitution de garanties (Trib. com. Paris, 3 mars 1987, Rev. dr. banc. 1987, 135, obs. DEKEUWER-DEFOSSEZ).

<sup>1216</sup> C. com. art. L. 626-14, al. 2.

## 2. La possibilité d'un redéploiement des activités

**563.** Bien que le droit OHADA ne le prévoie pas expressément, on peut déduire des modalités de cession prévue au concordat, l'occasion d'organiser le redéploiement de l'activité de l'entreprise. En effet, pour les entreprises qui ont plusieurs activités, les difficultés qui ont donné lieu au concordat peuvent être dues, soit au déclin, non pas de l'ensemble des activités, mais d'une partie d'entre elles<sup>1217</sup>, soit au fait que certaines activités ne sont pas assez rentables, alors que certaines spécialisations mériteraient d'être développées<sup>1218</sup>. Le concordat préventif peut donc comporter la cession ou l'arrêt d'une ou de plusieurs branches d'activités. Il peut même prévoir, à l'instar de l'article L. 626-1, al. 2, C. com., l'adjonction d'une activité nouvelle<sup>1219</sup>, l'objectif étant d'abandonner un métier devenu obsolète pour en entreprendre un qui soit porteur d'avenir<sup>1220</sup>, et donc susceptible de sauvegarder l'entreprise. La phase d'exécution du concordat préventif peut donc être l'occasion d'une réorganisation de l'activité de l'entreprise commerciale, parfois même en profondeur, si l'on veut retrouver la compétitivité et la prospérité d'avant.

**564.** Toutefois, l'adjonction d'une nouvelle activité soulève la difficulté de son financement notamment, celle d'une modification de la structure juridique de l'entreprise, telle que l'augmentation de capital, en vue de l'adapter à la nouvelle structure ainsi créée.

### B- La réalisation de l'augmentation du capital

**565.** L'augmentation du capital social prévu par l'article 7, AUPC, au titre des mesures de maintien et de financement de l'entreprise, n'est qu'une pure faculté, de sorte que si les difficultés rencontrées par le débiteur n'ont entraîné aucune diminution de son capital, l'éventualité d'une augmentation est laissée à la seule appréciation des dirigeants sociaux et des associés ou actionnaires. En revanche, et nonobstant le silence du législateur, le concordat préventif doit envisager une augmentation de capital, si du fait des pertes, les capitaux propres

---

<sup>1217</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 912.

<sup>1218</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 762.

<sup>1219</sup> Com. 7 janv. 2003, Act. proc. coll. 2003-3, n° 31, obs. J. V. : Cette diversification des solutions est concevable même en présence d'un groupe de sociétés pour lequel il a été constaté une confusion des patrimoines des sociétés membres de ce groupe. Il s'agit d'une solution établie en matière de redressement judiciaire.

<sup>1220</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 912.

sont inférieurs à la moitié du capital social<sup>1221</sup>. C'est notamment le cas en droit français où l'article L. 626-3, al. 2, C. com., dispose très clairement que, si, du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social, l'assemblée générale des associés doit d'abord être convoquée à l'effet de reconstituer ces capitaux à concurrence du montant proposé par l'administration et qui ne peut être inférieur à la moitié du capital social<sup>1222</sup>. Ce qu'avait déjà décidé la jurisprudence sous l'empire de la loi de 1985, estimant que dans le cas où les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social et que leur reconstitution apparaît impossible, aucun plan de continuation ne peut être arrêté<sup>1223</sup>.

**566.** Concrètement, l'augmentation de capital sera proposée par le débiteur, en même temps que les autres éléments du concordat, mais ne se fera que par les organes compétents de la personne morale, notamment la collectivité des associés réunis en assemblée générale extraordinaire. En principe, la décision d'augmentation doit être prise avant le jugement de règlement préventif, dont l'effet sera de la rendre obligatoire. À défaut, l'assemblée devra être convoquée par le chef d'entreprise, immédiatement après l'homologation du concordat, à l'effet de procéder à l'opération envisagée. Lorsque, la société étant en pertes, la valeur vénale des droits sociaux est inférieure à leur valeur nominale, ce qui peut décourager les souscripteurs, l'augmentation sera souvent précédée d'une réduction du capital<sup>1224</sup>, éventuellement ramené à zéro avec annulation des titres<sup>1225</sup>. On parle de *coup d'accordéon*<sup>1226</sup><sup>1227</sup>.

---

<sup>1221</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op cit., n° 1267 ; v. art. 371 et s., 664 et s., AUSC.

<sup>1222</sup> C'est l'application des règles de droit des sociétés. L'art. L. 225-248, C. com., prévoit, en effet, que si du fait des pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social, les actionnaires doivent être convoqués, à l'effet de décider, s'il y a lieu ou non à dissolution anticipée. S'ils décident la poursuite de l'activité, ils doivent procéder à une reconstitution des capitaux propres; v. COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F), *Droit des sociétés*, 24<sup>ème</sup> éd. LexisNexis, 2011, n° 880.

<sup>1223</sup> Trib. com. Nanterre, 8 déc. 1987, JCP 1988, II, 21019, note A. VIANDIER.

<sup>1224</sup> Comp. art. 368, AUSC.

<sup>1225</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 773.

<sup>1226</sup> DERRIDA (F), GODE (P) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises...*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 443 ; GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op cit., n° 1267.

<sup>1227</sup> V. sur l'ens. COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F), *Droit des sociétés*, 24<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 875 et s. C'est notamment le cas lorsqu'à la suite de difficultés financières une société doit "ouvrir" son capital à un nouveau partenaire qui consent à lui apporter de l'argent frais. Dans un premier temps, les pertes comptables sont imputées sur le capital social, la réduction du capital à zéro entraînant une annulation des actions existantes; dans un second temps, le capital social est augmenté par émission d'actions nouvelles en numéraire. L'opération, avantageuse sur le plan comptable comme sur le plan financier, permet, d'une part, de "nettoyer" le bilan en faisant disparaître les pertes comptables et, d'autre part, de recapitaliser la société grâce à un apport de liquidités. La réduction du capital à zéro élimine les anciens actionnaires, sauf s'ils font jouer leur droit préférentiel de souscription; mais le plus souvent, l'entrée de nouveaux actionnaires s'accompagne d'une renonciation au droit



- 567.** Parce que l'entreprise a besoin d'argent rapidement, l'augmentation de capital ne devrait se faire que par apports en numéraire ou par compensation de créances, les apports en numéraire effectués par les nouveaux associés ou actionnaires devant être libérés dans le délai fixé par le tribunal<sup>1228</sup>. Ce n'est qu'en cas de libération immédiate que les associés pourraient bénéficier de la compensation, celle-ci étant limitée au montant de leurs créances et dans la limite de la réduction dont elles sont l'objet dans le concordat sous forme de remises et de délais<sup>1229</sup>.
- 568.** L'admission de la compensation permettrait ainsi à des créanciers antérieurs de rentrer dans le capital de la société en difficulté et de recevoir des droits sociaux en contrepartie de leurs créances<sup>1230</sup>, réduisant par la même occasion le passif de l'entreprise débitrice. Pour autant, l'augmentation de capital par apport en nature ne devrait pas être exclue<sup>1231</sup>, lorsque le bien proposé se révèle immédiatement indispensable à la sauvegarde ou à la poursuite de l'activité de l'entreprise.
- 569.** Le législateur envisage, dans le cadre des modalités de financement de l'entreprise, une augmentation de capital, sans aucune précision et sans prévoir d'autres modifications des statuts que celle-là. Est-ce à dire que le tribunal ne pourra pas subordonner l'homologation du concordat préventif à d'autres modifications des statuts, autres que des augmentations de capital ? Cela semble inopportun, lorsque notamment la forme de la société ne correspond pas aux besoins de l'entreprise. Le tribunal devrait donc pouvoir prescrire d'autres mesures telles qu'une transformation, une fusion ou une modification de l'objet social<sup>1232</sup>, dès lors qu'elles ne portent pas atteinte à l'existence de la personne morale. Aussi, ne serait-il pas étrange que l'homologation du concordat soit subordonnée à un changement de forme : passage de la SARL à la SA, et surtout, l'inverse, la structure de la société anonyme pouvant être

---

préférentiel de souscription. L'opération a été validée par la jurisprudence : Com. 17 mai 1994, *aff. Usinor*, Rev. sociétés 1994, p. 485, note S. DANA-DÉMARET; Com. 18 juin 2002, JCP E 2002, 1556, note A. VIANDIER.

<sup>1228</sup> V. art. L. 626-3 et L. 626-17, C. com. En droit OHADA, il s'agira souvent d'une libération immédiate, dans les SARL (art. 361 & 313 et s., AUSC). En revanche, dans les SA, l'intervention du tribunal doit avoir pour effet de réduire le délai de trois ans maximum accordé (art. 604 et s.) pour libérer les actions souscrites en numéraire, l'entreprise débitrices ayant besoins d'argent frais immédiatement. Les apports en nature dans, les deux cas, doivent être libérés immédiatement conformément aux dispositions de l'art. 312, AUSC (363 et s. & 619 et s.).

<sup>1229</sup> Art. L. 626-17, C. com.

<sup>1230</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 904.

<sup>1231</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 924.

<sup>1232</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1269 ; JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 926.

démessurée par rapport à l'entreprise considérée<sup>1233</sup>. Plus fréquemment encore, il pourrait être exigé du commerçant, personne physique, d'adopter l'une des formes sociétaires, par exemple, de se transformer en une SARL, ce qui garantirait une meilleure gestion ou une transparence dans l'administration de l'entreprise.

**570.** En toute hypothèse, toutes ces modifications statutaires devront être votées par l'assemblée des associés ou actionnaires et mises en œuvre par les organes compétents de l'entreprise débitrice, le tribunal n'ayant pas le pouvoir de se substituer à eux, ni de leur imposer une quelconque modification des statuts. Ces modifications peuvent se révéler salutaire au redressement de l'entreprise, quoique d'autres mesures, telles que des garanties personnelles, peuvent également constituer un véritable gage de réussite de l'opération de sauvetage.

## **§.2 - La mise en œuvre des engagements et responsabilités personnels**

**571.** Conformément aux dispositions de l'Acte uniforme, le redressement de l'entreprise au moyen du concordat préventif peut être conditionné à la fourniture de garanties, alors que, l'ouverture de la procédure elle-même peut avoir pour conséquence la mise en œuvre de la responsabilité du chef d'entreprise. Il y a donc, pendant la phase d'exécution du concordat, un certain nombre d'éventualités qu'il convient d'examiner: d'une part, une possible mise en œuvre de garanties pouvant contribuer à l'exécution du concordat (A), d'autre part, la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants, du fait de l'ouverture de la procédure (B).

### **A- La réalisation des garanties d'exécution du concordat**

**572.** Les modalités du maintien et du financement de l'entreprise, en matière de règlement préventif, énonce l'article 7, AUPC, doivent indiquer la liste des personnes tenues d'exécuter le concordat et l'ensemble des engagements souscrits par elles et nécessaires au redressement de l'entreprise. Les garanties d'exécution du concordat préventif sont donc relatives, d'une part, aux personnes tenues de l'exécuter (1), d'autre part, aux garanties fournies pour en assurer l'exécution (2).

---

<sup>1233</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 905.

## 1. L'action des personnes tenues d'exécuter le concordat

**573.** L'Acte uniforme n'indique pas les personnes tenues d'exécuter l'accord. Mais leur détermination peut être déduite de la nature et de la finalité des engagements pris. Ceux-ci concernent, en effet, les modalités de continuation, de maintien et de financement de l'entreprise, ainsi que du règlement du passif né antérieurement à la décision de suspension des poursuites individuelles. Les engagements souscrits sont donc très variés et portent sur l'avenir de l'activité<sup>1234</sup>. Il s'en suit dès lors que, sans surprise, c'est le débiteur qui s'engage à titre principal. Ses obligations ne se limitent pas au paiement des créanciers ; elles portent sur la gestion à venir, et sur la politique de l'emploi qui va être suivie<sup>1235</sup>. Il peut, par exemple, prendre l'engagement de transformer son entreprise individuelle en société, et de la doter en capital avec d'autres apporteurs pour des montants déjà déterminés<sup>1236</sup>.

**574.** Mais d'autres personnes peuvent s'engager dans le concordat. Car, en effet, la réussite de l'opération implique la plupart du temps des engagements d'un certain nombre de personnes, souvent distinctes du débiteur lui-même<sup>1237</sup> : il s'agit principalement des fournisseurs de crédit et des garants, tels que les associés de la personne morale débitrice qui s'engagent à faire des avances sans intérêt, à faire apport de leurs comptes courants d'associés<sup>1238</sup>, ou à cautionner des emprunts futurs. D'autres tiers peuvent aussi s'engager : des fournisseurs à venir, des cocontractants qui s'obligent à ne pas résilier un contrat en cours, ou encore un tiers qui s'engage à souscrire à une augmentation de capital et à racheter la majorité, voire l'intégralité des titres existants : on parle de reprise interne<sup>1239</sup>.

**575.** La liste des engagements souscrits est intégrée au concordat avec les noms des personnes qui les ont souscrits. Ces engagements deviennent obligatoires dès l'homologation du concordat. Ce qui entraîne un certain nombre de conséquences : d'une part, leur inexécution peut justifier une poursuite personnelle contre les personnes engagées, soit par injonction de faire, soit par une action en dommages-intérêts<sup>1240</sup> ; d'autre part, cette inexécution peut justifier une

---

<sup>1234</sup> Cf. art. L. 626-10, C. com.

<sup>1235</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 952.

<sup>1236</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 759.

<sup>1237</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 759.

<sup>1238</sup> Sur la question, v. CALENDINI (J.-M.), *L'élaboration des plans de redressement et d'apurement après la période d'observation*, Les Petites affiches, 31 juill. 1985, p. 4.

<sup>1239</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 759.

<sup>1240</sup> C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation a condamné en comblement de passif le nouvel associé, dont les représentants étaient devenus majoritaires au conseil d'administration, qui n'avait pas souscrit à

modification, voire même une résolution du concordat, si elle touche à un élément essentiel à l'efficacité de ce dernier<sup>1241</sup>. En outre, l'intégration de ces engagements étant constatée dans le jugement homologuant le concordat, dispense de tout autre formalisme<sup>1242</sup>. Ainsi, dès l'homologation du concordat préventif, qui ouvre la phase de son exécution, la totalité des engagements souscrits par les personnes tenues de l'exécution doit être mise en œuvre en vue du redressement de l'entreprise en difficulté. Ces personnes qui se sont ainsi engagées doivent tenir parole et honorer leur engagement sous peine de voir leur responsabilité engagée.

**576.** L'indication des engagements pris doit donc être très précise, car les personnes qui exécuteront le concordat, même à titre d'associés, ne pourront pas se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa formation<sup>1243</sup>. En effet, ni le tribunal, ni des événements postérieurs ne peuvent justifier une création d'engagements nouveaux<sup>1244</sup> à la charge des personnes tenues d'exécuter le concordat, sans leur consentement individuel. Un concordat qui méconnaîtrait cette exigence pourrait faire l'objet d'un recours en annulation<sup>1245</sup>, même si, en dehors des engagements personnels, d'autres garanties susceptibles de favoriser le maintien et le financement de l'entreprise peuvent être prises.

## **2. La nécessité de garanties d'exécution du concordat**

**577.** Le concordat préventif peut être assorti de garanties destinées à en assurer l'exécution. Celles-ci peuvent consister en des sûretés réelles ordinaires, telles qu'hypothèques, gages ou nantissements pris sur des biens appartenant au débiteur ou même à des tiers, qui acceptent de se porter garants de la bonne exécution du concordat. Ce qui n'empêche nullement tel ou tel créancier, ni même l'ensemble des créanciers participant à l'accord d'exiger, par exemple, la caution personnelle du chef d'entreprise<sup>1246</sup>, d'un de ces proches ou de son conjoint. S'agissant d'une société, les dirigeants et/ou les associés peuvent s'engager par exemple à verser une certaine somme en cas d'inexécution du concordat par leur société en règlement

---

l'augmentation de capital correspondant à son engagement de reconstituer les capitaux propres (Com. 19 mars 1996, Bull. Joly, 1996, p. 608, § 215, note LE CANNU).

<sup>1241</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 952.

<sup>1242</sup> Tel que celui imposé par l'article 1326, C. civ. pour le cautionnement : Com. 11 févr. 2004, JCP E 2004, 783, p. 856, n° 3, obs. P. P.

<sup>1243</sup> Cf. art. L. 626-10, al. 3 ; v. Com. 29 mai 1990, Rev. proc. coll. 1991-1, p. 112, obs. PH. DELEBECQUE.

<sup>1244</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 953.

<sup>1245</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 876.

<sup>1246</sup> Com. 8 juill. 2008, Dr. sociétés, nov. 2008, p. 22, n° 227, obs. J.-P. LEGROS

préventif<sup>1247</sup>. Toutes ces garanties seront exécutées conformément aux règles de droit commun, et ne seront réalisables qu'en cas d'inexécution du concordat.

**578.** L'entreprise bénéficiaire du concordat préventif profite également le plus souvent de prêts bancaires, en garantie desquels le débiteur se porte souvent caution, en sa qualité de dirigeant. L'ensemble de ces concours financiers est mentionné au concordat, dont les dispositions deviennent obligatoires à l'égard de tous les signataires, de même qu'à l'égard des cautions. Or, aux termes de l'article 18, al. 3, AUPC, les cautions et coobligés du débiteur ne peuvent se prévaloir des délais et remises du concordat préventif. On peut penser que cette règle risque de décourager le débiteur, qui éprouve des difficultés, à solliciter l'ouverture d'une procédure de règlement préventif, sachant qu'il pourrait être poursuivi en sa qualité de caution ou, plus largement, en tant que "garant" des dettes de la société.

**579.** Cependant, d'un autre point de vue, il s'agit plutôt d'une garantie supplémentaire, non seulement de formation, mais aussi d'exécution du concordat, puisque les créanciers étant ainsi rassurés par les garanties personnelles du chef d'entreprise, seront moins hésitants à apporter leurs concours financiers en vue du redressement de l'entreprise. De même, lorsque le débiteur est une entreprise individuelle, la caution, par exemple, du conjoint qui accepte de garantir les dettes de l'entreprise, constitue une garantie encourageante pour les créanciers, sachant qu'ils pourront, dès l'échéance, poursuivre pour le tout, l'exploitant comme son conjoint.

**580.** Par ailleurs, en matière de concordat préventif, la crainte d'une poursuite immédiate des créanciers à l'encontre des cautions et coobligés du débiteur semble relever davantage d'une hypothèse d'école que de la réalité. En effet, les prolongations conventionnelles de termes consenties et constatées au concordat couvrent en général la durée d'exécution de celui-ci, de sorte que pour les nouveaux concours financiers accordés en vue du redressement de l'entreprise, et pour lesquels le débiteur s'est porté garant, le risque d'une poursuite immédiate ou pendant l'exécution du concordat est écarté: le débiteur, caution, ne peut être poursuivi qu'à l'échéance convenue dans la convention de financement, ou qu'en cas d'inexécution du concordat, pour résolution anticipée, par exemple.

---

<sup>1247</sup> V. pour la sauvegarde, JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 760.

**581.** En ce qui concerne les dettes antérieures pour lesquelles le débiteur se serait porté garant, la poursuite du débiteur caution peut être considérée comme étant le prix à payer pour le redressement de son entreprise. Soit, il accepte de faire face aux poursuites de ses créanciers, quitte à négocier avec eux un rééchelonnement de sa dette, en leur proposant de nouvelles garanties, afin de sauver son entreprise, ou bien il redoute l'attitude de ses créanciers et décide de ne pas recourir à la justice, en retardant davantage l'échéance. Dans tous les cas, il lui faudra, un jour ou l'autre, leur faire face, et sa situation, en ce moment risque d'être irrémédiable.

**582.** La bonne exécution du concordat dépend donc, dans une large mesure, de l'attitude du débiteur; aussi les tribunaux n'hésitent-ils pas à mettre en œuvre sa responsabilité, dès lors que cela va dans l'intérêt de l'entreprise en difficulté.

### **B- La mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants**

**583.** Est prévu, au titre des mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise, le remplacement des dirigeants. En effet, la présence de dirigeants médiocres, maladroits ou malhonnêtes compromet le redressement. L'entreprise doit pouvoir survivre sans eux<sup>1248</sup>. C'est dire que les sanctions qui frappent le dirigeant fautif ne doivent pas obérer les chances d'un sauvetage d'une entreprise encore viable<sup>1249</sup>, et dont le législateur semble distinguer le patrimoine d'avec celui de son dirigeant. Mais la solution ne semble pas aussi aisée.

**584.** En effet, si la mise en œuvre de cette mesure paraît relativement aisée lorsque l'entreprise est organisée sous la forme d'une société, même unipersonnelle<sup>1250</sup>, la théorie de l'unité du patrimoine en rend l'application très délicate, lorsque l'entreprise est exploitée en nom personnel. La situation est la même, s'agissant d'une personne physique exploitant seule son fonds de commerce. Le tribunal n'ayant pas le pouvoir de décider lui-même le remplacement, et en l'absence d'associés ou de membres pour décider une révocation, la mesure ne paraît pas applicable dans le cas où l'entreprise est exploitée par un commerçant, personne physique. Elle équivaudrait à un plan de cession et s'apparente, selon un auteur, à une sorte

---

<sup>1248</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op cit., n° 1269.

<sup>1249</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 298.

<sup>1250</sup> Sur les rapports entre le droit des entreprises en difficulté et le statut de l'EURL, v. SERLOOTEN (P), *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, D. 1985, chron. 187; v. aussi, LE CANNU (P), *EURL et procédures collectives*, Bull. Joly, 1986, 895.

d'expropriation pour cause d'utilité sociale<sup>1251</sup>. Le tribunal qui voudrait éliminer le commerçant devrait donc ordonner la cession du fonds, comme condition d'homologation du concordat.

**585.** En revanche, le remplacement s'applique sans difficultés dans les personnes morales. Seuls les dirigeants de droit peuvent être visés, et le remplacement doit être opéré selon les procédures habituelles de droit commun de la personne morale concernée (droit des sociétés, par exemple). Ce sera donc à l'organe compétent de l'entreprise débitrice, avec l'aide de l'expert désigné, de convoquer les organes sociaux compétents aux fins de délibérer sur la demande de remplacement<sup>1252</sup>. Le tribunal statue ensuite sur le concordat au vu de cette délibération.

**586.** Cette solution, qui consiste au remplacement du dirigeant d'entreprise, avait été l'objet de vives critiques en droit français, où l'ancien art. L. 626-4, C. com. prévoyait que le tribunal peut, sur requête du ministère public, subordonner l'adoption du plan de sauvegarde ou de redressement à l'éviction des dirigeants, lorsque le débiteur est une personne morale. On<sup>1253</sup> a estimé qu'elle nuisait principalement à l'attractivité de la procédure de sauvegarde en alimentant l'idée selon laquelle le dirigeant ne maîtrisait pas l'issue de la procédure alors qu'il en avait pourtant lui-même demandé l'ouverture et que la société n'était pas en cessation des paiements. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a pris en compte ces critiques en abrogeant l'art. L. 626-4. Désormais, dispose l'art. L. 631-19-1, C. com., l'éviction des dirigeants ne peut être décidée que si la procédure ouverte est une procédure de redressement judiciaire.

**587.** Ces critiques ne semblent pourtant pas justifiées, car, si dans le cas des entreprises individuelles, la mesure de remplacement doit être utilisée avec prudence<sup>1254</sup>, dans les personnes morales la survie de l'entreprise doit l'emporter sur les droits des dirigeants<sup>1255</sup>. Il n'est pas juste que le débiteur malhonnête échappe aux rigueurs du droit sous prétexte que l'objectif premier est de redresser l'unité économique<sup>1256</sup>. Il convient de maintenir la tendance inaugurée par la loi du 13 juillet 1967, renforcée par celle du 25 janvier 1985 et poursuivie

---

<sup>1251</sup> CERATI-GAUTHIER (A), *La société en procédure collective et son associé: entre indépendance et influence*, Presses univ. Aix-Marseille (PUAM), 2002, n° 359.

<sup>1252</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 336.

<sup>1253</sup> COQUELET (M.-L.), *Entreprises en difficulté ...*, Cours & Travaux dirigés, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 398.

<sup>1254</sup> CERATI-GAUTHIER (A), *La société en procédure collective et son associé: entre indépendance et influence*, n° 359, précité.

<sup>1255</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1269.

<sup>1256</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1250.

par la loi du 26 juillet 2005, en distinguant clairement le sort de l'homme du sort de l'entreprise<sup>1257</sup>. Le premier s'expose à des sanctions personnelles indépendamment du devenir de l'entreprise, alors que la seconde est redressée ou liquidée en fonction de ses possibilités économiques<sup>1258</sup>.

**588.** Le tribunal peut, toutefois, se contenter de "neutraliser" le ou les dirigeants en ordonnant *l'incessibilité des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital*, détenus par ceux qu'il désigne<sup>1259</sup>. Sont concernés principalement les dirigeants de droit; mais, les dirigeants de fait sont souvent ceux qui exercent une activité positive de gestion en toute indépendance<sup>1260</sup>. Aussi en droit français, certains juges du fond n'hésitent-ils pas à qualifier de dirigeants de fait certains actionnaires exerçant une influence sur la marche de leur société à raison du capital qu'ils détiennent<sup>1261</sup>. Cette solution doit être admise en matière de concordat préventif, surtout s'il est avéré que les immixtions du dirigeant de fait dans la gestion de l'entreprise ont contribué à la survenance des difficultés<sup>1262</sup>.

**589.** La juridiction compétente doit même pouvoir aller plus loin et tenter de priver de toute influence dans la société ces dirigeants, en confiant le droit de vote attaché à leurs titres à un mandataire de justice désigné à cet effet<sup>1263</sup>, par exemple le syndic, ou en ordonnant la cession de leurs droits sociaux à un prix fixé à dire d'expert<sup>1264</sup>. La conséquence de ces mesures d'éviction des anciens dirigeants, étendues à leur participation au capital est économiquement assimilable à celle d'un plan de cession<sup>1265</sup> et profite en premier lieu à ceux qui souhaitent prendre le contrôle de la société en couplant acquisition d'actions et adoption d'un concordat préventif<sup>1266</sup>. Certes, les actifs ne changent pas de main, puisqu'ils sont la propriété de la société. Mais le contrôle de celle-ci appartient désormais à l'acquéreur des droits sociaux, qui va gérer les actifs de la même manière que s'il les avait acquis

<sup>1257</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 298.

<sup>1258</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1250.

<sup>1259</sup> Art. L. 631-19-1, al. 2, C. com.; comp. art. 57, 58, 187 et 199, AUPC.

<sup>1260</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 731.

<sup>1261</sup> Nancy, 2<sup>ème</sup> ch. 18 déc. 2002, Dr. sociétés 2003-12, n° 211, obs. J.-P. LEGROS.

<sup>1262</sup> L'article 57, AUPC, prévoit qu'à partir de la décision d'ouverture d'une procédure collective, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, contre une personne morale, la juridiction compétente doit prononcer l'incessibilité des droits sociaux de toute personne qui s'est immiscée dans la gestion de la personne morale à quelque moment que cette immixtion ait été constatée.

<sup>1263</sup> Art. R. 631-34-3, C. com.

<sup>1264</sup> Art. L. 631-19-1, al. 2, C. com.

<sup>1265</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1269.

<sup>1266</sup> V. pour le redressement, JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 732.



directement<sup>1267</sup>, au moyen d'une cession ou d'une vente classique. Cette transmission des droits sociaux est qualifiée de "reprise interne", puisque c'est la même société qui continue l'activité, à la différence de la reprise par cession d'entreprise<sup>1268</sup>. Ce qui est une garantie d'exécution du concordat et donc de sauvetage de l'unité économique.

**590. Synthèse de la section 1.** Le caractère indispensable d'une restructuration financière dans l'exécution du concordat préventif n'est donc plus à démontrer. Les différentes mesures que nécessite cette restructuration peuvent, en effet, s'avérer extrêmement efficaces pour la bonne exécution du concordat, et donc le maintien de l'entreprise, si, toutefois, elles sont mises en œuvre de façon appropriée. Il faut donc espérer de la part des différents acteurs, que sont le tribunal, les partenaires de l'entreprise et le débiteur lui-même, suffisamment de sérieux et de diligence pour appliquer toutes les mesures et modalités qu'exigera le redressement de l'entreprise. Mais ici encore, le caractère tardif de l'ouverture de la procédure risque fort d'influer sur l'efficacité d'une réorganisation financière intervenue alors que l'entreprise est dans un état critique, même si en dehors des mesures de financement, une restructuration du personnel peut s'avérer indispensable au maintien ou à la poursuite de l'exploitation commerciale.

## SECTION 2

### L'EFFET LIMITÉ D'UNE RESTRUCTURATION DU PERSONNEL

**591.** La continuation de l'entreprise implique souvent des licenciements, afin de réduire les frais généraux<sup>1269</sup> ou la masse salariale. Conscient du caractère inéluctable de ces mesures, l'Acte uniforme énonce que le concordat peut prévoir au titre des modalités de maintien de l'entreprise, des licenciements pour motif économique, qui doivent intervenir dans les conditions prévues par les dispositions du droit du travail. Le droit commun est donc la règle en ce qui concerne le licenciement en matière de règlement préventif, contrairement à la procédure de redressement judiciaire où le législateur a institué un régime spécial de licenciement pour motif économique<sup>1270</sup>.

---

<sup>1267</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op cit., n° 1269.

<sup>1268</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 732.

<sup>1269</sup> SAVENIER (J.-J.), *Le plan social*, Rev. proc. coll. 2001, 227.

<sup>1270</sup> Art. 110 et 111, AUPC.

**592.** Il convient dès lors de préciser ce qu'il faut entendre par licenciement pour motif économique dans la procédure du concordat préventif (§.1), avant d'analyser la manière dont ces licenciements sont mis en œuvre (§.2).

### **§.1 - Le licenciement pour motif économique dans l'exécution du concordat préventif**

**593.** L'Acte uniforme ne précise pas la notion de licenciement pour motif économique, préférant renvoyer au droit commun. Cette notion<sup>1271</sup> apparaît pour la première fois, en droit français, dans la jurisprudence du Conseil d'État<sup>1272</sup>, en application de l'ordonnance du 24 mai 1945 relative au contrôle de l'emploi. Ainsi émergea un régime autonome en matière de compression d'effectifs qui, après de nombreuses évolutions, sera complété par la loi du 2 août 1989<sup>1273</sup>, qui développe, dans un "*plan social*", des mesures d'accompagnement des salariés licenciés pour motif économique. Ces mesures visent à maintenir les salariés dans l'entreprise malgré les difficultés économiques, ou à faciliter leur départ en aidant leur reconversion, leur formation et leur recherche d'emploi, au moyen de conventions de conversion<sup>1274</sup>.

---

<sup>1271</sup> PÉLISSIER (J), SUPIOT (A), JEAMMAUD (A), *Droit du travail*, Dalloz, coll. "Précis droit privé", 2008, p. 601 et s.; DALMASSO (R), *Essai sur le concept de licenciement économique, étude comparée des droits français et italien*, LGDJ, 2009, n° 49; BOUBLI (B.), *30 ans après, un nouveau visage du licenciement économique*, *Dr. soc.*, 1<sup>er</sup> mars 2007, p. 293 et s.; TOURREIL (J.E.), *Licenciement économique : effet d'irrégularités dans la procédure de consultation du comité sur la demande en nullité des licenciements*, *Jur. soc. Lamy*, 13 février 2007, p. 22-24; BRISSY (S.), *Motivation de la lettre de licenciement pour motif économique*, *JCP S*, 16 janvier 2007, p. 28-29; KELLER (R.), *La nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise peut justifier un licenciement pour motif économique*, *Dr. soc.*, 1<sup>er</sup> octobre 2006, p. 857-860; MICHEL (J.), *La notion du "motif économique" de nature à justifier le licenciement d'un salarié protégé*, *Les Petites Affiches*, 2 août 2006, p. 26-30; LAHALLE (T.), *Licenciement pour motif économique : licenciement du fait d'une mutation technologique et obligation d'adaptation des salariés*, Note sous arrêt, *JCP S*, 25 juillet 2006, p. 25-26; KERBOUCH (J.Y.), *Licenciement pour motif économique d'un salarié protégé et sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise*, *JCP S*, 18 avril 2006, p. 31-33; HALLER (M.C.), *Licenciement pour motif économique : l'obligation de réintégration ne s'étend pas au groupe*, Note sous arrêt: *Soc.* 15 février 2006, n°04-43.282, société PGA Groupe, *Jur. soc. Lamy*, 14 mars 2006, p. 12-14; BEAL (S.), *Obligation de reclassement en matière de licenciement économique*, *JCP E*, 20 décembre 2001, p. 2052-2055; CRISTAU (A.), *L'employeur seul juge du choix économique*, note sous *Cass. Ass. Plénière*, 8 décembre 2000, *SAT contre Coudière et autres*, *Dr. soc.*, 1<sup>er</sup> février 2001, p. 126-134.

<sup>1272</sup> La juridiction suprême de l'ordre administratif considère alors que l'exigence d'une autorisation administrative préalable à tout licenciement ne concerne que les licenciements pour motif économique; v. [http://fr.wikipedia.org/wiki/Licenciement\\_pour\\_motif\\_%C3%A9conomique#cite\\_note-1](http://fr.wikipedia.org/wiki/Licenciement_pour_motif_%C3%A9conomique#cite_note-1)

<sup>1273</sup> Loi du 2 août 1989 modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion; (v. *Ministre du travail, Commentaire de la loi du 2 août 1989, Dr. soc.*, 1989, p. 621 et s.), déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel (Décision n°89-257-DC du 25 juillet 1989; v. Xavier PRÉTOT, *La conformité à la constitution de la loi relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion, Dr. soc.*, 1989, p. 701 et s.).

<sup>1274</sup> Les réformes se sont poursuivies, notamment par la loi du 27 janvier 1993 qui renforce les prérogatives de contrôle des institutions représentatives et administratives. Elle répute nulle et non avenue la procédure de licenciement entreprise par l'employeur sans consultation des représentants du personnel sur le plan de reclassement, et habilite l'inspection du travail à constater la carence d'un plan social. La loi de modernisation

**594.** Il s'agit donc d'une notion relativement récente, qu'il convient de préciser (A), avant d'analyser ses éléments constitutifs (B).

### **A- La définition générale du licenciement pour motif économique**

**595.** L'Acte uniforme énonce que le concordat destiné à prévenir la faillite de l'entreprise commerciale, peut prévoir des licenciements pour motif économique, sans définir ni la notion, ni les conditions ou les critères suivant lesquels ces licenciements devraient s'organiser. Il précise simplement que les licenciements doivent intervenir dans les conditions prévues par les dispositions du droit du travail. Ce qui peut être source de difficultés, puisqu'il n'existe pas à l'heure actuelle de dispositions uniformes en matière de travail, applicables dans tous les Etats de l'espace OHADA. On risque, par conséquent, d'être confronté à autant de modalités de licenciements pour motif économique que de systèmes juridiques ou d'Etats-membres.

**596.** Ce risque semble, toutefois, réduit, dans la mesure où la plupart des Etats parties à l'OHADA sont d'anciennes colonies françaises, dont les systèmes juridiques, hérités de l'ancien colonisateur, sont presque identiques dans bien des domaines. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 72, al. 2 du Code togolais du travail<sup>1275</sup>, « *constitue un licenciement pour motif économique, le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié, résultant d'une suppression ou transformation d'emploi consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques* ». Cette définition reprend celle donnée par la Directive européenne du 17 février 1975<sup>1276</sup>, dont s'est inspiré le Code du travail français, dont l'article L. 321-1 (actuel article L. 1233-3) dispose: « *le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail, consécutive notamment à des*

---

sociale du 17 janvier 2002 a ensuite réformé le régime du licenciement pour motif économique, pour prévenir la survenance de tels licenciements dans les entreprises économiquement saines. Le rôle de l'administration du travail et des représentants du personnel a été renforcé, un congé de reclassement a été institué et la loi a substitué au plan social un *plan de sauvegarde de l'emploi*. L'obligation pour l'employeur de proposer une convention de conversion, qualifiée de règle d'existence éphémère par JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 945 et note, a été abrogée par une ordonnance du 26 juin 2004.

<sup>1275</sup> J.O.R.T. n° 38 du 13 décembre 2006.

<sup>1276</sup> Directive 75/129/CEE du Conseil du 17 Février 1975, modifiée par la Directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs.

*difficultés économiques ou à des mutations technologiques* », constitue un licenciement pour motif économique.

**597.** L'avant-projet d'Acte uniforme de l'OHADA, relatif au droit du travail, dans sa version finale adoptée à Douala, le 24 novembre 2006, reprend presque à l'identique la définition du Code de travail français en son article 53, dont la rédaction énonce : « *Constitue un licenciement pour motif économique, tout licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du travailleur et résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail, consécutive à des difficultés économiques, à des mutations technologiques ou à des restructurations internes* ». Toutes ces définitions font ressortir un critère essentiel, celui de motif non inhérent au salarié. Ce critère est d'une grande importance<sup>1277</sup>, car il permet au juge de restreindre le champ des causes de résiliation du contrat de travail, en distinguant notamment entre motif économique et motif personnel.

**598.** En effet<sup>1278</sup>, les intérêts attachés à la qualification de licenciement économique sont multiples: outre les règles applicables à tout licenciement, il est soumis à des règles propres telles que consultation des représentants du personnel, information donnée à l'autorité administrative, obligation de proposer aux salariés soit un congé de reclassement, soit une convention de reclassement personnalisé, élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi, priorité de réembauchage des salariés licenciés, droit d'action des syndicats par substitution au salarié, procédure prud'homale aménagée. C'est dire que le tribunal compétent contrôlera ici l'exactitude de la qualification, afin d'éviter que l'employeur ne saisisse l'occasion du règlement préventif pour mettre à la porte des salariés dont il avait déjà envie de se débarrasser. Le motif économique est, en effet, un motif extérieur au salarié. Ainsi, le licenciement en raison de l'âge, de l'inaptitude physique ou professionnelle, pour un motif disciplinaire, pour appartenance ou activité syndicale etc., n'a pas de motif économique.

**599.** Théoriquement, toutefois, il n'y a pas à ce niveau de risque que les dispositions du texte de l'OHADA puissent être dévoyées ou détournées à d'autres fins; par exemple que l'employeur profite de la disposition prévoyant des licenciements pour motif économique pour opérer des licenciements pour motif personnel, puisqu'il a lui-même à y perdre plus que les salariés

<sup>1277</sup> WAQUET (PH), *Le niveau d'appréciation des conditions du licenciement économique*, Dr. soc. 1995, 483

<sup>1278</sup> PÉLISSIER (J), AUZERO (G) et DOCKÈS (E), *Droit du travail*, 26<sup>ème</sup> éd. D. 2012, n° 458 et s.

licenciés, qui se verront rangés sous un régime de licenciement beaucoup plus favorable et avantageux. Mais, en pratique, ce risque n'est pas moins réel, puisque, de par son motif, le licenciement économique permet de licencier en dehors de toute faute, de toute insuffisance ou inaptitude professionnelle. Ce qui constitue un réel danger pour l'emploi, surtout dans le contexte africain où la méconnaissance du droit est souvent banalisée.

**600.** Par ailleurs, il peut y avoir d'intérêt à distinguer, au sein même de la catégorie de licenciement pour motif économique, les licenciements individuels des licenciements collectifs, puisque la procédure n'est pas souvent la même dans les deux types de licenciement. Il en est ainsi en droit français et dans l'avant-projet d'Acte uniforme, qui ne soumettent pas les deux types de licenciement aux mêmes règles de procédure. Dans l'avant-projet d'Acte uniforme, la différence tient essentiellement aux délais respectifs de consultation des représentants du personnel et de l'inspecteur du travail. Aux termes de l'art. 54, avant-projet, le licenciement collectif pour motif économique est obligatoirement précédé d'un projet de licenciement qui doit être remis aux délégués du personnel, qui disposent d'un délai de quinze jours pour formuler leurs observations par écrit. Le projet doit être ensuite transmis par l'employeur à l'inspecteur du travail, qui dispose d'un délai d'un mois pour formuler son avis. Le texte précise, cependant, qu'en cas de licenciement économique concernant un seul travailleur, les délais sont réduits à quarante-huit heures pour la consultation des délégués du personnel, et à huit jours pour l'avis de l'inspecteur du travail. Dans le système français, la différence essentielle réside en ce que les représentants du personnel ne sont pas nécessairement consultés en cas de licenciement individuel pour motif économique<sup>1279</sup>.

**601.** Mais le législateur togolais, tout en reconnaissant leur existence, ne semble pas distinguer les licenciements individuels des licenciements collectifs, notamment quant à leur régime<sup>1280</sup>; ce qui peut être source de difficulté. En effet, les licenciements économiques étant assujettis à des règles différentes selon qu'ils ont un caractère individuel ou un caractère collectif, il est

---

<sup>1279</sup> Cf. art. L. 1233-4, C. trav. : *"Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient. - Le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente. À défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure. - Les offres de reclassement proposées au salarié sont écrites et précises."*

<sup>1280</sup> Cf. article 75, al.2 du Code du travail.

indispensable<sup>1281</sup> de préciser les notions de licenciement individuel et de licenciement collectif. Cette précision est d'autant plus nécessaire que le licenciement d'un travailleur n'est pas toujours un licenciement individuel et que le licenciement de plusieurs travailleurs n'est pas nécessairement un licenciement collectif<sup>1282</sup>. De plus, à l'intérieur du groupe des licenciements collectifs, la loi tient le plus grand compte du nombre des salariés touchés, en distinguant selon que le projet envisage une suppression de moins ou plus de dix salariés sur une période de trente jours<sup>1283</sup>. Il y a des "grands" et des "petits" licenciements collectifs. Il serait donc nécessaire de savoir dans quel cadre (établissement, entreprise, groupe) le décompte doit être opéré<sup>1284</sup>. Toutefois, il est indispensable de déterminer d'abord s'il s'agit bien d'un licenciement pour motif économique.

---

<sup>1281</sup> V. PÉLISSIER (J), AUZERO (G) et DOCKÈS (E), *Droit du travail*, 26<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 460. Dans la plupart des cas, le licenciement d'un seul travailleur sera qualifié individuel. Mais un licenciement, en apparence individuel, peut relever des dispositions concernant les licenciements collectifs. Ce sera le cas lorsque, peu après le licenciement d'un seul salarié, d'autres travailleurs de la même entreprise sont licenciés pour le même motif économique; le licenciement du premier travailleur congédié s'inscrit "*dans le cadre d'un licenciement collectif*" (Soc. 15 nov. 1979, Jur. soc., n° 24, F. 6; 24 juin 1970, Bull. civ. V, n° 433; 29 oct. 1974, Bull. civ. V, n° 474). C'est la raison pour laquelle la loi fait intervenir la "*période de licenciement*" (art. L. 1233-8) et vise les licenciements successifs (art. 1233-26). De même, le licenciement, dans le même temps, de plusieurs salariés de la même entreprise est habituellement collectif. Encore faut-il que tous les licenciements soient prononcés pour une même cause et que cette cause soit une cause économique; sinon, les licenciements seront considérés comme un ensemble de licenciements individuels. C'est le cas lorsque plusieurs salariés sont licenciés pour avoir commis une faute lourde au cours d'une grève. C'est également le cas lorsqu'un cadre est licencié pour un motif personnel en même temps que 98 salariés d'une usine de la même entreprise; ce n'est pas parce qu'il y a une simple coïncidence entre la mesure individuelle le concernant et le licenciement collectif touchant le personnel d'une usine à laquelle il n'était pas affecté que ce cadre peut invoquer les règles concernant les licenciements collectifs (Soc. 27 janv. 1971, Bull. civ. 1971, V, n° 51, p. 41). La Cour de cassation avait également admis que c'était encore le cas – mais la solution était ici discutable – lorsque plusieurs salariés avaient été licenciés à la suite d'un refus d'une diminution de salaires (Soc. 9 oct. 1991, CSBP févr. 1992, p. 41, A. 9; D. 1992, 128 et s., note critique de N. DECOOPMAN: "*chacun des licenciements, prononcé à la suite du refus du salarié, conservait un caractère individuel*"; les licenciements étant qualifiés économiques, tous ces licenciements résultent pourtant d'une même cause économique: le refus d'une diminution de salaires). Le législateur est intervenu pour imposer, dans ce cas, la qualification "*licenciement collectif*" (Loi du 29 juill. 1992, modifiée par celle du 18 janv. 2005, art. L. 1233-25, C. trav.: *Lorsqu'au moins dix salariés ont refusé la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail proposée par leur employeur pour l'un des motifs énoncés à l'art. L. 1233-3 et que leur licenciement est envisagé, celui-ci est soumis aux dispositions applicables en cas de licenciement collectif pour motif économique*).

<sup>1282</sup> PÉLISSIER (J), *Observations à propos de la notion de licenciement individuel*, Etudes offertes à G.-H. CAMERLYNCK, D. 1978, p. 83.

<sup>1283</sup> Cf. Art. L. 1233-8, C. trav. : "*L'employeur qui envisage de procéder à un licenciement collectif pour motif économique de moins de dix salariés dans une même période de trente jours réunit et consulte le comité d'entreprise dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, les délégués du personnel dans les entreprises de moins de cinquante salariés, dans les conditions prévues par la présente sous-section*" et art. L. 1233-21 : "*Un accord d'entreprise, de groupe ou de branche peut fixer, par dérogation aux règles de consultation des instances représentatives du personnel prévues par le présent titre et par le livre III de la deuxième partie, les modalités d'information et de consultation du comité d'entreprise applicables lorsque l'employeur envisage de prononcer le licenciement économique d'au moins dix salariés dans une même période de trente jours.*"

<sup>1284</sup> PÉLISSIER (J), AUZERO (G) et DOCKÈS (E), *Droit du travail*, 26<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 460.

## B- Les éléments constitutifs du licenciement pour motif économique

- 602.** Les différentes définitions données, tant par l'article 72 du Code togolais du travail, que par l'article 53 de l'avant-projet d'Acte uniforme et l'article L. 1233-3 du Code français du travail, comportent trois éléments: l'un négatif, l'autre faisant référence à la cause immédiate du licenciement, la suppression de l'emploi; le troisième renvoyant à la cause première de cette suppression, notamment les difficultés économiques de l'entreprise ou les mutations technologiques<sup>1285</sup>. Le motif économique est d'abord celui qui n'est pas « *inhérent à la personne du travailleur* », qui lui est donc extérieur; ce qui de manière négative exclut le motif disciplinaire, l'absence prolongée ou les absences répétées, l'âge, l'inaptitude physique ou professionnelle, etc. Si l'employeur veut procéder à des changements de personnes, ou se fonde sur la qualité du travail, le motif n'est pas d'ordre économique<sup>1286</sup>.
- 603.** Le motif économique implique nécessairement la *suppression d'emploi*, à laquelle l'article L. 1233-3 assimile la *transformation de l'emploi* ou la *modification*, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du *contrat de travail*. Lorsqu'un salarié est licencié et que son emploi est maintenu et occupé par un autre salarié, le motif du licenciement est à l'évidence un motif inhérent à la personne du travailleur et n'a pas une cause économique<sup>1287</sup>. En revanche, il y a suppression d'emploi, lorsque la tâche du salarié licencié est répartie entre plusieurs personnes travaillant déjà dans l'entreprise<sup>1288</sup> ou lorsqu'elle est assurée par un collaborateur bénévole<sup>1289</sup>.
- 604.** La distinction entre la transformation d'emploi et la modification d'un élément essentiel du contrat de travail ne présente plus d'intérêt puisque l'une et l'autre sont, en cas de refus du

---

<sup>1285</sup> PÉLISSIER (J), AUZERO (G) et DOCKÈS (E), *Droit du travail*, 26<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 458.

<sup>1286</sup> CE 18 déc. 1981, D. IR. 319; 21 déc. 1983, D. 1984, IR. 105; Soc. 13 avr. 1976, Bull. civ. V. 207; 13 juin 1979, Bull. civ. V. 386.

<sup>1287</sup> Soc. 22 mars 1978, Dr. soc. 1978, 296, obs. J. SAVATIER; D. 1978, 554, note J. PÉLISSIER (remplacement d'une salariée malade); CE 18 déc. 1981, D. 1982, IR. 319, obs. J.-M. SPORTOUCH (salariée malade, qui a été remplacée, puis licenciée à son retour parce que la société ne pouvait pas rémunérer deux personnes pour un même emploi. Le licenciement n'est pas économique; l'emploi de cette salariée n'avait pas été supprimé); Soc. 23 sept. 1992, Dr. soc. 1992, 924 (est sans cause réelle et sérieuse, le licenciement de deux salariés à la suite de la suppression d'un seul emploi). Exceptionnellement, le licenciement est économique alors que, sur un emploi déterminé, le titulaire de l'emploi est licencié et remplacé par un autre salarié: il s'agit de l'hypothèse où, en raison de l'ordre des licenciements, un salarié qui a plus de titres à conserver son emploi, remplace un salarié moins bien placé dans l'ordre d'un licenciement collectif (Soc. 29 juin 1994, Bull. civ. V, n° 216). Mas dans ce cas, il y a bien suppression d'emploi.

<sup>1288</sup> Soc. 2 juin 1993, CSBP 1993, p. 282, obs. PHILBERT; Dr. soc. 1993, 678; 29 janv. 1992, RJS 1992, n° 264.

<sup>1289</sup> Soc. 7 oct. 1992, Dr. soc. 1992, 923; RJS 1992, n° 1248.

salarié, une cause économique du licenciement<sup>1290</sup>. C'est la distinction entre les modifications du contrat et les modifications des conditions de travail qui est importante, car le licenciement prononcé à la suite d'un refus d'une modification des conditions de travail est toujours un licenciement pour motif personnel à la différence du licenciement prononcé après un refus de modification du contrat. S'il est nécessaire qu'il y ait suppression d'emploi, transformation d'emploi ou modification du contrat de travail pour que le licenciement constitue un licenciement pour motif économique, il n'est pas exigé qu'il y ait globalement, dans l'entreprise ou dans l'établissement, *une diminution du nombre global des emplois*. Une réorganisation entraîne souvent le remplacement d'emplois supprimés par de nouveaux emplois. Même si le nombre global d'emplois n'est pas en diminution après la réalisation de la restructuration, celle-ci engendre des licenciements pour motif économique. La jurisprudence est, sur ce point, bien établie<sup>1291</sup>.

**605.** Quant à la cause de la suppression ou de la transformation d'emploi, le droit positif français antérieur à 1989 soulignait que cette cause devait être d'ordre *conjoncturel ou structurel*. La loi du 2 août 1989 ne fait que modifier le vocabulaire sans changer le fond<sup>1292</sup>: suppression ou modification de l'emploi doivent être « consécutives à des *difficultés économiques* (conjoncture) ou à des *mutations technologiques* (plus précis que cause structurelle) ». Aussi, lorsqu'un employeur supprime ou modifie des emplois en l'absence de difficultés économiques ou d'innovations technologiques pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise, les licenciements décidés à cette occasion seront des licenciements pour motif économique<sup>1293</sup>, mais la fermeture d'une usine pour mettre fin aux nuisances causées à

---

<sup>1290</sup> À condition que la transformation d'emploi ou la modification du contrat soit consécutive à des difficultés économiques ou à des mutations techniques.

<sup>1291</sup> Soc. 24 oct. 1979, Dr. ouvrier 1980, p. 138; Soc. 1<sup>er</sup> juin 1983, Jur. soc. 1983, F. 70; Crim. 17 oct. 1979, Jur. soc., n° 23, p. 98; 7 juin 1983, Jur. soc. 1983, F. 71.

<sup>1292</sup> V. PÉLISSIER (J), AUZERO (G) et DOCKÈS (E), *Droit du travail*, 26<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 458, selon qui l'adverbe "notamment" ajoute encore à une notion déjà très extensible. La loi de modernisation sociale avait, en effet, supprimé l'adverbe "notamment" dans la définition du licenciement économique. Le licenciement n'était, selon la loi nouvelle, un motif économique que dans trois situations limitativement énumérées: la suppression d'emploi ou la modification du contrat devait être consécutive "soit à des difficultés économiques sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen, soit à des mutations technologiques mettant en cause la pérennité de l'entreprise, soit à des nécessités de réorganisation indispensables à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise" (art. 107). Cet article a été déclaré contraire à la constitution car, selon le conseil constitutionnel, il portait, à la liberté d'entreprendre, une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif poursuivi de sauvegarde de l'emploi.

<sup>1293</sup> Soc. 10 mai 1994, RJS 6/94, n° 674; 8 juin 1994, Bull. civ. V, n° 193; 23 mai 1995, RJS 8-9/95, n° 871. Le licenciement entre dans la catégorie "licenciement pour motif économique". Ce qui ne signifie pas obligatoirement que la cause économique alléguée sera considérée comme une cause réelle et sérieuse.



l'environnement n'a pas une cause économique de licenciement<sup>1294</sup>. De même, sont économiques, les licenciements prononcés par l'employeur qui ferme son entreprise en raison de son âge<sup>1295</sup> ou de son état de santé<sup>1296</sup> ou à la suite d'une inondation des locaux<sup>1297</sup>. De façon plus générale, la Cour de cassation décide que la cessation d'activité de l'entreprise, quand elle n'est pas due à une faute de l'employeur ou à sa légèreté blâmable, constitue un motif économique de licenciement<sup>1298</sup>.

**606.** La qualification « licenciement pour motif économique » est cependant écartée bien qu'il y ait suppression d'emploi pour un motif non inhérent à la personne du salarié, lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent une modification du contrat, décidée en application d'un accord de réduction de la durée du travail<sup>1299</sup>; elle est également écartée bien qu'il y ait suppression d'emploi dans le domaine particulier du bâtiment et des travaux publics, lorsque des salariés affectés à un chantier sont licenciés en fin de chantier; les licenciements sont considérés comme des licenciements pour motif personnel<sup>1300</sup>.

**607.** En matière de règlement préventif, le fait que des mesures de licenciement soient intégrées au concordat, destiné à mettre fin aux difficultés économiques de l'entreprise, donne à ces licenciements un caractère économique et un juste motif<sup>1301</sup>. Aussi la décision doit-elle être

---

<sup>1294</sup> Soc. 13 févr. 2008, n° 06-44, 358, RJS 4/08, n° 388; 7 mars 2001, n° 98-46.044; 7 juill. 1998, Bull. civ. V, n° 369.

<sup>1295</sup> Paris 9 avr. 1992, Desfrey et Binet; contra Soc. 10 oct. 1989, RJS 11/89, n° 835.

<sup>1296</sup> Nancy 16 janv. 1991, RJS 7/91, n° 830.

<sup>1297</sup> Soc. 15 févr. 1995, RJS 4/95, n° 371.

<sup>1298</sup> Soc. 16 janv. 2001, RJS 3/01, n° 294; 28 févr. 2006 n° 03-47.880; Bull. civ. V, n° 89; 8 juill. 2009 n° 08-41644, RJS 10/09, n° 773. Mais lorsque plusieurs sociétés d'un groupe sont co-employeurs, la cessation d'activité d'une entreprise ne peut constituer une cause économique de licenciement qu'à la condition d'être justifiée par des difficultés économiques, par une mutation technologique ou par la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe dont elle relève (Soc. 18 janv. 2011 n° 09-69199, Sem. soc. Lamy 2011, n° 1476, p. 9, avec le rapport de P. Bailly, p. 6 et s.). Encore faut-il préciser que si la cause économique alléguée par l'employeur n'est pas dans cette situation une cause économique réelle et sérieuse, elle n'en reste pas moins une cause qui donne au licenciement sa qualification de licenciement pour motif économique.

<sup>1299</sup> Art. L. 1222-7, C. trav. fr.

<sup>1300</sup> Art. L. 1236-8. Selon ce texte, "le licenciement qui, à la fin d'un chantier, revêt un caractère normal selon la pratique habituelle et l'exercice régulier de la profession" n'est pas soumis au droit des licenciements pour motif économique. Il relève de la législation concernant les licenciements pour motif personnel; la loi ne fait que consacrer la solution qui avait été dégagée par la jurisprudence (Soc. 22 avr. 1977, Dr. soc. 1978, 295, obs. J. SAVATIER; 25 nov. 1982, Dr. ouvrier 1983, 145). S'il existe une possibilité d'emploi sur un autre chantier, le licenciement sera jugé sans cause réelle et sérieuse (Soc. 10 juill. 1986, Jurisp. UIMM 87/486). L'art. L. 1236-8 prévoit cependant que la convention ou l'accord collectif peut déroger à la règle qu'il pose.

<sup>1301</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 946.

prise par le tribunal<sup>1302</sup>, quoique la mise en œuvre relève de la compétence des dirigeants de l'entreprise.

## **§.2 - La mise en œuvre du licenciement pour motif économique dans l'exécution du concordat préventif**

**608.** Le législateur togolais, par exemple, soumet tous les licenciements pour motif économique aux mêmes règles de procédure, sans distinguer entre licenciement individuel et celui collectif. Il en est de même de l'avant-projet d'Acte uniforme, qui soumet les deux types de licenciement à une procédure identique, en prenant, toutefois, le soin de prévoir, en ce qui concerne le licenciement d'un seul salarié, des délais réduits pour la consultation des représentations du personnel et l'avis de l'inspecteur du travail. Les deux textes prévoient, en outre, que le licenciement pour motif économique doit être précédé d'un projet comprenant plusieurs rubriques.

**609.** On analysera d'abord, le contenu du projet de licenciement pour motif économique (A), avant d'examiner la consultation des représentants du personnel et de l'inspecteur du travail (B).

### **A- L'élaboration du projet de licenciement pour motif économique**

**610.** C'est le débiteur qui propose les licenciements nécessités par la sauvegarde de l'entreprise; la proposition est faite dans le concordat proposé, en même temps que les autres mesures envisagées. Mais la décision est prise par le tribunal compétent, à l'occasion de l'homologation du concordat. Et, puisque l'article 7, AUPC, prévoit que les licenciements envisagés doivent intervenir conformément aux dispositions du droit du travail, le tribunal ne pourra se prononcer que si le projet de licenciement respecte les exigences légales, telles que celles édictées, par exemple dans le cas du Togo, par l'article 73, C. trav. tg. Selon ce texte, lorsque le licenciement pour motif économique est inévitable, l'employeur établit l'ordre des licenciements en tenant compte de l'aptitude professionnelle, l'ancienneté dans l'entreprise, et des charges de famille des travailleurs.

---

<sup>1302</sup> VATINET (R), *Les droits des salariés face aux difficultés économiques des entreprises*, JCP E, 1985, II, 14546, n° 37. Ce qui limite sérieusement l'appréciation du juge prud'homal (R. VATINET, *Sur la place faite aux salariés dans la procédure de sauvegarde*, JCP S, 2005, 1230).

**611.** Le Code burkinabè du travail retient une exigence similaire en son article 39<sup>1303</sup>, qui prévoit, en matière de licenciement pour motif économique, lorsque les négociations avec les délégués du personnel en présence de l'inspecteur du travail n'ont pas abouti, que « *l'employeur doit établir l'ordre des licenciements en tenant compte des aptitudes professionnels, de l'ancienneté et des charges de famille* ». Il semble en résulter, qu'en cas d'égalité au plan des aptitudes professionnelles, l'employeur doit préférer le plus ancien<sup>1304</sup>, et en cas d'ancienneté égale, celui qui a le plus de charges de famille. Ce qui peut s'avérer plus coûteux pour l'entreprise en difficultés, dont le souci est, avant tout, de trouver les mesures de redressement les plus adéquates. Ce souci de redressement impose, en effet, que l'employeur puisse disposer de la possibilité de déterminer quels sont les contrats de travail dont la continuation a les meilleures chances de permettre la sauvegarde de l'entreprise<sup>1305</sup>.

**612.** Toutefois, d'après les termes de la loi, il ne paraît pas nécessaire que le projet de licenciement indique nommément les salariés concernés par la compression; il n'est exigé que l'indication du nombre des emplois à supprimer, ainsi que l'ordre dans lequel les salariés seront remerciés. Ce qui veut dire qu'en matière de règlement préventif, en dépit de l'ordre indiqué par le droit commun, rien ne devrait empêcher le débiteur de retenir un ordre plus favorable au redressement de l'entreprise en gardant, par exemple, les plus jeunes, qui se trouvent être les moins coûteux pour l'entreprise<sup>1306</sup>. Cette hypothèse, tout à fait admissible en l'état actuel du droit, serait, toutefois, impossible en cas d'adoption de l'avant-projet d'Acte uniforme, dont l'article 54 prévoit une majoration de l'ancienneté d'un an par enfant à charge<sup>1307</sup>.

**613.** Par ailleurs, le législateur ne prévoit aucun critère<sup>1308</sup> devant permettre au tribunal d'apprécier le caractère nécessaire des licenciements projetés par l'employeur. Il ne devra pour statuer, se

---

<sup>1303</sup> Loi n° 11-92 ADP du 22 décembre 1992, cf. SAWADOGO (F.M.), obs. sous art. 110, AUPC, *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés...*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 974.

<sup>1304</sup> SAWADOGO (F.M.), obs. sous art. 110, AUPC, *Traité et Actes uniformes commentés...*, 3<sup>ème</sup> éd. op. cit.

<sup>1305</sup> LEGRAS DE GRANCOURT (B), *Les modifications apportées par la loi du 2 août 1989 au droit des licenciements pour motifs économiques en cas de procédure collective*, Rev. proc. coll. 1990-3, p. 213-214.

<sup>1306</sup> SAWADOGO (F.M.), obs. sous art. 110, AUPC, *Traité et Actes uniformes commentés...*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit.

<sup>1307</sup> L'article 54, al. 1, avant-projet, dispose que "*Le licenciement collectif pour motif économique est obligatoirement précédé d'un projet de licenciement contenant: – le ou les motifs économiques et l'état des effectifs de l'entreprise ; – le nombre, la qualification, l'aptitude professionnelle, l'ancienneté, la nature du contrat et la situation de famille des travailleurs susceptibles d'être concernés ; l'ancienneté est majorée d'un an par enfant à charge au sens de la législation de l'Etat Partie ; – les mesures pouvant éviter ou limiter, s'il y a lieu, les licenciements projetés ou faciliter le reclassement des travailleurs concernés.*"

<sup>1308</sup> L'art. 110, AUPC, applicable au redressement judiciaire, précise très clairement que le syndic ne peut être autorisé par le juge-commissaire, à procéder à des licenciements pour motif économique que si ceux-ci *présentent un caractère urgent et indispensable*; Comp., art. L. 631-17, C. com., qui exige un caractère *urgent, inévitable et indispensable*.

contenter que des seules justifications du débiteur, ainsi que de l'avis de l'expert désigné par le jugement d'ouverture, éventuellement au vu des documents prévus à l'article 6, AUPC. Ce qui ne paraît pas très objectif, quand on sait qu'une fois le concordat contenant les demandes de licenciements homologué, ces licenciements acquièrent un juste motif, de sorte que leur caractère économique ne peut être remis en cause<sup>1309</sup>. Il est dès lors nécessaire que les salariés puissent avoir la possibilité de critiquer, à titre individuel, leur licenciement devant les juridictions compétentes en matière de droit du travail<sup>1310</sup>.

**614.** C'est, en effet, la ligne de partage des compétences qu'a tracée, en droit français, la Cour de cassation dans différents arrêts, en observant, en matière de redressement judiciaire, que le juge-commissaire apprécie si les licenciements sont justifiés et détermine le nombre de personnes à licencier<sup>1311</sup>. Son ordonnance ne peut être critiquée que devant la juridiction consulaire, mais le Conseil des prud'hommes connaît des demandes formées individuellement par les salariés<sup>1312</sup>, puisque l'ordonnance autorisant les licenciements n'est pas nominative. Par conséquent, la juridiction prud'homale demeure compétente pour apprécier la « *question de la situation individuelle des salariés au regard de l'obligation de reclassement qui pèse sur l'employeur* »<sup>1313</sup>, et le salarié qui a adhéré à une convention de conversion garde la possibilité, malgré son acceptation, de contester le caractère réel et sérieux de son licenciement devant cette juridiction<sup>1314</sup>.

---

<sup>1309</sup> Com. 9 juill. 1996, D. 1997, 60, note P. BAILLY; JCP G 1997, I, n° 4004, note P. P.; v. aussi Soc. 3 mars 1998, D. 1998, 418, note P. BAILLY.

<sup>1310</sup> Ce qui ne semble pas le cas, le législateur n'ayant rien prévu à cet effet. Cette possibilité n'existe pas non plus en matière de redressement judiciaire, où l'article 111, AUPC, prévoit expressément que la décision du juge-commissaire autorisant ou refusant les licenciements est sans appel, et n'est susceptible que d'opposition, formée dans les quinze jours de sa signification, devant la juridiction ayant ouvert la procédure.

<sup>1311</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit. n° 997 et les références citées.

<sup>1312</sup> Soc. 3 oct. 1989, Bull. civ. V, n° 559; 6 mars 1990, Bull. civ. V, n° 92, D. 1990, somm. p. 218, obs. A. HONORAT; Rev. proc. coll. 1991, p. 243, obs. E. KERKHOVE; JCP E 1991, I, 46, n° 18; 5 mars 1997, D. 1997, 552; Dr. soc. 1998, 508, note R. VATINET: l'autorité de la chose jugée attachée à l'ordonnance ne concerne pas l'obligation de reclassement.

<sup>1313</sup> Soc. 8 juin 1999, Act. proc. coll. 1999, n° 187; 22 nov. 2000, Act. proc. coll. 2001, n° 64.

<sup>1314</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit. n° 997, note 107, notamment P. BAILLY, *Les licenciements et les procédures collectives*, Gaz. Pal. 7/8 nov. 2008, p. 3626; A. ARSEGUÉL et FADEUILLE, *Protection de l'emploi et droit des entreprises en difficulté: évolution jurisprudentielle récente*, Les Petites affiches 2000, n° 199, p. 9; Soc. 21 févr. 1996, JCP E 1996, II, 862, note J.-J. SERRET qui reconnaît à la juridiction prud'homale compétence pour apprécier le caractère sérieux du licenciement dès lors que la lettre adressée au salarié ne comporte aucune motivation sur la cause de la rupture; Soc. 22 févr. 2000, Rev. proc. coll. 2000-3, p. 103, n° 6, obs. F. TAQUET. Il en est de même si la lettre de licenciement ne vise que le redressement judiciaire et non l'autorisation du juge-commissaire (Soc. 5 oct. 1999, Rev. proc. coll. 2000-1, n° 3, obs. F. TAQUET; RJS nov. 1999, n° 1359; 12 janv. 2000, Rev. proc. coll. 2000-3, p. 102, n° 4, obs. F. TAQUET) ou si elle se fonde sur un motif inexact (Soc. 28 févr. 2000, RJS mai 2000, n° 516) ou si sa motivation est imprécise (Soc. 6 juill. 1999, Rev. proc. coll. 2000-1, n° 4, obs. F. TAQUET).

**615.** Il est donc à craindre que le débiteur-employeur ne se serve du concordat préventif comme un moyen pour régler ses comptes en proposant, au titre du redressement de l'entreprise, des licenciements qui, en réalité, sont des licenciements à caractère personnel, mais qui ne pourraient être remis en cause dès lors qu'ils seront autorisés par la juridiction compétente, la consultation préalable des représentants sociaux, notamment, exigée par la loi, ne semblant pas pouvoir y faire obstacle.

### **B- La nécessaire consultation des représentants sociaux et administratifs**

**616.** En vue de recueillir leurs suggestions, dispose l'article 73, C. trav. tg., l'employeur qui envisage procéder à des licenciements, doit informer par écrit les représentants du personnel des mesures qu'il a l'intention de prendre. Ceux-ci doivent, après avoir consulté leur base, répondre par écrit dans les quinze jours suivant. L'employeur doit ensuite, conformément à l'article 74, communiquer à l'inspecteur du travail et des lois sociales les procès-verbaux des mesures négociées avec les représentants du personnel, ainsi qu'un certain nombre de documents. Il ne peut prendre de décision définitive de licenciement que vingt-et-un jours après communication à l'inspecteur du travail des documents exigés. Ce qui est de nature à rallonger considérablement la procédure, surtout en cas de désaccord avec les représentants du personnel sur les mesures ou les licenciements envisagés.

**617.** En effet, la réponse des représentants du personnel dans un délai de quinze jours peut consister en une modification du projet de l'employeur, en contestant par exemple les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements<sup>1315</sup>, ou en proposant des mesures d'atténuation etc. En outre, en dépit des termes du législateur, les "suggestions" des représentants du personnel peuvent aussi être un rejet pur et simple du projet de l'employeur. Ce qui pourrait obliger l'inspecteur du travail, en application de l'alinéa 2 de l'article 74, C. trav. tg., à mandater des experts, pour déterminer s'il n'y a pas d'autres possibilités permettant d'éviter les licenciements. Une situation qui n'est nullement compatible avec les préoccupations de rapidité que requièrent les démarches en vue du sauvetage d'une entreprise en difficultés.

**618.** Par ailleurs, le rôle dévolu à l'inspecteur du travail est loin d'être négligeable. L'alinéa 2 de l'article 74 lui donne le pouvoir d'apprécier le bien-fondé du motif économique invoqué,

---

<sup>1315</sup> Cf. article 73, al. 1<sup>er</sup>, C. trav. tg.

c'est-à-dire, le caractère réel et sérieux du motif du licenciement, en interrogeant les parties et les autorités compétentes, et même à commettre des experts. Il peut donc rejeter les licenciements envisagés, s'il estime qu'ils ne sont pas indispensables, eu égard au « *marché du travail et de la conjoncture économique* ». Il en résulte que l'intervention de l'inspecteur du travail risque fort de retarder l'issue de la procédure, l'objectif du législateur étant, sans doute, de limiter le nombre des licenciements, voire les éviter par des mesures négociées. Aussi l'alinéa 3 de l'article 74 indique-t-il que la notification du licenciement au salarié ne peut être effectuée qu'après l'expiration d'un délai de vingt-et-un jours à partir de la communication à l'inspecteur du travail des procès-verbaux, des mesures négociées, de la lettre de consultation des représentants du personnel et leur réponse.

**619.** Le souci de parvenir à des mesures négociées au détriment des licenciements est d'ailleurs expressément souligné par le législateur, à l'alinéa 3 de l'article 72, C. trav. tg., qui dispose : « *Dans tous les cas, les parties se concertent pour tenter d'éviter, par des mesures négociées, le licenciement collectif ou d'en atténuer les conséquences* ». Le même souci se dégage de l'article 73, *in fine*, qui précise qu'« *en tout état de cause, l'employeur doit privilégier la négociation* ». Dans ces conditions, il sera, dans la pratique, impossible à l'employeur de parvenir à un licenciement pour motif économique avant trente jours à compter de l'information des représentants du personnel. Fort opportunément, l'article 7, AUPC, ne semble pas faire de la consultation des représentants du personnel et de l'inspecteur du travail un préalable à la saisine de la juridiction compétente.

**620.** En effet, l'exigence d'une information et d'une consultation suppose, en principe, que soit attendu l'avis des représentants du personnel<sup>1316</sup> et de l'inspecteur du travail pour licencier. Cependant, le législateur n'exige pas du débiteur de joindre à l'appui des licenciements projetés au concordat, les suggestions des représentants du personnel, ni les observations de l'inspecteur du travail. Ce qui veut dire que, eu égard à l'urgence que revêt les mesures sollicitées, seule paraît indispensable, l'autorisation du tribunal, l'information des représentants du personnel et de l'inspecteur du travail pouvant intervenir après l'homologation du concordat.

---

<sup>1316</sup> URBAN (Q), *Quelle est l'implication des institutions représentatives du personnel dans le traitement juridique des difficultés des entreprises depuis la loi du 26 juillet 2005?*, Rev. proc. coll. 2008, n° 1, p. 35.

**621.** Dans sa décision d'homologation, le tribunal ne cite pas nommément les personnes à licencier, mais seulement le nombre des salariés dont le licenciement est nécessaire ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées<sup>1317</sup>. C'est au débiteur de procéder concrètement à ce choix, en adressant dans sa lettre d'information aux représentants du personnel et à l'inspecteur du travail, une notification qui se réfère à la décision de la juridiction compétente autorisant les licenciements, de même que la liste nominative des personnes à licencier. La référence à la décision du juge aura, sans doute pour effet, sinon de paralyser toute contestation des représentants du personnel, mais au moins de limiter celle-ci, le caractère économique de ces licenciements ne pouvant plus être remis en question<sup>1318</sup>. Lorsque le licenciement est prononcé, le salarié bénéficie d'une priorité de réembauchage pendant six mois à compter de la date de la rupture du contrat<sup>1319</sup>.

**622.** En définitive, les licenciements pour motif économique semblent pouvoir contribuer au redressement des entreprises en difficultés, dans le cadre de la procédure du concordat préventif. Il faut souhaiter seulement que les employeurs aient le sens de l'honnêteté et de l'éthique dans le choix des personnes à licencier, en optant pour le maintien des emplois qui contribueront au mieux à la survie de l'entreprise.

**623. Synthèse de la section 2.** Le caractère laconique des dispositions de l'Acte uniforme prévoyant des licenciements pour motif économique dans le cadre du règlement préventif des difficultés de l'entreprise, laisserait penser que dans l'esprit du législateur, ce qui compte, c'est le maintien de l'entreprise et l'apurement du passif, fût-il au prix de suppressions d'emplois. Mais, en réalité, le renvoi aux dispositions de droit commun, révèle plutôt le souci du législateur de limiter autant que possible la disparition des emplois au nom de l'impératif de sauvetage de l'entreprise. En effet, l'institution d'un régime simplifié de licenciement économique, dérogeant au droit commun et donnant pouvoir au juge-commissaire<sup>1320</sup>, pourrait constituer la cause première de nombreux dépôts de bilan préventifs, dans l'unique but de favoriser ces licenciements économiques<sup>1321</sup>.

---

<sup>1317</sup> V. art. R. 631-26, C. com.; Soc. 5 oct. 2004, Rev. proc. coll. 2005, p. 46, obs. F. TAQUET.

<sup>1318</sup> Com. 9 juill. 1996, D. 1997, 60, note P. BAILLY; JCP G 1997, I, n° 4004, note P. P.; v. aussi Soc. 3 mars 1998, D. 1998, 418, note P. BAILLY.

<sup>1319</sup> Art. 75, C. trav. tg.

<sup>1320</sup> V. art. 110 et 111, AUPC.

<sup>1321</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1124.

**624.** L'application des dispositions de droit commun a, en revanche, l'avantage de préserver un certain équilibre entre les intérêts en présence: d'un côté le maintien de l'entreprise, de l'autre la pérennité de l'emploi. Les travailleurs font, en effet, partie de l'entreprise et constituent une de ses composantes indissociables: l'élément humain, à côté de l'élément économique, l'activité<sup>1322</sup>. Seule la conjonction des deux peut concourir à l'apurement effectif du passif. Ce qui garantit l'efficacité de la procédure préventive.

## **Synthèse du chapitre 2**

**625.** Au total, le redressement de l'entreprise peut nécessiter diverses restructurations, telles que des restructurations financières et des restructurations sur le plan organisationnel et sur le plan social. Les unes engendrent des ressources nouvelles de financement, les autres des réductions d'effectifs ou le remplacement des organes dirigeants. Les dispositions de l'Acte uniforme semblent donc ne négliger aucune possibilité de survie de l'entreprise débitrice, en prévoyant, aux côtés des augmentations de capital, au titre des mesures de redressement, des licenciements pour motif économique, de même que le remplacement des dirigeants, sans oublier d'autres ressources, telles que les cessions et les garanties personnelles.

**626.** Les augmentations de capital et les cessions d'actifs, le tout environné de garanties solides, de la part du débiteur ou de tiers, partenaires de l'entreprise, constituent en effet le meilleur moyen de reconstituer les fonds propres, assurant ainsi l'exécution efficace du concordat obtenu, surtout si la réduction d'effectif indispensable a été opérée, conformément aux modalités convenues dans l'accord. Car, en effet, la continuation de l'entreprise sans changement de propriétaire ou d'associés est la moins mauvaise des solutions, mais elle suppose la réunion de conditions que remplissent rarement les entreprises en difficultés, telles notamment, une trésorerie suffisante pour payer immédiatement le superprivilège des salaires et les dettes de faible importance, la confiance des partenaires en la compétence et en l'honorabilité du débiteur, ainsi qu'un climat social calme<sup>1323</sup>.

**627.** Or, il a été démontré plus haut que l'ouverture de la procédure débouchant sur le concordat préventif intervient, en général, de façon tardive ; dans la plupart des cas, la cessation des

---

<sup>1322</sup> CATALA (N), *L'entreprise*, D. 1980, n° 9 et s., cité par ISSA SAYEGH (J), *Le sort des travailleurs dans les entreprises en difficulté: droit OHADA*, Rev. Penant, n° 870, janv.-mar. 2010, p. 80.

<sup>1323</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op cit., n° 1272-1.



paiements a déjà eu lieu. Il est donc à craindre que ces mesures de restructuration, tant sur le plan financier que social, n'aient un effet très limité, voire ne produisent aucun effet du tout, l'entreprise ne disposant plus d'aucune ressource.

## Synthèse du titre 1

- 628. Absence de jugement constatant l'exécution complète du concordat.** Le concordat préventif est un instrument dont le bénéficiaire n'est acquis qu'au débiteur qui, volontairement sollicite à son profit, l'ouverture de la procédure, avant la survenance de la cessation des paiements. Ce qui justifie que son exécution est laissée entre les mains du chef d'entreprise. Toutefois, l'Acte uniforme ne prévoit aucune disposition pour constater l'achèvement complet de cette exécution.
- 629.** En effet, le débiteur qui exécute toutes ses obligations n'est plus tenu par le concordat, tous les créanciers signataires de l'accord étant censés être désintéressés. Ceux-ci perdent en conséquence toute voie de recours contre lui et ne peuvent exercer de poursuites individuelles, même s'ils n'ont reçu, en fait, qu'une partie de leur créance<sup>1324</sup>. On aurait pu dès lors, pour des raisons d'efficacité, prévoir une formule par laquelle serait constatée, de façon "officielle" la tenue de sa "parole" par le débiteur; un jugement de la juridiction compétente paraît à cet égard mieux indiqué, compte tenu du caractère formaliste et judiciaire de la procédure.
- 630.** Ainsi, le tribunal qui a ouvert la procédure, pourrait, lorsqu'il<sup>1325</sup> est établi que les engagements énoncés dans le concordat et homologués par le juge ont été tenus, constater par jugement que l'exécution du concordat a été achevée. Ce serait pour celui qui n'est plus "débiteur" un moyen de clore officiellement une mauvaise passe et de faire meilleure figure à l'égard des partenaires économiques<sup>1326</sup>.
- 631.** La requête peut émaner du syndic, s'il est nommé, du débiteur lui-même ou de tout intéressé. Le tribunal devrait statuer sur le rapport du juge-commissaire et, sa décision, publiée au RCCM dans les mêmes conditions que la décision de règlement préventif, pour servir

---

<sup>1324</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 932-4.

<sup>1325</sup> V. art. L. 626-28, C. com.; LE CORRE (P.-M.), *Les clôtures*, Rev. proc. coll., avr. 2008, Dossier 14, p. 136.

<sup>1326</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 967.

notamment de preuve de la loyauté du débiteur, surtout en cas de demande ultérieure d'une seconde procédure de règlement préventif<sup>1327</sup>. Cette constatation judiciaire de l'exécution complète du concordat est d'autant plus importante pour le débiteur qu'en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de sa part (ce qui risque d'être souvent le cas, du fait de l'ouverture tardive de la procédure), il encourt de graves conséquences, telles qu'une résolution pure et simple du concordat, et l'ouverture subséquente d'une procédure collective proprement dite.

---

<sup>1327</sup> Article 5, al. 3, AUPC.

## TITRE 2

### LES INCIDENTS D'EXÉCUTION DU CONCORDAT PRÉVENTIF

**632.** Le règlement préventif, grâce au concordat qu'il offre, marque pour l'entreprise une pause providentielle sur le chemin qui menait à la cessation des paiements. Mais le spectre de la procédure collective n'est que repoussé<sup>1328</sup>. En cas de manquement du débiteur à ses obligations, le redressement judiciaire, voir la liquidation des biens peut être ouverte. De plus, la cessation des paiements peut survenir pendant la phase d'exécution du concordat, et entraîner l'ouverture de la procédure collective, alors que les créanciers signataires étaient normalement payés. Ce qui semble souvent le cas, du fait notamment de l'ouverture tardive de la procédure. Tous ces incidents sont donc sanctionnés par la résolution du concordat préventif.

**633.** Cependant, il peut pareillement se produire certaines difficultés qui peuvent être réglées autrement que par la disparition du concordat. Le débiteur peut, en effet, en cas de difficulté dans l'exécution du concordat, en obtenir la modification, si les engagements premiers se révèlent trop lourds pour lui. C'est du moins, ce que laisse penser l'article 21, AUPC, aux termes duquel, « *la juridiction compétente peut* », « *à la demande du débiteur et sur rapport du syndic chargé du contrôle de l'exécution du concordat préventif, s'il en a été désigné un* », « *décider toute modification de nature à abrégier ou à favoriser cette exécution* ».

Il convient donc d'envisager, dans un premier temps, la possibilité d'une modification du concordat préventif (chapitre 1<sup>er</sup>), et dans un second mouvement, la disparition quasi-inéluctable du concordat (chapitre 2).

---

<sup>1328</sup> LE CANNU (P), LUCHEUX (J.-M.), PITRON (M) et SÉNÉCHAL (J.-P.), *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 224.

## CHAPITRE 1

### LA POSSIBILITÉ D'UNE MODIFICATION DU CONCORDAT PRÉVENTIF

**634.** La volonté d'assurer l'exécution du concordat peut conduire à en modifier certaines dispositions en cours d'exécution. Le principe d'une adaptation est posé par l'Acte uniforme, mais à deux conditions, en apparence, alternatives: la modification est admise lorsqu'elle est de nature à *abrég*er l'exécution du concordat *ou* lorsqu'elle peut *favoriser* cette exécution. En l'absence de tout critère, l'appréciation de ces deux conditions relève du pouvoir souverain de la juridiction saisie, seule compétente pour décider toute modification du concordat. En outre, le législateur ne réserve qu'au seul débiteur l'initiative de la demande de modification. Or, le concordat tel que prévu par le droit OHADA, peut être exécuté soit directement par le débiteur, soit par un repreneur dans le cadre d'une cession ou d'une location-gérance; ce qui peut engendrer une certaine diversité de régime, selon que la modification est sollicitée par le débiteur lui-même, par le cessionnaire ou par le locataire-gérant.

On analysera donc, les divers régimes de la modification (section 1), avant d'aborder le pouvoir de la juridiction compétente en cette matière (section 2).

#### SECTION 1

##### LA MODIFICATION DU CONCORDAT: UNE DIVERSITÉ DE RÉGIME

**635.** L'Acte uniforme prévoit la possibilité d'une modification du concordat préventif, en vue d'abréger ou favoriser son exécution. Ce réalisme du législateur OHADA mérite d'être salué, car, d'une manière générale, le concordat est adopté en fonction des possibilités, de l'état du marché et des moyens de financement disponibles au moment de son adoption. Toutes ces données peuvent changer, compte tenu de l'évolution très rapide de l'économie et de la vie des affaires. Il faut donc permettre à l'entreprise qui se relève, de s'adapter pour survivre<sup>1329</sup>.

**636.** Le concordat préventif doit donc pouvoir être modifié, et la demande de modification appréciée selon qu'elle émane du débiteur lui-même (§.1) ou du repreneur de l'entreprise en difficulté (§.2).

---

<sup>1329</sup> Lamy, *Droit commercial*, éd. 2012, Fasc. 4060, p. 1746.

## §.1 - La modification en cas de gestion de l'entreprise par le débiteur

**637.** Le débiteur est seul habilité à demander la modification du concordat (A), en précisant son état d'exécution depuis l'homologation jusqu'à la demande, et en indiquant les objectifs envisagés dans cette modification (B).

### A- Le titulaire de la demande de modification

**638.** En principe, le concordat préventif s'exécute tel qu'homologué par la juridiction compétente; cette exécution s'effectue sous la surveillance du syndic, s'il en a été désigné, des contrôleurs et du juge-commissaire. Toutefois, l'exécution du concordat dans le cadre de la continuation de l'entreprise, sans changement de propriétaire, suppose la plupart du temps la réunion de conditions que remplissent très rarement les entreprises en difficulté. Comme le relève un auteur<sup>1330</sup>, cela exige, en effet, un passif faible, ou des créanciers qui acceptent des remises de dettes; cela requiert également une trésorerie suffisante pour payer immédiatement le super-privilege des salaires et les dettes de faible importance, sans compter la possibilité de continuer l'exploitation en dégagant assez de bénéfices pour, non seulement couvrir les frais généraux de celle-ci, mais aussi apurer tout le passif antérieur. Autant de défis, souvent difficiles à relever pour le débiteur. Aussi, une certaine flexibilité est-elle souhaitable, lorsque, notamment les engagements initialement pris par le débiteur se révèlent trop lourds, compte tenu de sa situation fragile.

**639.** L'Acte uniforme admet cette flexibilité et permet au débiteur de demander la modification du concordat préventif, lorsqu'il se heurte à des difficultés dans son exécution; ce qui lui offre une échappatoire. Il s'agit, sans doute, d'un moyen de prévenir l'inexécution du concordat, ou bien, comme l'observe un auteur à propos du plan de sauvegarde<sup>1331</sup>, une forme atténuée d'inexécution de l'accord initial, puisque le débiteur sollicite généralement une révision des objectifs à la baisse, qui peut parfois s'accompagner d'une révision des moyens à la hausse.

**640.** La possibilité d'une modification est également admise en droit français où l'actuel article L.626-26, C. com., autorise le chef d'entreprise à demander au tribunal toute modification

---

<sup>1330</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op cit., n° 1272 et s.

<sup>1331</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté*, ... 8<sup>ème</sup> éd., n° 377.

substantielle dans les objectifs ou les moyens du plan.<sup>1332</sup> C'est ainsi que la jurisprudence française permet au débiteur notamment, lorsqu'il envisage de renforcer ses fonds propres et faciliter son développement, de demander une modification, en proposant aux créanciers un remboursement plus rapide en contrepartie d'un abandon partiel de créance<sup>1333</sup>. La solution est également admise quand, après l'adoption du plan, il apparaît que le déficit de l'exploitation qui avait été arrêté durant la période d'observation était largement inférieur à la réalité, parce qu'on avait comptabilisé à tort des stocks déjà vendus, de même que des créances douteuses, et omis de tenir compte d'un redressement fiscal<sup>1334</sup>.

**641.** Il n'appartient donc ni au syndic, ni au juge-commissaire, encore moins aux contrôleurs de solliciter la modification du concordat préventif. Le débiteur est le seul titulaire du droit de demander la modification du concordat. Ce qui se conçoit assez aisément, le débiteur étant redevenu *in bonis*, à compter de l'homologation du concordat, dont il assure seul l'exécution, sans l'assistance d'aucun autre organe. Il est donc le mieux placé pour connaître la situation de l'entreprise en sauvetage et proposer des moyens nouveaux en vue d'atteindre cet objectif.

**642.** La demande devra, à l'instar de la requête initiale en règlement préventif<sup>1335</sup>, être adressée au président de la juridiction compétente et déposée au greffe de cette juridiction contre récépissé. Le greffier du tribunal devra informer les créanciers intéressés<sup>1336</sup>, notamment, lorsque la modification demandée porte sur les modalités d'apurement du passif. Et comme dans la requête en règlement préventif, le débiteur doit, dans la demande de modification, exposer sa situation économique et financière depuis l'homologation du concordat préventif, ainsi que les perspectives de redressement et d'apurement du passif. Ces dernières indications devront être plus amplement exposées dans le rapport du syndic qui doit accompagner la demande. Le tribunal doit, en effet, statuer après avoir pris connaissance du rapport du syndic, s'il en a été désigné un. Toute la question est de savoir si, en l'absence de syndic, le débiteur peut présenter lui-même un rapport à l'appui de sa demande de modification du concordat.

---

<sup>1332</sup> L'article L. 621-69, C. com., devenu article L. 626-26, C. com. (et L. 642-6, C. com., pour le plan de cession), énonce, en effet, que toute modification substantielle dans les objectifs *et* (anciennement, mais *ou* dans la loi de sauvegarde) les moyens du plan ne peut être décidée que par le tribunal, à la demande du chef d'entreprise et sur le rapport du commissaire à l'exécution du plan.

<sup>1333</sup> Versailles, 13<sup>ème</sup> ch. 15 nov. 2007, Bull. Joly sociétés, avr. 2008, p. 316, obs. F.-X. LUCAS.

<sup>1334</sup> Trib. com. Bourg-en-Bresse, 25 sept. 1987 (SA FOURNET), cité par HAËHL (J.-P.), *Les modifications substantielles des plans de redressement (analyse des premiers jugements)*, JCP E 1989, II, 15642, n° 7.

<sup>1335</sup> Article 5, AUPC.

<sup>1336</sup> Comp. Art. R. 626-45, C. com.

**643.** Le rapport exigé à l'appui de la demande de modification concerne l'état global de l'exécution du concordat; or celle-ci se déroule, non seulement sous la surveillance du juge-commissaire, qui est obligatoirement nommé, mais aussi des contrôleurs qui devraient être toujours nommés, puisque n'étant pas rémunérés. Le rapport du juge-commissaire ou d'un contrôleur par lui désigné peut donc valablement suppléer à celui du syndic, quoiqu'il soit permis de se demander, si, de par la formule employée, le législateur n'entend pas accueillir la demande de modification, même sans un rapport sur la situation du débiteur, dès lors que le syndic n'a pas été désigné. Si ce rapport était effectivement indispensable au tribunal compétent, pourquoi, en effet, ne pas avoir prévu l'organe qui devrait le présenter, en cas d'absence du syndic, puisque la nomination de celui-ci n'est prévue qu'à titre facultative?

**644.** Cette dernière solution doit, toutefois, être écartée, afin d'éviter toute forme d'abus dans l'exécution du concordat; elle risque, en effet, d'être un moyen pour le débiteur de fuir ou de camoufler son défaut d'exécution. En revanche, un rapport présenté par un organe autre que le débiteur lui-même, un organe de contrôle, est de nature à témoigner du caractère sérieux de la modification sollicitée, ce qui peut rassurer les autres parties au concordat initialement signé. Et c'est précisément pour éviter des abus que la loi ne confère qu'au seul tribunal compétent, l'autorité de modifier le concordat soumis à exécution. Le débiteur doit requérir cette modification, en précisant les raisons qui justifient sa demande.

## **B- La justification de la demande de modification**

**645.** Aux termes de l'article 21, AUPC, la modification demandée par le débiteur, dans l'exécution du concordat préventif, doit être « *de nature à abrégé ou à favoriser cette exécution* ». Il ne s'agit donc pas pour le débiteur de demander à bénéficier d'un nouveau concordat; le concordat initial demeure. Mais, parce que son exécution en l'état devient de plus en plus difficile ou onéreux pour lui, contrairement à ce qui avait été envisagé initialement, la modification sollicitée doit tendre uniquement à en abrégé ou à en favoriser l'exécution. Ce serait ainsi le cas, lorsque le débiteur demande la modification du concordat en vue de l'assouplissement ou la levée de clauses d'inaliénabilité frappant certains biens de l'entreprise, dont il juge la vente indispensable pour financer l'exécution<sup>1337</sup>. Les objectifs de la

---

<sup>1337</sup> V. art. L. 626-14, C. com.

modification ne doivent donc pas remettre en cause ceux du concordat initialement conclu. Ils doivent plutôt tendre à en faciliter la réalisation.

**646.** Ainsi, la modification *de nature à abrégé ou à favoriser l'exécution* du concordat peut viser aussi bien les conditions d'apurement du passif, que les mesures propres à restructurer l'entreprise, voire même les engagements de création d'emplois<sup>1338</sup>. Il en irait ainsi, lorsque la modification proposée offre aux créanciers un règlement anticipé en contrepartie d'un abandon partiel de créance<sup>1339</sup> ou lorsque, le débiteur qui s'est initialement engagé à changer la forme sociale de son entreprise ou à créer de nouveaux emplois, afin de relancer la productivité, propose que ses engagements soient modifiés, du fait des difficultés rencontrées. Mais il ne s'agit, en principe, pas de solliciter de nouvelles remises ou de demander au juge d'imposer aux créanciers de nouveaux sacrifices. La demande de modification n'est recevable que si elle n'aboutit pas à l'anéantissement des objectifs du concordat préventif, notamment la poursuite de l'activité et l'apurement du passif. La demande peut donc concerner, par exemple les garanties, ou encore l'activité du débiteur, telle une demande en vue de l'exercice par le débiteur d'une activité nouvelle<sup>1340</sup>, ou encore une demande de modification en vue de la cession d'un fonds de commerce ou d'une branche d'activité. La modification peut également envisager un changement de forme de la personne morale débitrice, et plus généralement, toute restructuration de l'entreprise. Mais, la demande de modification ne peut être acceptée par le tribunal que si les possibilités d'exécution apparaissent vraisemblables<sup>1341</sup>. Est donc exclue toute demande de modification dont le but serait l'annulation du concordat<sup>1342</sup>.

**647.** Cependant, le souci d'abrégé ou de favoriser l'exécution du concordat justifie-t-il, par exemple, la demande d'une modification qui ferait disparaître le débiteur sans arrêter l'activité, comme une absorption, ou encore une cession globale?

**648.** La question s'est posée en droit français, où une cour a rejeté une demande par laquelle les dirigeants d'une association bénéficiant d'un plan de continuation souhaitaient, au moyen de la cession de ses actifs, régler l'intégralité du passif: la cour a relevé que cette modification conduirait à céder l'association aux dirigeants eux-mêmes, qui avaient constitué une société

---

<sup>1338</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 795.

<sup>1339</sup> Versailles, 13<sup>ème</sup> ch. 15 nov. 2007, Bull. Joly sociétés, avr. 2008, p. 316, obs. F.-X. LUCAS

<sup>1340</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 961.

<sup>1341</sup> Com. 13 avr. 1999, n° 96-19.256, cité par LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, 6<sup>ème</sup> éd. D. 2011, n° 523.12.

<sup>1342</sup> Paris, 14 sept. 2001, RTD com. 2002, 156, obs. SAINT-ALARY-HOUIN.



commerciale pour reprendre les actifs<sup>1343</sup>. Cette décision est, sans doute, conforme à l'interdiction de soumettre une offre d'acquisition faite au débiteur et à ses proches, notamment les dirigeants de la personne morale<sup>1344</sup>; pour des raisons de moralisation des affaires, le débiteur ne peut être candidat à sa propre reprise. Accueillir cette demande reviendrait, en fait, à permettre à ses dirigeants de parvenir, par des moyens détournés, à ce qu'interdit la loi<sup>1345</sup>. Il semble, toutefois, que la cour ait fait une confusion entre l'objectif visé par la loi et les effets de la cession envisagée dans la demande qui lui a été soumise.

**649.** En effet, dans l'opération de cession d'entreprise, le cessionnaire, sauf disposition expresse du plan de cession<sup>1346</sup>, ne prend jamais en charge le passif antérieur à l'ouverture de la procédure collective. Le passif postérieur ne lui incombe pas non plus. Dans le cas du transfert de la charge de certaines sûretés réelles, seules les dettes postérieures à la cession du bien grevé seront dues par le cessionnaire. Ce n'est donc que le prix de cession qui répondra des dettes du cédant. Même en cas d'insuffisance du prix, le complément n'est pas à la charge du cessionnaire; ce sera par les actions en reconstitution de l'actif<sup>1347</sup>. C'est, à notre avis, principalement pour cette raison que la loi interdit au débiteur et à ses proches de se porter acquéreur, l'objectif étant d'éviter que le débiteur ne puisse, sous couvert d'un plan de cession, continuer ses activités en étant débarrassé de ses dettes. Ce qui serait tout à fait immoral<sup>1348</sup>. En d'autres termes, pour le législateur, si le débiteur veut poursuivre l'exploitation, il doit proposer un plan de redressement, qui prévoit le paiement du passif. C'est, à notre sens, ce qu'ont fait les dirigeants de la personne morale dans l'espèce soumise à la cour d'Aix-en-Provence.

**650.** La modification proposée avait pour objet de régler l'intégralité du passif de la débitrice, l'entreprise devant se poursuivre sous une autre forme, celle de société commerciale, plutôt que dans la forme associative initiale. Ce qui est une exécution conforme aux objectifs du plan<sup>1349</sup>. Cette décision de la cour aurait davantage surpris en droit OHADA, puisque l'opération de cession par laquelle les dirigeants de la personne morale souhaitaient acquérir

<sup>1343</sup> Aix-en-Provence, 14 déc. 2006, JCP E 2007, n° 1497, note CERATI-GAUTHIER.

<sup>1344</sup> Art. L. 642-3, C. com.; art. 160, al. 2, AUPC.

<sup>1345</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 443.

<sup>1346</sup> Com. 30 mars 1993, JCP E, 1993, I, 275, n° 5, obs. CABRILLAC et PÉTEL; Com. 30 nov. 1993, Dr. sociétés, févr. 1994, 9, obs. CHAPUT; v. sur l'ens. JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1060.

<sup>1347</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1060.

<sup>1348</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 439.

<sup>1349</sup> Cf. art. L. 626-26, C. com.

les actifs, moyennant le règlement intégral et immédiat du passif, permettrait justement d'abrèger l'exécution du concordat.

**651.** De plus, l'Acte uniforme envisage très clairement, la possibilité d'une cession partielle ou totale dans le cadre du concordat préventif. Il devrait donc être permis au débiteur de solliciter la modification du concordat préventif en cours d'exécution, en vue de procéder à une cession partielle ou totale, ou encore à une fusion, suivie d'une dissolution de la société débitrice, dès lors que cette modalité n'a pas été prévue dans le concordat. Même au cas où la modalité a été envisagée dans le concordat, le débiteur devrait pouvoir demander une modification, en vue d'en assouplir les conditions de mise en œuvre. Le tribunal devrait donner son avis favorable, s'il estime qu'un tel bouleversement ne préjudicie à aucun des intérêts protégés par le concordat. Les considérations relatives à la qualité du repreneur, eu égard aux interdictions légales, ne devraient être prises en compte que lorsque les prix proposés ne permettent pas d'apurer l'intégralité de la dette sociale. Mais, dès lors que la modification demandée permet d'atteindre les objectifs du concordat, tels que l'apurement du passif, la poursuite de l'exploitation commerciale et le maintien de l'emploi, elle devrait être accueillie, peu importe que l'auteur de l'offre de reprise envisagée soit le débiteur lui-même ou un tiers.

**652.** Il faut, néanmoins, observer que les raisons qui amènent le débiteur à demander la modification du concordat préventif dont il assure l'exécution, sont sensiblement différentes de celles qui conduisent le repreneur de l'entreprise à la même décision.

## **§.2 - La modification demandée par un repreneur**

**653.** Au nombre des modalités de survie de l'entreprise prévues par l'Acte uniforme, la cession et la location-gérance, permettent à un tiers autre que le débiteur, de prendre les commandes de l'entreprise débitrice. Si ces mesures sont acceptées par les signataires de l'accord et homologuées par le tribunal compétent, il revient donc au cessionnaire ou au locataire-gérant d'exécuter le concordat en respectant les obligations souscrites. Et, comme en matière d'exécution directe par le débiteur lui-même, une issue de secours lui est offerte lorsque les conditions évoluent d'une manière défavorable à l'exécution normale du concordat.

**654.** L'Acte uniforme prévoit, en effet, que le débiteur peut demander à la juridiction compétente toute modification de nature à abrégé ou à favoriser l'exécution du concordat<sup>1350</sup>, sans aucune autre précision. L'auteur de la demande de modification peut donc être le débiteur, dirigeant de la personne morale débitrice; il peut s'agir aussi du repreneur de l'entreprise en difficulté. Le cessionnaire ou encore le gérant libre, peut donc, lorsqu'il est confronté à des difficultés dans l'exécution du concordat, demander sa modification, afin d'en abrégé ou faciliter l'exécution.

#### **A- L'intérêt de la modification demandée par le cessionnaire**

**655.** Dans le silence de la loi, on ne peut que raisonner par analogie et par rapport aux objectifs de la cession. Ainsi, concernant l'auteur de la demande, il ne fait aucun doute qu'il s'agit du cessionnaire lui-même, de la même manière que le ferait le débiteur si le concordat était directement exécuté par lui. En effet, le cessionnaire a l'obligation d'exécuter personnellement l'ensemble des engagements souscrits dans le plan de cession intégré au concordat. Il engage sa responsabilité s'il refuse de consentir aux actes de cession<sup>1351</sup>. Il est donc incontestablement le mieux à même d'en demander la modification.

**656.** Il doit adresser sa demande au tribunal compétent dans les mêmes conditions que si elle émanait du débiteur; et il est le seul qui puisse le faire. Les raisons ou les motifs de la demande seront fonction des objectifs de la cession. Mais la demande ne peut, en principe, porter sur le prix de cession<sup>1352</sup>; ce qui signifie qu'aucune diminution du prix n'est normalement possible, mais on pourrait admettre qu'un versement anticipé, fait notamment pour que le cessionnaire recouvre sa liberté de disposition des biens<sup>1353</sup> acquis, fasse l'objet d'une demande de modification. Les objectifs de la cession sont, quant à eux, principalement relatifs à des engagements de gestion, tel le maintien de l'activité, et à des engagements sociaux, telle l'obligation de conserver les salariés, dont le licenciement n'a pas été décidé

---

<sup>1350</sup> Art. 21, AUPC.

<sup>1351</sup> Com., 14 oct. 1997, D. 1998, somm. 9, obs. DERRIDA. Un arrêt a même consacré "un jugement valant acte", parce que le cessionnaire, invoquant un vice du consentement, refuse de signer les actes (Aix-en-Provence, 23 oct. 1997, BICC 1998, n° 391).

<sup>1352</sup> Art. L. 642-6, al. 3, C. com.; v. Lamy, *Droit commercial*, éd. 2012, Fasc. 4061, p. 1747; JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1078; JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 911 et s.;

<sup>1353</sup> Ce serait notamment le cas, lorsque le concordat accorde au cessionnaire un délai de paiement, dans les conditions de l'article 132, al. 2, AUPC.

dans le plan<sup>1354</sup>. Le cessionnaire peut solliciter une révision de ces engagements, dans la mesure où une exécution raisonnable du plan est encore possible. Ce serait notamment le cas, lorsqu'il s'est engagé à maintenir un certain nombre d'emplois, voire même à procéder à des embauches ou lorsqu'il s'est engagé "dans la mesure du possible" à maintenir des contrats de collaboration<sup>1355</sup>. La modification demandée peut même n'avoir pour seul objectif, que le tribunal autorise le cessionnaire à vendre un bien à une personne autre que celle désignée dans le concordat<sup>1356</sup>, ou encore qu'il autorise finalement une aliénation qu'il avait auparavant interdite<sup>1357</sup>.

**657.** En droit français, l'article L. 642-6, C. com., autorise le cessionnaire à demander au tribunal une modification substantielle dans les objectifs et les moyens du plan, tout en excluant toute modification du montant du prix de cession tel qu'il a été fixé dans le jugement arrêtant le plan<sup>1358</sup>. Ce qui suppose que tous les autres volets du plan de cession peuvent faire l'objet d'une demande de modification<sup>1359</sup>. Ainsi, le cessionnaire peut-il demander la fermeture d'une branche d'activité, l'octroi de délais pour le paiement de créanciers titulaires de sûretés ou des cocontractants dont les contrats ont été cédés<sup>1360</sup>, ou encore une prorogation du plan de cession<sup>1361</sup>. Le cessionnaire peut également demander une modification, en vue de se substituer un autre débiteur, que cette faculté ait été ou non prévue dans le plan de cession, sous la condition, toutefois, de son engagement solidaire au paiement du prix<sup>1362</sup>.

**658.** Il a, par ailleurs, été jugé qu'il y a lieu de faire droit à la demande de modification d'un plan de cession, dès lors que, d'une part, elle est motivée par la restructuration de l'entreprise et la procédure pénale qui s'en est suivie, événements survenus après l'adoption du plan et créant une situation nouvelle que rien ne laissait prévoir et que, d'autre part, elle tend au

---

<sup>1354</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1096.

<sup>1355</sup> Comme ce fut le cas d'un repreneur d'une clinique à l'égard de médecins praticiens: Com., 27 oct. 1998, JCPE E 1998, p. 2000.

<sup>1356</sup> Com., 2 mars 2010, n° 09-14425, Act. proc. coll. 2010, n° 88, qui a considéré que cette modification ne constituait pas une modification substantielle nécessitant l'intervention du tribunal.

<sup>1357</sup> Article L. 642-10, C. com.

<sup>1358</sup> Art. L. 642-6, al. 3, C. com.

<sup>1359</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 472.

<sup>1360</sup> L'article 1244-1, C. civ., permet également d'accorder au repreneur des délais pour le paiement de ses dettes nouvelles.

<sup>1361</sup> Com. 23 nov. 2004, RJDA 2005, n° 430.

<sup>1362</sup> Com. 8 déc. 1998, D. Aff. 1999, 80, obs. A. L.; JCPE E 1999, n° 18-19, p. 809, obs. CABRILLAC et PÉTEL; Paris, 31 oct. 1989, D. 1991, somm. 14, obs. DERRIDA; Com. 16 juill. 1991, D. 1996, somm. 4, obs. DERRIDA; Dr. sociétés 1991, n° 377; JCP E 1991, I, 100, n° 5, obs. PÉTEL et CABRILLAC. Sur la possibilité pour le bénéficiaire de la cession de demander au tribunal d'autoriser une modification du plan, afin d'opérer cette substitution, v. Paris, 18 mai 1989, Rev. proc. coll. 1990, 150, obs. LE CORRE.

remplacement du cessionnaire par une société financière nouvellement créée afin de soustraire le plan de cession à une possible remise en cause sur le fondement de l'article 207, al. 3 (art. L. 654-12, C. com.), ce qui permettra d'assurer une meilleure sauvegarde de l'entreprise et de l'emploi<sup>1363</sup>. Des juridictions du fond ont, pareillement, pu, tout en refusant de modifier le prix de cession, accorder des délais supplémentaires pour son règlement, en acceptant parfois même de modifier par deux fois le plan initialement arrêté.

**659.** C'est ainsi que le Tribunal de commerce de Lyon a accédé à la demande présentée par un cessionnaire, spécialisée dans le secteur textile, lorsqu'à la suite d'une mauvaise saison (effondrement des commandes, nombreux impayés de la part de ses clients), elle a dû solliciter elle-même l'ouverture d'un redressement judiciaire. Le tribunal accepte de lui accorder deux ans de plus pour le paiement du prix<sup>1364</sup>. Le même tribunal, quelques mois plus tard, accepte de modifier à deux reprises le plan de cession, en accordant au cessionnaire quatre années supplémentaires pour payer le prix, au motif, notamment que les perturbations subies par le cessionnaire "n'étaient pas normalement prévisibles"<sup>1365</sup>. La demande de modification introduite par le cessionnaire peut donc être justifiée par de multiples raisons. Il en va de même, lorsque la modification est sollicitée par le locataire-gérant.

### **B- La demande de modification présentée par le gérant libre**

**660.** Lorsque le concordat est exécuté dans le cadre d'une location-gérance, c'est au locataire-gérant qu'appartient le pouvoir de saisir la juridiction compétente aux fins de modification du concordat ayant arrêté les conditions d'exécution de la convention de gérance libre. La demande sera introduite et instruite dans les mêmes conditions que la demande présentée par le débiteur, si le concordat avait été directement exécuté par lui-même.

**661.** Les causes de la modification demandée seront généralement en rapport avec les obligations pesant sur le gérant libre, et qu'il a acceptées lors de la conclusion du contrat. Ainsi, alors qu'il s'était engagé à exploiter le fonds suivant sa destination, le locataire peut formuler, en cours d'exécution, une demande en vue de changer la nature du commerce exploité<sup>1366</sup>, dès lors que

---

<sup>1363</sup> Paris, 11 mai 1993, D. 1994, somm. 43, obs. DERRIDA.

<sup>1364</sup> Trib. com. Lyon, 29 juin 1988 (S.A. Coquet, et consorts), cité par HAËHL (J.-P.), article précité, n° 12.

<sup>1365</sup> Trib. com. Lyon, 2 nov. 1988 et 14 juin 1989 (S. A. Titan), cité par HAËHL (J.-P.), article précité, n° 13.

<sup>1366</sup> COHEN (A), *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, 2<sup>ème</sup> éd. 1948, n° 1011.

les nouvelles activités projetées ne dénaturent pas l'activité précédemment exercée<sup>1367</sup>. Il peut également formuler une demande de modification destinée à déplacer le fonds dans un autre local que celui où il était initialement exploité. Il en serait ainsi lorsque le déplacement s'avère indispensable à la poursuite de l'activité, soit parce que l'ancien emplacement est médiocrement accessible à la clientèle.

**662.** Mais, la demande de modification aura souvent pour cause des difficultés d'ordre financier dans l'exécution du concordat. En effet, bien que les contrats de location prévoient généralement un différé de plusieurs mois, souvent une année, pour le versement de la première échéance et des premières redevances dues au bailleur au titre de l'exploitation du fonds<sup>1368</sup>, le locataire peut être confronté à certaines difficultés l'empêchant d'honorer ses engagements financiers. La nécessité de la survie de l'entreprise peut, dans ce cas, justifier que l'on procède à certaines modifications en vue de reports successifs d'échéances, s'il y a lieu, afin d'éviter autant que possible la résiliation du contrat de location. Le droit français est favorable à cette solution.

**663.** En effet, quoique le législateur français lie la conclusion du contrat de gérance libre à l'obligation pour le locataire d'acquiescer l'entreprise à l'issue de la location, l'article L. 642-17, al. 2, C. com., prévoit que, lorsque le locataire-gérant justifie qu'il ne peut acquiescer aux conditions initialement prévues pour une cause qui ne lui est pas imputable, il peut demander au tribunal de modifier ces conditions, sauf en ce qui concerne le montant du prix et le délai prévu à l'article L. 642-15, C. com., c'est-à-dire deux ans. Le législateur admet ainsi la possibilité d'une modification du contrat de location-gérance, mais l'assortie d'une exception: l'interdiction de modification du prix, ainsi que de la durée d'exécution du contrat. Ainsi, tout comme en matière de cession, seul le montant du prix, *stricto sensu*, est intangible. Rien ne semble, dès lors, interdire au locataire de solliciter des délais de paiement du prix, l'essentiel étant de ne pas dépasser le délai d'exécution prévu. On estime, toutefois, que les tribunaux devraient accueillir avec une certaine réserve pareille demande qui modifie l'économie de l'offre qui a été retenue par le tribunal et qui ne l'aurait peut-être pas été si de tels délais avaient été sollicités dès le dépôt de l'offre<sup>1369</sup>.

---

<sup>1367</sup> TGI Strasbourg, 8 avril 1987 (affaire *Lemmel c/ SA Au Phénix*), inédit.

<sup>1368</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op cit., n° 1293 et s.; LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, 6<sup>ème</sup> éd., Dalloz-Action, 2011, n° 543.12. V. *supra*, n° 516 et s., pour l'exécution du concordat préventif dans le cadre d'une location-gérance.

<sup>1369</sup> LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, 6<sup>ème</sup> éd. D. 2011, n° 543.12.

**664.** En effet, l'interdiction de modification du montant du prix, consacrée en droit français depuis la loi du 25 janvier 1985<sup>1370</sup> et réitérée par la loi de sauvegarde, aussi bien pour le prix de cession<sup>1371</sup> que pour celui de la location-gérance<sup>1372</sup>, constituerait en droit OHADA, une garantie incontestable pour les créanciers qui, globalement, sont dans une situation inférieure à celle qui leur était réservée dans le concordat tel qu'il était homologué à l'origine. C'est ce qu'a d'ailleurs estimé la commission des lois du Sénat français qui, pour rétablir cette interdiction malencontreusement supprimée par l'Assemblée nationale, lors du vote de la loi de sauvegarde, a considéré que l'impossible modification du prix constitue une garantie essentielle pour les créanciers<sup>1373</sup>. Aussi a-t-il été jugé que la modification du prix de cession par le tribunal constitue un excès de pouvoir<sup>1374</sup>; et que l'interdiction de modifier le prix de cession fait obstacle à la demande du repreneur tendant à obtenir une réfaction de ce prix, au motif qu'un certain nombre de contrats ne lui ont pas été transmis, contrairement à ce qui était prévu au contrat de reprise<sup>1375</sup>.

**665.** En définitive, conformément au droit commun de la modification du contrat<sup>1376</sup>, il faut que l'exécution de la cession ou de la location-gérance soit rendue impossible, du fait de causes postérieures à l'adoption de la convention, et non imputables au cessionnaire ou au locataire-gérant<sup>1377</sup>. Il ne s'agit pas d'accorder une faveur au repreneur, au détriment de ses partenaires économiques. Cela risque d'introduire un facteur d'instabilité dans les contrats de reprise d'entreprise, ce qui est contraire à l'essence même de l'opération<sup>1378</sup>, dont l'objectif est la survie du défaillant.

**666. Synthèse de la section 1.** Qu'il s'agisse d'une demande de modification présentée par le débiteur lui-même ou par le repreneur de l'entreprise en difficulté, dans le cadre d'une cession

---

<sup>1370</sup> Art. 68, al. 3, L. 25 janv. 1985 (anc. art. L. 621-69, al. 3, C. com.)

<sup>1371</sup> Art. L. 642-6, al. 3, C. com.

<sup>1372</sup> Art. L. 642-17, al. 2, C. com.

<sup>1373</sup> Doc. Sénat, Rapp. J.-J. HYEST, n° 335, p. 403.

<sup>1374</sup> Com. 26 nov. 2002, n° 00-12.562, cité par LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 543.12.

<sup>1375</sup> Com. 15 mars 2005, RJDA 2005, n° 856.

<sup>1376</sup> NEUVILLE (S), *Le plan en droit privé*, LGDJ, 1998, n° 270.

<sup>1377</sup> Trib. com. Paris, 31 oct. 1988, Gaz. Pal. 1989, 1, 355, note MARCHI; 7 nov. 1988, Rev. proc. coll. 1989, 173, obs. SOINNE: Ne peut être considérées comme "causes non imputables au locataire-gérant", les difficultés de gestion, financières ou commerciales, qu'il pourrait rencontrer, lesquelles existent dans la conduite de toute entreprise. Parmi ces difficultés, sont à classer la non-poursuite de contrats en cours, le départ des salariés, en particulier lorsque la preuve d'une concurrence déloyale ne peut être rapportée, ou des difficultés de règlement de la part des fournisseurs. Comp. Trib. com. Marseille, 4 déc. 1989, D. 1991, Somm. 17, obs. DERRIDA.

<sup>1378</sup> HAËHL (J.-P.), article précité, n° 21.

ou d'une location-gérance, le demandeur doit préciser dans sa requête, les raisons de sa décision, en faisant apparaître son caractère sérieux et nécessaire et en montrant qu'elle ne porte pas atteinte aux objectifs du concordat et qu'elle ne compromet pas sa réussite<sup>1379</sup>. En outre, le débiteur doit faire la preuve de sa capacité à respecter les nouveaux engagements proposés, en démontrant notamment avoir respecté les échéances du plan d'apurement du passif<sup>1380</sup>. Car, le tribunal dispose de larges pouvoirs d'appréciation, pour accepter ou rejeter la demande de modification envisagée.

## SECTION 2

### LE POUVOIR CONSIDÉRABLE DU TRIBUNAL DANS LA MODIFICATION DU CONCORDAT PRÉVENTIF

**667.** Le concordat préventif étant un acte juridictionnel, parce qu'ayant été arrêté par décision judiciaire, sa modification ne peut être décidée que par le tribunal<sup>1381</sup>, ainsi que le prévoit l'article 21, AUPC. Toutefois, l'Acte uniforme ne distingue pas entre modifications substantielles et modifications non substantielles, comme le fait le droit français<sup>1382</sup>. La loi dispose simplement que la juridiction compétente *peut décider toute modification de nature à abrégé ou à favoriser l'exécution du concordat*. Ainsi, les dirigeants de l'entreprise ne peuvent, sous leur responsabilité<sup>1383</sup>, opérer un quelconque changement dans l'exécution du concordat, fût-il mineur. Le tribunal est le seul organe compétent pour décider de toute modification du concordat. Ce qui confère au juge un pouvoir considérable, notamment dans l'appréciation des critères de modification (§.1) et dans le prononcé de la décision de modification (§.2).

#### §.1 - L'appréciation des critères de modification du concordat

**668.** Dans la suspension des poursuites de l'ordonnance française du 23 septembre 1967, où le redressement reposait sur un plan établi par le débiteur, mais non soumis au vote des créanciers, le tribunal pouvait modifier le plan, à la demande du chef d'entreprise et sur le

---

<sup>1379</sup> Lamy, *Droit commercial*, éd. 2012, op. cit., Fasc. 4060, p. 1746.

<sup>1380</sup> Com. 13 avr. 1999, n° 96-19 256

<sup>1381</sup> NEUVILLE (S), *Le plan en droit privé*, op. cit., n° 272.

<sup>1382</sup> L'article L. 621-69, C. com.; v. *supra*, n° 621, note 1320.

<sup>1383</sup> V., cependant, pour l'application de l'art. L. 626-6, RIPERT (G) et ROBLLOT (R), par DELEBECQUE (PH) et GERMAIN (M), *Droit commercial*, T. 2, 17<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 3180.



rapport du commissaire à l'exécution, dans le but d'abrèger ou de favoriser son exécution<sup>1384</sup>. C'est la solution qui a été reprise<sup>1385</sup> par le droit OHADA à l'article 21, AUPC, aux termes duquel, la juridiction compétente peut, à la demande du débiteur et sur rapport du syndic, décider toute modification de nature à abrèger ou à favoriser l'exécution du concordat préventif.

**669.** Ce texte précise, l'objectif visé par le législateur dans la modification: abrèger ou favoriser l'exécution du concordat. Ainsi, lorsqu'il instruit toute demande introduite par le débiteur aux fins de modification du concordat, le tribunal devrait toujours rechercher si la modification sollicitée est de nature à abrèger l'exécution du concordat (A), ou si elle est, au moins, de nature à favoriser cette exécution (B).

#### **A- Une modification de nature à abrèger l'exécution du concordat**

**670.** Conformément aux dispositions de l'article 15, AUPC, les délais consentis dans le cadre du concordat préventif ne doivent pas excéder trois ans pour l'ensemble des créanciers. Ce qui, littéralement, veut dire que la durée d'exécution du concordat doit être, en général, de trois ans. C'est le temps imparti au débiteur, bénéficiant de la mesure, de remettre à flot son entreprise, et d'apurer l'intégralité du passif retenu au concordat. Mais les conditions économiques dans l'entreprise ne sont pas toujours statiques; elles sont susceptibles d'évoluer. Aussi, le législateur permet-il au débiteur qui se relève, de s'adapter pour survivre<sup>1386</sup>. La loi autorise toute modification du concordat susceptible d'abrèger son exécution. Ce qui ne soulève pas de difficulté majeure; la modification qui tend à réduire la durée d'exécution du concordat est de nature à en abrèger l'exécution. Il a, par exemple, été jugé en droit français que le gain d'une somme importante au loto, permettant d'apurer, de façon anticipée, l'intégralité du passif peut parfaitement justifier une demande de modification<sup>1387</sup>.

**671.** En effet, la question n'a pas, à notre connaissance, encore été posée aux juridictions de l'espace OHADA, les débiteurs étant, au contraire, portés à demander la plupart du temps la

---

<sup>1384</sup> Lamy, *Droit commercial*, éd. 2012, op. cit., Fasc. 4060, p. 1746.

<sup>1385</sup> Cette solution a été reprise, en droit français même, par la loi du 25 janvier 1985, et n'a pas été modifiée en substance par la loi du 26 juillet 2005; v. LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 523.11.

<sup>1386</sup> Lamy, *Droit commercial*, éd. 2012, Fasc. 4060, p. 1746.

<sup>1387</sup> T. com. Orléans, 27 avr. 1988, Rev. proc. coll. 1988, 389, n° 11, obs. SOINNE.

prorogation du délai d'exécution<sup>1388</sup>. En revanche, le juge français a eu, à maintes reprises, à connaître de demandes de modification tendant à la réduction du délai d'exécution, notamment du plan de continuation de la loi du 25 janvier 1985, de même que du plan de sauvegarde de la loi de 2005. On observe, d'une manière générale, que la demande d'abrégement de la durée d'exécution concerne la plupart du temps les modalités d'apurement du passif, le débiteur proposant aux créanciers une option de remboursement plus rapide en contrepartie d'un abandon partiel de créance. C'est ainsi que la Cour de Versailles a accueilli une demande de modification permettant le paiement en 4 échéances annuelles de 67,50 % du passif, contre l'option initiale d'un paiement de 100% du passif en 7 échéances<sup>1389</sup>.

**672.** À l'appui de sa décision, la cour avance que la modification proposée offre aux créanciers une option de remboursement plus rapide en contrepartie d'un abandon partiel de créance, et que l'octroi d'un choix aux créanciers est normalement plus favorable pour eux, dès lors qu'ils opèrent ce choix en toute liberté. La cour soutient, en outre, que le débiteur a scrupuleusement respecté le paiement des échéances passées, et dispose des fonds nécessaires pour le paiement de l'échéance résultant de la modification proposée, alors que les résultats d'exploitation laissent penser que le plan pourra parvenir à son terme. Elle affirme, enfin, que la modification du plan va permettre à la société de renforcer ses fonds propres et de faciliter son développement. Dès lors, estime la cour d'appel, « *cette modification est compatible avec les objectifs de sauvegarde de l'entreprise, de maintien de l'activité et de l'emploi, et de l'apurement du passif, qui doivent commander la décision* »<sup>1390</sup>.

**673.** On retrouve dans les motifs avancés par la cour de Versailles, un certain nombre d'éléments d'appréciation qui devraient guider le juge dans l'instruction de toute demande tendant à la modification des conditions d'exécution du concordat. Toute modification qui affecte les modalités d'apurement du passif doit, ainsi, faire l'objet d'un accord des créanciers concernés. Il est hors de question d'imposer des remises aux créanciers, ou de modifier les conditions consenties par eux. La modification, fût-elle dans le sens d'une réduction de la durée d'exécution du concordat, n'autorise pas le juge à imposer des remises de dettes aux créanciers

---

<sup>1388</sup> V. par exemple: Abidjan, 27 mars 2001, arrêt n° 367, ohadata J-02-94;

<sup>1389</sup> Versailles, 13<sup>ème</sup> ch. 15 nov. 2007, Bull. Joly sociétés, avr. 2008, p. 316, obs. F.-X. LUCAS.

<sup>1390</sup> Versailles, 13<sup>ème</sup> ch. 15 nov. 2007, précitée.

qui n'en auraient pas accepté<sup>1391</sup>. En cas de cession de l'entreprise, le montant du prix fixé dans le jugement arrêtant le plan ne peut être modifié<sup>1392</sup>.

**674.** En outre, la demande de modification du concordat ne devrait être accueillie que si elle offre de solides possibilités d'exécution, exactement comme l'exige l'article 15-2, AUPC, pour l'homologation du concordat préventif. Cette possibilité d'exécution doit s'apprécier, non seulement par rapport aux nouvelles modalités proposées par le débiteur, mais aussi en fonction de la capacité de celui-ci à respecter les nouveaux engagements auxquels il souscrit. C'est ainsi que la Cour de cassation approuva une cour d'appel, qui, après avoir constaté que les échéances du plan d'apurement du passif n'avaient pas été respectées ni régularisées, que les résultats actuels permettaient tout au plus de rendre l'exploitation rentable, mais sans possibilité d'apurer le passif et que les fonds disponibles ne pouvaient suffire à payer les créanciers et à assurer la trésorerie nécessaire à l'exploitation, conclut que la débitrice ne prouvait ainsi pas sa capacité à respecter les nouveaux engagements proposés. En l'état de ces constatations, estime la Cour suprême, la cour d'appel a pu décider de rejeter la demande de modification du plan<sup>1393</sup>.

**675.** Enfin, la modification sollicitée doit permettre d'abrégier effectivement l'exécution du concordat, c'est-à-dire, favoriser l'achèvement de l'exécution complète et anticipée de tous les engagements souscrits par le débiteur. Il en est ainsi lorsque la demande concerne une proposition de cession du fonds de commerce permettant d'apurer une partie du passif, le reste des créances faisant l'objet d'un abandon<sup>1394</sup>. Il ne s'agit donc pas pour le juge de prendre une

---

<sup>1391</sup> T. com. Paris, 7 nov. 1988, JCP E, II, 15468, n° 9, obs. M. CABRILLAC et D. VIVANT.

<sup>1392</sup> Art. L. 642-6, al. 3, C. com. Cette interdiction fait suite à la modification opérée par la loi du 10 juin 1994. Auparavant, l'art. 68, al. 5 de la loi du 25 janvier 1985, qui réservait le cas prévu à l'art. 98, al. 2 de la même loi, prévoyait que si le candidat à la cession d'entreprise a obtenu, en raison de l'engagement d'acquiescer qu'il a souscrit, un contrat de location-gérance, il pourra obtenir du tribunal une modification des conditions d'acquisition et donc du prix s'il démontre qu'il ne peut acquiescer aux conditions initialement prévues pour une raison qui ne lui est pas imputable.

<sup>1393</sup> Com. 13 avr. 1999, n° 96-19.256; v. Lamy, *Droit commercial*, éd. 2012, Fasc. 4061, p. 1746.

<sup>1394</sup> Trib. com. Lyon, 17 mai 1989 (SARL, Hôtel-Restaurant Le Domaine de la Cascade), cité par HAËHL (J.-P.), article précité, JCP E 1989, II, 15642, n° 11. Dans cette affaire, le tribunal a autorisé l'exécution anticipée du plan grâce à la cession du fonds et à l'abandon de certaines créances. En effet, le redressement judiciaire, prononcé le 14 mai 1986 s'est achevé par un plan de continuation, arrêté le 12 novembre de la même année. Les deux premières annuités de l'échéancier ont été réglées, mais le débiteur, constatant l'absence de résultats économiques, propose la cession du fonds de commerce pour la somme de 600.000 F en présentant les acquiescements. Le passif subsistant est de 1.500.000 F et le dirigeant fait état de l'abandon d'une créance de 670.000 F de la part d'une SCI, créancière, et offre de n'être réglé de sa créance de 435.000 F qu'après tous les autres créanciers, voire de ne pas être réglé du tout. Le tribunal constate qu'ainsi le prix de vente du fonds va permettre de payer tous les autres créanciers et accepte d'autoriser cette vente tout en prenant acte de ces abandons de créances.

quelconque décision équivalant à l'annulation du concordat<sup>1395</sup>. La seule question qui vaille en la matière est celle de savoir si la modification projetée n'aboutit pas à dénaturer le concordat initialement arrêté<sup>1396</sup>. L'offre proposée revêt-elle un caractère suffisamment sérieux de réalisation? En d'autres termes, offre-t-elle de réelles possibilités de maintien de l'activité, de préservation de l'emploi et contribue-t-elle de façon suffisamment substantielle à l'apurement du passif? Une modification ne peut donc être décidée qu'à la condition que cet équilibre voulu par le tribunal<sup>1397</sup> ne se trouve pas trop profondément bouleversé, c'est-à-dire, qu'elle assure l'exécution effective du concordat.

## **B- Une modification favorisant l'exécution du concordat**

**676.** Les dispositions de l'article 21, AUPC, visent très clairement toute modification qui puisse permettre d'abrèger *ou* de favoriser l'exécution du concordat préventif. Le fait que le législateur emploie la conjonction *ou* ne laisse aucun doute sur son intention; il ne s'agit pas d'une erreur de sa part. Deux possibilités s'offrent au juge dans son appréciation du bien-fondé de la modification sollicitée. La première, on l'a vue, ne devrait pas soulever de difficultés majeures. La modification demandée permet-elle d'abrèger l'exécution du concordat? Le juge peut l'accorder, dès lors que, tout en garantissant une exécution anticipée des engagements du débiteur, elle préserve, au moins, substantiellement les intérêts en présence, tels le maintien de l'activité, l'apurement du passif et la préservation de l'emploi; intérêts dont le juge veut garantir l'équilibre au moyen du concordat homologué.

**677.** Mais des difficultés peuvent surgir, lorsque la modification tend plutôt à *favoriser* l'exécution du concordat. Il est vrai que sur un plan littéral, *abrèger* l'exécution du concordat, veut dire *favoriser* cette exécution. Mais la similitude s'arrête là. Car, en effet, si le législateur a pris soin de distinguer les deux critères d'appréciation, c'est qu'il entend réserver le second des deux, le cas où la modification permet de favoriser l'exécution du concordat, à des situations bien distinctes et bien précises. Il faut, pour appliquer ce critère, se placer, non seulement devant les engagements pris dans le concordat, mais aussi devant les difficultés rencontrées dans son exécution, au moment où le tribunal statue<sup>1398</sup>. La situation économique d'une entreprise qui « vit » n'est, en effet, jamais figée. Les conditions du marché peuvent changer,

<sup>1395</sup> Paris, 14 sept. 2001, RTD com. 2002, 156, obs. SAINT-ALARY-HOUIN.

<sup>1396</sup> V. LUCAS (F.-X.), obs. sous Versailles, 13<sup>ème</sup> ch. 15 nov. 2007, Bull. Joly sociétés, avr. 2008, p. 316.

<sup>1397</sup> LUCAS (F.-X.), obs. sous Versailles, 13<sup>ème</sup> ch. 15 nov. 2007, op. cit., p. 316.

<sup>1398</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 961.

ce qui peut remettre en cause les mesures initialement prises. Est-ce à dire que la modification de nature à favoriser l'exécution du concordat peut, par exemple, aboutir à l'allongement de la durée d'exécution des mesures arrêtées?

**678.** Une réponse positive ne fait aucun doute, contrairement à ce qu'on a pu penser<sup>1399</sup>. En effet, d'une manière générale, le jugement homologuant le concordat intervient presque toujours dans des circonstances défavorables, notamment dans un contexte économique qu'il peut être difficile de percevoir dans son ensemble dès l'origine<sup>1400</sup>. Or, en adoptant le concordat, l'objectif visé, aussi bien par le juge que par les autres protagonistes que sont les créanciers et le débiteur, c'est d'éviter, à court terme, l'ouverture d'une procédure collective au sens propre. Cet objectif est menacé, dès lors qu'apparaît tout facteur qui rend difficile l'exécution du concordat. Devant le risque d'une résolution, n'est-il pas plus avisé de réaménager les objectifs initiaux du mécanisme, en les adaptant au contexte nouveau, et permettre ainsi d'éviter une inexécution de ses engagements par le débiteur? Faut-il systématiquement procéder à l'ouverture d'une procédure collective, même lorsque le manquement du débiteur est minime et qu'on pourrait y remédier en retardant légèrement l'exécution<sup>1401</sup>?

**679.** La jurisprudence française a eu à se prononcer sur des demandes de modification relative aux modalités de règlement du passif des plans de continuation, et à celles portant sur le paiement du prix des plans de cession, ces demandes ayant pour objet un allongement de la durée d'exécution des plans ou des reports d'échéances. Les motifs retenus par les tribunaux sont, non seulement très divers, mais surtout pour l'essentiel tirés de faits qui se sont produits au cours de l'exécution du plan, sans exiger qu'ils soient totalement imprévisibles, ni non plus sans lien aucun avec la situation de l'entreprise concernée<sup>1402</sup>. Les tribunaux exigent que les faits allégués à l'appui de la demande soient précisément établis, qu'ils aient un caractère suffisant d'extériorité par rapport à ce que l'on pouvait prévoir lors de la préparation du plan et qu'ils revêtent une gravité suffisante. Ainsi, a-t-il été jugé qu'un sinistre pouvait être à l'origine d'une modification consistant à reporter de six mois le paiement d'une échéance<sup>1403</sup>,

---

<sup>1399</sup> MBAYE (M. N.), *Réflexions sur la modification du concordat préventif en droit OHADA*, Penant n° 870, janv.-mar. 2010, p. 28, pour qui la juridiction compétente ne peut, en aucun cas, modifier le concordat préventif en prorogeant son exécution, même si cette modification favorise l'exécution du concordat (v. spéc., n° 49 et s.).

<sup>1400</sup> NEUVILLE (S), *Le plan en droit privé*, op. cit., n° 270.

<sup>1401</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op cit., n° 1272.

<sup>1402</sup> HAËHL (J.-P.), *Les modifications substantielles des plans de redressement ...*, op. cit., n° 18.

<sup>1403</sup> Trib. com. Lyon, 13 avril. 1988, cité par HAËHL (J.-P.), article précité, n° 9.

ou qu'une mauvaise saison commerciale<sup>1404</sup>, le défaut de recouvrement de certaines créances<sup>1405</sup> ou encore la concurrence déloyale de certains salariés<sup>1406</sup> peuvent provoquer une fragilisation des objectifs initialement fixés, justifiant une modification dans le sens de l'allongement de la durée d'exécution du plan.

**680.** En droit OHADA, la possibilité d'une prorogation du délai d'exécution du concordat préventif est très nettement envisagée par le législateur, précisément comme un moyen de prévenir son inexécution. L'article 139-1°, AUPC, relatif à la résolution et l'annulation du concordat préventif ou de redressement, auquel renvoie également l'article 21, al. 2, dispose ainsi en substance: la résolution du concordat peut être prononcée en cas d'inexécution, par le débiteur, de ses engagements concordataires ou des remises et délais consentis; *toutefois, la juridiction compétente apprécie si ces manquements sont suffisamment graves pour compromettre définitivement l'exécution du concordat et, dans le cas contraire, peut accorder des délais de paiement qui ne sauraient excéder, de plus de six mois, ceux déjà consentis par les créanciers.* La loi autorise donc le juge à retarder de quelques mois supplémentaires la durée d'exécution du concordat, dès lors qu'il estime cette prorogation de nature à favoriser l'exécution du concordat. On comprend ainsi que pour le législateur, la modification qui est *de nature à favoriser* l'exécution du concordat, c'est celle qui permet d'éviter sa résolution. Il appartient alors au juge, même lorsqu'il est saisi à la requête d'un créancier ou des contrôleurs, aux fins de résolution du concordat pour inexécution de ses engagements par le débiteur<sup>1407</sup>, de vérifier si les manquements allégués sont suffisamment graves pour compromettre définitivement toute chance d'exécution. C'est exactement les mêmes considérations qui doivent le guider dans son appréciation des motifs invoqués par le débiteur à l'appui d'une demande de modification destinée à proroger le délai d'exécution de l'accord, surtout si les manquements invoqués ne sont pas constitutifs de cessation des paiements.

**681.** Mais, l'opportunité accordée au débiteur de demander une modification de nature à *favoriser* l'exécution du concordat, n'est pas destinée à lui permettre de réparer des erreurs d'appréciation qui auraient été commises; les motifs invoqués doivent être sérieux, justifiés et

---

<sup>1404</sup> Trib. com. Lyon, 29 juin 1988, accordant un délai supplémentaire de deux ans pour le règlement du prix de cession, cité par HAËHL (J.-P.), article précité, n° 9.

<sup>1405</sup> Trib. com. Lyon, 29 juin 1988 précité.

<sup>1406</sup> Trib. com. Lyon, 2 nov. 1988 et 14 juin 1989, modifiant à deux reprises un plan de cession, et accordant un délai de quatre ans de plus pour le règlement du prix de cession, cité par HAËHL (J.-P.), article précité, n° 13.

<sup>1407</sup> Article 139-3°, al. 2, AUPC.

résulter de faits qui étaient assez peu prévisibles à l'admission du concordat<sup>1408</sup>, et donc, en principe, postérieurs à celle-ci. C'est notamment ce que la jurisprudence française a décidé, tant au sujet du plan de continuation<sup>1409</sup>, que du plan de cession<sup>1410</sup>, en retenant que la demande de modification suppose qu'un élément nouveau soit intervenu depuis l'arrêté du plan, susceptible de remettre en cause ses dispositions<sup>1411</sup>. Pour être retenue, la modification envisagée ne doit pas servir à retarder l'échéance d'une inexécution inéluctable<sup>1412</sup>, ni à obtenir un "nouveau concordat", remettant ainsi en cause l'ensemble de l'édifice résultant du mécanisme concordataire<sup>1413</sup>. Elle doit aboutir à maintenir l'équilibre, qui avait justifié la décision homologuant le concordat, entre tous les intérêts en cause: poursuite de l'entreprise, maintien de l'emploi et apurement du passif.

**682.** Ce qui est interdit dans le concordat initial ne devient donc pas permis dans l'accord modifié<sup>1414</sup>. Ainsi, il ne saurait être question d'imposer aux créanciers une remise de dette, à l'occasion de la modification du concordat<sup>1415</sup>. D'ailleurs, l'article 139, AUPC, ne prévoit aucune remise supplémentaire, mais seulement des délais de paiement qui ne sauraient excéder de plus de six mois ceux déjà consentis par les créanciers. Il ne s'agit donc pas de faire subir à ces derniers plus qu'il n'est vraiment indispensable, ni non plus de permettre trop libéralement au débiteur de remettre en question les obligations auxquelles il avait souscrit en contrepartie du redressement de l'entreprise<sup>1416</sup>. Les demandes relatives à une prorogation de la durée d'exécution du concordat ne devraient être satisfaites que dans des cas bien particuliers et suffisamment graves, afin d'éviter tout risque de dévoiement de la part de débiteurs peu scrupuleux et incompetents. Sinon, le concordat pourrait être modifié une ou

<sup>1408</sup> HAËHL (J.-P.), *Les modifications substantielles des plans de redressement ...*, op. cit., n° 17.

<sup>1409</sup> Paris, 3<sup>ème</sup> ch. C, 25 nov. 1994, Rev. proc. coll. 1995, 145, n° 23, obs. SOINNE; Paris, 3<sup>ème</sup> ch. A, 10 mai 1995, D. 1995, IR, 162; Rev. proc. coll. 1995, 435, n° 24, obs. SOINNE.

<sup>1410</sup> Paris, 3<sup>ème</sup> ch. A, 11 mai 1993, Rev. proc. coll., 1993, 487, n° 63, obs. SOINNE; Paris, 10 mai 1995, Rev. proc. coll. 1995, 435, n° 24, obs. SOINNE.

<sup>1411</sup> DERRIDA (F), GODE (P) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises...*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 535; SOINNE (B), *Traité des procédures collectives*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit. n° 1543.

<sup>1412</sup> C'était ce qui s'est passé, notamment dans une affaire qui a été connue du Tribunal de commerce de Bourg-en-Bresse, le 22 avril 1988 (Société ZAFFIRO). Le plan de continuation, arrêté le 22 mai 1987, prévoyait un remboursement de tout le passif en 5 ans, par mensualités. Puis, après consultation des créanciers, le tribunal a prorogé la durée du plan à 7 ans. Mais, après plusieurs échéances restées impayées, à la demande d'un créancier et sur rapport du commissaire à l'exécution du plan, le tribunal a prononcé, le 9 décembre 1988, la résolution du plan de continuation et la liquidation judiciaire. Cité par HAËHL (J.-P.), article précité, n° 8.

<sup>1413</sup> NEUVILLE (S), *Le plan en droit privé*, op. cit., n° 270.

<sup>1414</sup> Paris, 3<sup>ème</sup> ch. B, 10 mars 1995, Rev. proc. coll. 1995, 444, n° 34, obs. SOINNE; v. aussi, JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 962; LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 523.13.

<sup>1415</sup> T. com. Paris, 7 nov. 1988, JCP E 1989, II, 15468, n° 9, obs. M. CABRILLAC et D. VIVANT.

<sup>1416</sup> HAËHL (J.-P.), *Les modifications substantielles des plans de redressement ...*, op. cit., n° 18.

plusieurs fois de suite, au premier prétexte venu<sup>1417</sup>, et au prix d'un amenuisement systématique des engagements pris, principalement en matière financière<sup>1418</sup>.

## §.2- La décision de modification du concordat préventif

**683.** La décision de modification du concordat préventif doit obéir aux mêmes règles de procédure que celle l'ayant homologué. Ainsi, dès lors que la modification affecte les intérêts des créanciers, ceux-ci doivent être entendus par le juge avant le prononcé du jugement (A), qui doit être publié et critiqué dans les mêmes conditions que la décision de règlement préventif (B).

### A- Le prononcé du jugement de modification

**684.** Conformément aux dispositions de l'article 21, AUPC, la connaissance des demandes de modification du concordat préventif relève de la juridiction compétente. Seul le tribunal ayant homologué le concordat est compétent pour prononcer le jugement de modification. Il n'appartient ni au président du tribunal, ni au juge des référés de décider de la modification du concordat, contrairement à ce qu'a pu juger le président du tribunal de première instance d'Abidjan, qui a prorogé la durée d'un concordat initialement prévu pour trois ans, au motif que la situation socio-politique en Côte d'Ivoire empêchait les financements dont avait besoin le débiteur<sup>1419</sup>. On regrettera que la Cour d'appel d'Abidjan, qui a eu l'occasion de se prononcer sur la validité de cette prorogation de délai, n'ait pas relevé l'incompétence du président du tribunal à connaître de la demande de modification. La cour s'est, en effet, contentée, pour prononcer l'annulation du jugement prorogeant la durée d'exécution du concordat, de retenir le défaut du rapport du syndic<sup>1420</sup>. Décision qui, en soi, est conforme au droit. Certes, la désignation du syndic à l'occasion du règlement préventif est facultative;

---

<sup>1417</sup> On citera, à titre d'exemples, C. A. Abidjan, Arrêt N° 367 du 27 mars 2001, Air Continental c/ B.O.A., ECODROIT, n° 10, avril 2002, p. 60, Ohadata J-02-94, obs. J. ISSA SAYEGH: Le débiteur a obtenu, par jugement portant règlement préventif, un concordat, dont la durée est fixée à trois ans. Il a, ensuite, sollicité et obtenu, compte tenu de la situation socio-politique en Côte d'Ivoire, empêchant les financements, une ordonnance de prorogation de l'exécution dudit concordat. Cette ordonnance sera rétractée par le juge des référés, au motif qu'elle a été rendue sans que le juge ait pris connaissance du rapport du syndic. Décision confirmée en appel par la Cour d'Abidjan.

<sup>1418</sup> HAËHL (J.-P.), *Les modifications substantielles des plans de redressement ...*, op. cit., n° 18.

<sup>1419</sup> V. l'ordonnance n° 320 du 7 novembre 2000, cité dans C. A. Abidjan, Arrêt N° 367 du 27 mars 2001, Air Continental c/ B.O.A., ECODROIT, n° 10, avril 2002, p. 60, Ohadata J-02-94, obs. J. ISSA SAYEGH

<sup>1420</sup> C. A. Abidjan, Arrêt N° 367 du 27 mars 2001, Air Continental c/ B.O.A., ECODROIT, n° 10, avril 2002, p. 60, Ohadata J-02-94, obs. J. ISSA SAYEGH



mais, dès lors que le juge de l'homologation a jugé utile d'y procéder, l'exercice de sa mission devient obligatoire dans l'ensemble de la procédure d'exécution du concordat, dont il est notamment chargé d'assurer le contrôle. Et c'est au titre d'organe de contrôle que le syndic doit, à l'appui de toute demande de modification, présenter au tribunal, un rapport permettant au juge de se faire une idée du caractère nécessaire de la modification envisagée.

**685.** Le tribunal ne peut donc statuer qu'après avoir entendu ou dûment appelé toutes les parties, notamment le débiteur, le juge-commissaire, le syndic, s'il est nommé, ainsi que les contrôleurs. La liste des personnes devant être entendues peut, selon l'ampleur de la modification envisagée, s'étendre à toutes personnes intéressées<sup>1421</sup> notamment celles qui se sont engagées, par quelque moyen que ce soit, à exécuter le concordat et qui peuvent se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits<sup>1422</sup>. Il s'agit notamment des garants et coobligés du débiteur, ainsi que les associés de la personne morale ayant bénéficié du concordat<sup>1423</sup>. Il en est de même des créanciers, chaque fois que la modification portera sur les modalités d'apurement du passif<sup>1424</sup>. Il en sera ainsi, notamment lorsque, contrairement aux modalités du plan prévoyant un apurement du passif à 100% en 7 annuités égales, le débiteur propose aux créanciers une modification en deux options: un paiement à 100% en 10 ans, ou bien un règlement à 80% en 7 ans<sup>1425</sup>. La comparution des créanciers est donc nécessaire toutes les fois que la modification est destinée à remettre en question les modalités de paiement arrêtées initialement, qu'il s'agisse d'un abrègement des délais de paiement<sup>1426</sup>, ou d'un allongement<sup>1427</sup> de la durée<sup>1428</sup> d'exécution du concordat. En revanche, lorsque la modification ne s'accompagne d'aucune remise en cause des modalités de règlement du passif, il n'y a aucune utilité à informer les créanciers des mesures envisagées.

---

<sup>1421</sup> V. art. L. 626-26, al. 2, C. com.

<sup>1422</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 929.

<sup>1423</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 964.

<sup>1424</sup> Art. R. 626-45, al. 3, C. com.

<sup>1425</sup> Trib. com. Bourg-en-Bresse, 25 sept. 1987 (S. A. FOURNET), qui a admis un allongement de la durée d'exécution à 10 ans, à la suite du rapport dressé par le commissaire à l'exécution du plan, faisant ressortir la liste des réponses obtenues après consultation des créanciers: seuls 14 créanciers sur 125 ont accepté la seconde proposition, celle du maintien du délai initial contre remise. V. HAËHL (J.-P.), article précité, n° 7.

<sup>1426</sup> Versailles, 13<sup>ème</sup> ch. 15 nov. 2007, Bull. Joly sociétés, avr. 2008, p. 316, obs. F.-X. LUCAS.

<sup>1427</sup> Trib. com. Lyon, 13 avril. 1988, reportant de six mois l'échéance de paiement d'une créance; cité par HAËHL (J.-P.), article précité, n° 9.

<sup>1428</sup> Paris, 21 juin 1996, Rev. proc. coll. 1996, 542, obs. SOINNE.

**686.** C'est ce qu'a jugé le Tribunal de commerce de Lyon<sup>1429</sup>, lorsque quelques mois après l'adoption d'un plan de continuation, le gérant de la société débitrice propose la cession de la totalité des parts, avec l'accord des associés, à une autre société ayant une activité complémentaire. Ce projet de concentration économique prévoyait une dissolution de l'entreprise cédée, suivie d'une augmentation du capital de la société cessionnaire, ainsi que d'une transformation en société anonyme. Le cessionnaire des parts s'engage, en outre, à respecter intégralement le plan de continuation. Le tribunal accepte cette substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien, en autorisant la cession des parts sociales; il considère, en effet, que cela renforcera les moyens d'exécution du plan et assurera mieux la pérennité de l'entreprise. Il indique, en outre, qu'il n'a pas été jugé utile d'informer les créanciers, puisqu'aucune modification n'a été apportée aux modalités de règlement du passif.

**687.** Devraient être également entendus avant le prononcé du jugement de modification, le ministère public, ainsi que les représentants des salariés, quoique, on l'a déploré, leur présence n'a pas été requise à l'audience d'homologation du concordat. Il doit en être ainsi, surtout si la modification, contrairement à ce qui a été prévu à l'accord, envisage des suppressions d'emplois ou renonce à des recrutements promis. La décision devra, en outre, faire l'objet des mêmes mesures de publicité et être sujette aux mêmes voies de recours que le jugement d'homologation du concordat.

## **B- Les suites de la décision de modification**

**688.** Conformément aux dispositions de l'article 17, AUPC, et malgré le silence de la loi, la décision modifiant le concordat préventif devrait être publiée dans les conditions prévues par les articles 36 et 37 de l'Acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif. Il en sera ainsi fait mention au registre du commerce et du crédit mobilier, ainsi qu'une insertion dans un journal habilité à recevoir les annonces légales, pour servir notamment de preuve, en cas de besoin. Au cas où la demande de modification a été rejetée par le juge, une simple mention au RCCM devra suffire.

**689.** La décision devrait, pareillement, pouvoir faire l'objet des recours prévus par l'article 23, AUPC, et être notamment attaquée par la voie de l'appel, interjetée par toutes personnes

---

<sup>1429</sup> Trib. com. Lyon, 19 oct. 1988 (SARL Centre Autos Services), cité par HAËHL (J.-P.), article précité, n° 10.

intéressées, dans un délai raisonnable, en l'occurrence, quinze jours. Cela permettrait d'éviter que la souplesse du mécanisme voulue par le législateur ne serve plutôt d'échappatoire à des débiteurs malhonnêtes et incapables d'honorer leurs engagements. Ce qui, à tout le moins, constitue un garde-fou et permet, comme dans l'espèce jugée par la Cour d'appel d'Abidjan<sup>1430</sup>, d'assurer un respect des règles qui gouvernent la procédure de modification du concordat préventif. Cette possibilité de recours contre la décision de la juridiction compétente, en matière de demande de modification, constitue, en revanche, une solution particulièrement heureuse pour le débiteur à l'origine de la demande.

**690.** En effet, l'Acte uniforme étant resté muet sur l'issue à donner aux décisions en matière de modification du concordat, notamment les décisions refusant cette modification, on doit admettre, faute d'un texte qui l'interdit, que l'appel du jugement rejetant la demande de modification est permis; c'est ce qu'avaient décidé, en droit français, les juridictions du fond, à la suite de certaines opinions autorisées<sup>1431</sup>, au lendemain de l'adoption de la loi dite de sauvegarde. Ils seront suivis par le législateur, à l'occasion de l'ordonnance du 18 décembre 2008, qui ouvre désormais, de façon explicite, la possibilité d'un recours en appel et d'un pourvoi en cassation à l'encontre des « *décisions statuant sur la modification du plan de sauvegarde ou du plan de redressement* »<sup>1432</sup>. Ce qui permet d'éviter que le débiteur ne soit privé du double degré de juridiction<sup>1433</sup>, lorsque la demande de modification de son concordat a été rejetée en première instance, alors qu'il avait, sans doute, misé tout son espoir sur cette possibilité, comme l'ultime chance de redresser son entreprise.

**691.** Il est donc clair que la possibilité prévue par le droit OHADA de demander au tribunal la modification du concordat préventif, introduit dans le dispositif destiné à permettre la survie de l'entreprise commerciale, une souplesse incontestable et très utile. Aussi, est-il souhaitable, ne serait-ce que pour préserver le concordat dans son essence, que les juridictions compétentes à connaître des demandes en ce sens, fassent une interprétation rigoureuse des textes, en exigeant notamment des motifs graves et non imputables au débiteur<sup>1434</sup> pour accéder aux demandes formulées, et n'autoriser que des modifications d'une ampleur très

<sup>1430</sup> C. A. Abidjan, Arrêt N° 367 du 27 mars 2001, Air Continental c/ B.O.A., ECODROIT, n° 10, avril 2002, p. 60, Ohadata J-02-94, obs. J. ISSA SAYEGH

<sup>1431</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 965; LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 523.41; v. aussi, qui l'admet, Paris, 3<sup>ème</sup> ch. B, 29 sept. 2004, deux arrêts. Inédit.

<sup>1432</sup> Art. L. 661-1-I-7°, C. com.

<sup>1433</sup> LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 523.41

<sup>1434</sup> SOINNE (B), *Traité des procédures collectives*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit. n° 1543.

limitée<sup>1435</sup>, nécessaires sinon à la survie de l'entreprise, du moins à celle du concordat lui-même<sup>1436</sup>.

**Synthèse de la section 2.** Le pouvoir reconnu au tribunal pour modifier le concordat initialement arrêté est considérable, puisqu'il peut notamment décider des modifications de nature à abrégé l'exécution du concordat, ou à favoriser cette exécution, donc à proroger, si besoin est, les délais de paiement. En effet, tandis que le droit français ne soumet au tribunal que les modifications substantielles portant sur les objectifs ou les moyens du plan, et laisse celles qui ne le sont pas, notamment celles qui sont de détail, à la charge du débiteur<sup>1437</sup>, le législateur OHADA soumet toutes formes de modification, de détail ou substantielle, à l'appréciation de la juridiction compétente. Seul le tribunal est compétent pour décider de modifier les dispositions concordataires, dans le sens d'une réduction ou d'un allongement de leur durée d'exécution. On peut y voir, au-delà de l'intention d'assurer un parallélisme des formes<sup>1438</sup> avec le jugement ayant arrêté le concordat, un véritable souci de garantir la sécurité et l'exécution complète des mesures et modalités retenues en vue du redressement de l'entreprise.

**692.** Ainsi donc, que le concordat soit exécuté directement par le débiteur lui-même ou dans le cadre d'une cession ou d'une gérance libre, la possibilité de la modification n'est pas une occasion offerte au dirigeant de l'entreprise débitrice de parvenir à ce que lui interdit la loi lors de la conclusion du concordat. Il est donc nécessaire que les auteurs de propositions de concordats sachent bien que leurs engagements, tels qu'ils seront retenus par le jugement d'homologation, sont définitifs, et ne pourront être éventuellement révisés plus tard qu'à titre tout à fait exceptionnel<sup>1439</sup>.

---

<sup>1435</sup> HAËHL (J.-P.), *Les modifications substantielles des plans de redressement ...*, op. cit., n° 22.

<sup>1436</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 377.

<sup>1437</sup> Art. L. 626-26, C. com. Le débiteur devra, cependant, solliciter l'avis du commissaire à l'exécution du plan, qui pourra porter son appréciation sur le caractère mineur ou substantiel de la modification envisagée; v. sur ce point, RIPERT (G) et ROBLOT (R), par DELEBECQUE (PH) et GERMAIN (M), *Droit commercial*, T. 2, 17<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 3180; SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 927; PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 377; JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 960; JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 795.

<sup>1438</sup> V. pour la loi de sauvegarde, Rapp. X. de ROUX, n° 2095, p. 311.

<sup>1439</sup> HAËHL (J.-P.), *Les modifications substantielles des plans de redressement ...*, op. cit., n° 22.

## Synthèse du chapitre 1

- 693.** Le législateur OHADA, s'inspirant du plan d'apurement du passif institué par l'ordonnance française du 23 septembre 1967, créant la suspension provisoire des poursuites, prévoit la possibilité d'une modification du concordat préventif, afin d'abrégé ou faciliter son exécution. Le concordat de la loi du 13 juillet 1967, voté par les créanciers et homologué par le tribunal, ne pouvait être modifié en cours d'exécution. Il devait être rigoureusement exécuté suivant les modalités acceptées par les créanciers. Au contraire, dans la suspension des poursuites, dans laquelle le redressement reposait sur un plan établi par le débiteur, mais non soumis au vote des créanciers, l'ordonnance n° 67-820 du 23 septembre 1967 prévoyait que le tribunal pouvait modifier le plan, à la demande du chef d'entreprise et sur le rapport du commissaire à l'exécution du plan, dans le but d'abrégé ou de favoriser son exécution<sup>1440</sup>. Le droit OHADA retient les mêmes critères d'appréciation.
- 694.** Pour être acceptée par le juge, la modification envisagée par le débiteur doit avoir pour but, soit d'abrégé l'exécution du concordat, soit de favoriser cette exécution. Il s'agit pour le législateur d'éviter toute forme de rigidité pouvant conduire à l'échec du mécanisme destiné à sauvegarder l'entreprise en difficulté. Dès lors qu'apparaît en cours d'exécution, l'existence d'éléments nouveaux, non prévisibles à l'adoption de l'accord, et de nature à remettre en cause les mesures prises à cette occasion, il est possible de modifier le concordat et l'adapter à la situation nouvellement créée. L'essentiel est que la modification envisagée, qui peut consister en une diminution des délais d'exécution des engagements du débiteur, ou en une prorogation de ces délais, ne remette pas en cause le concordat dans son essence même.
- 695.** Il ne s'agit pas, en effet, d'un nouveau concordat; c'est le même qui se poursuit avec les changements corrélatifs<sup>1441</sup>. Il s'agit pour le débiteur, l'occasion ultime d'éviter le dépôt de bilan auquel il avait pu échapper lors de l'adoption du concordat. Ce qui peut ne plus être possible en cas de manquements graves à ses obligations.

---

<sup>1440</sup> Lamy, *Droit commercial*, éd. 2012, op. cit., Fasc. 4060, p. 1746.

<sup>1441</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 931.

## LA DISPARITION QUASI-INÉLUCTABLE DU CONCORDAT PRÉVENTIF

**696.** La disparition du concordat préventif de l'Acte uniforme de l'OHADA peut tenir, soit de sa résolution, soit de son annulation par la juridiction compétente. La résolution peut être prononcée conformément aux dispositions de l'article 139 et l'annulation peut l'être sur la base de l'article 140, AUPC. À première vue, la résolution et l'annulation de l'accord ne sont qu'une application des dispositions du droit commun des obligations, en l'occurrence l'article 1184, C. civ.<sup>1442</sup>, pour le cas de la résolution et l'article 1116, C. civ.<sup>1443</sup>, pour ce qui est de l'annulation. Mais, dans l'un comme dans l'autre cas, l'échec du concordat prouvera que les appréciations du débiteur ou que le comportement des créanciers n'a pas résister à la réalité<sup>1444</sup>.

**697.** En effet, du fait que l'élaboration du concordat est déclenchée tardivement, son exécution est généralement entamée alors que le débiteur ne dispose plus de trésorerie, sa situation étant complètement obérée. De l'autre côté, même lorsque le débiteur a anticipé la cessation des paiements et réussi à élaborer un accord de sauvetage qui semblait sérieux, sa réussite n'est pas assurée<sup>1445</sup>. Et comme a pu le relever un auteur avec humour, l'échec du concordat doit être compris « non pas au sens du vocabulaire courant de revers momentané dans une entreprise, mais plutôt d'échec... et mat. » Car, « le coup risque de mettre fin à la partie! »<sup>1446</sup>. Ainsi, que ce soit par la résolution ou l'annulation, la fin du concordat entraînera de graves conséquences, tant pour le débiteur, que pour le chef d'entreprise; car ce sera très souvent « un

---

<sup>1442</sup> Ce texte dispose : *"La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.*

*La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances."*

<sup>1443</sup> Selon cet article, *"le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé."*

<sup>1444</sup> CHAPUT (Y), *L'échec du règlement amiable et le passage au redressement judiciaire*, RJ com. Févr. 1986, p. 106.

<sup>1445</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 375.

<sup>1446</sup> CHAPUT (Y), *L'échec des plans de continuation et de cession*, in *Colloque CRAJEFE*, 1991, Les Petites affiches, n° 89 du 26 juill. 1991, p. 19.

clignotant, un signe de dégradation objective de la situation »<sup>1447</sup>, même si, théoriquement, l'entreprise n'est pas en cessation des paiements au moment de la résolution.

**698.** Cette situation s'aggrave du fait de la déchéance des délais de paiement, qui est une conséquence directe de la disparition du concordat, le débiteur étant alors immédiatement tenu de toutes ses dettes. Il est dès lors très peu probable que l'entreprise, déjà fragile, puisse échapper à la cessation des paiements, à très brève échéance<sup>1448</sup>. L'un, sinon le principal effet de la disparition du concordat concerne donc directement la situation de l'entreprise débitrice, qui se trouve ainsi précipitée dans la cessation des paiements, et encourt de ce fait l'ouverture à son égard d'une procédure collective. Et dans la plupart des cas, il ne peut s'agir que d'une liquidation des biens. On image mal, en effet, comment le débiteur qui n'a pu assurer l'exécution de son concordat préventif, parviendrait à exécuter un concordat de redressement. Par quel miracle le pourrait-il?<sup>1449</sup> La plupart des décisions en la matière révèlent d'ailleurs que l'échec du concordat préventif est systématiquement sanctionné par l'ouverture d'une liquidation de biens<sup>1450</sup>. Ce qui ne contribue en rien à l'efficacité du dispositif de prévention des difficultés.

**699.** En revanche, en cas de cessation des paiements, la sanction de l'échec du concordat préventif peut avoir des répercussions sur les dirigeants de l'entreprise, en plus de l'admission de celle-ci en redressement judiciaire ou liquidation des biens. En effet, les procédures collectives ont toujours retenti sur la situation patrimoniale et personnelle du chef d'entreprise. Traditionnellement, elles présentaient un caractère sanctionnateur et infamant. Leur objectif était d'éliminer le mauvais commerçant qui avait trahi la confiance de ses créanciers<sup>1451</sup>. L'Acte uniforme est dans cet esprit, tout en distinguant, à la suite du législateur français, les sanctions applicables à l'entreprise débitrice, de celles applicables au dirigeant de la personne morale. Si les premières ne recèlent pas d'intérêt quant à l'efficacité du mécanisme

---

<sup>1447</sup> THYRAUD (à propos du règlement amiable), J.O. Sénat 1984, p. 1311.

<sup>1448</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 938.

<sup>1449</sup> V. à propos du plan de sauvegarde, LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 564.22.

<sup>1450</sup> Pour des exemples, v. Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Jugement n° 1538 du août 2000 (prononcé de la liquidation des biens des Nouvelles Brasseries Africaines, après annulation de l'ordonnance de suspension des poursuites individuelles, due à l'impossibilité pour le débiteur de présenter une offre de concordat sérieux); Tribunal de grande instance de Ouagadougou (Burkina Faso), Jugement n° 20 du 29 janvier 2003 (Lorsque le débiteur est dans l'impossibilité de présenter un concordat sérieux et qu'aucune possibilité n'est envisagée pour un redressement éventuel, il y a lieu de prononcer la liquidation de ses biens avec toutes les conséquences de droit).

<sup>1451</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 1250.

concordataire, puisqu'elles ne sont que la consécration de son échec, les secondes en revanche, peuvent grandement contribuer à l'apurement du passif, qui est l'un des objectifs que vise la procédure du règlement préventif du droit OHADA<sup>1452</sup>.

Il convient donc, après avoir examiné les causes de disparition possible du concordat préventif (section 1), d'analyser les effets de cette disparition, en l'occurrence la sanction de l'échec du concordat sur le chef de l'entreprise (section 2).

### SECTION 1

#### LE CARACTÈRE PRÉVISIBLE DE LA DISPARITION DU CONCORDAT

**700.** La disparition du concordat est ou peut être prévisible, le législateur en ayant prévu un certain nombre de causes. C'est l'exemple de l'article 139, AUPC, qui prévoit trois causes de résolution: le concordat préventif peut être résolu en cas d'inexécution des engagements concordataires, ou lorsque le débiteur est frappé d'une interdiction d'exercer une activité commerciale, ou encore lorsque les dirigeants de la personne morale débitrice font l'objet d'une faillite personnelle ou de l'interdiction de diriger une entreprise commerciale. À ces conditions de résolution, l'article 140 ajoute une quatrième, relative au dol. Celui-ci entraîne l'annulation du concordat, s'il résulte d'une dissimulation d'actif ou d'une exagération du passif, et s'il a été découvert après l'homologation du concordat préventif. Ces causes de disparition anticipée sont relatives aux conditions de formation et d'exécution du concordat; en d'autres termes, elles ne concernent que les engagements du débiteur vis-à-vis des signataires de l'accord.

**701.** Mais, la poursuite de l'exploitation peut nécessiter de nouveaux engagements, c'est-à-dire la naissance de nouvelles dettes, des créances hors concordat, dont le non-paiement peut être constitutif de l'état de cessation des paiements. Le législateur semble, toutefois, exclure cette éventualité, qui est loin d'être une hypothèse d'école (§.2), et ne retient que la non-conformité aux conditions de formation et d'exécution du concordat comme seules causes de disparition de l'accord (§.1).

---

<sup>1452</sup> L'article 2-1, AUPC, dispose, en effet: "*Le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif*".



## **§.1 - La non-conformité aux conditions de formation et d'exécution en tant que causes de disparition du concordat**

**702.** Les dispositions de l'Acte uniforme distinguent l'unique cause de disparition liée au non respect des conditions de formation, des causes de disparition en relation avec le non respect des conditions d'exécution du concordat. Ces dernières sont qualifiées de causes de résolution (A), tandis que la première, qui est en fait un vice de formation, constitue une cause d'annulation (B) du concordat préventif.

### **A- La possibilité d'une résolution du concordat préventif**

**703.** Aux termes de l'article 139-1°, AUPC, la résolution du concordat peut être prononcée en cas d'inexécution, par le débiteur, de ses engagements concordataires ou des remises et délais consentis. Il s'agit d'une résolution facultative dont l'opportunité relève de l'appréciation souveraine de la juridiction compétente, qui peut décider ou non d'y recourir, en fonction de la gravité du manquement. En effet, le texte ajoute, par application du droit commun<sup>1453</sup>, que le tribunal apprécie si ces manquements sont suffisamment graves pour compromettre définitivement l'exécution du concordat et, dans le cas contraire, peut accorder des délais de paiement qui ne sauraient excéder, de plus de six mois, ceux déjà consentis par les créanciers. Il est clair, on l'a vu<sup>1454</sup>, que le souci du législateur est d'éviter autant que possible l'échec du dispositif, puisqu'il n'est pas certain, pour reprendre les termes imagés d'un auteur très averti, que l'accord soit inévitablement un organisme mort dont il vaut mieux débarrasser l'économie<sup>1455</sup>. Il appartient donc au juge, avant de prononcer la résolution, de s'assurer que l'inexécution alléguée est effectivement de nature à empêcher toute possibilité de poursuite du concordat.

**704.** La résolution ne peut donc intervenir qu'autant que les manquements reprochés sont suffisamment graves et irrémédiables. Mais, peu importe la nature de l'engagement inexécuté<sup>1456</sup>. Il peut s'agir, comme sous l'empire de la loi française de 1985, d'un engagement

---

<sup>1453</sup> TERRÉ (F), SIMLER (PH), LEQUETTE (Y), *Droit civil, Les obligations*, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2009, n° 652.

<sup>1454</sup> V. supra n° 683 et s.

<sup>1455</sup> Carbonnier, cité par CHAPUT (Y), *L'échec du règlement amiable et ...*, op. cit., p. 107.

<sup>1456</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires, T. 2*, 9<sup>ème</sup> éd., op cit., n° 1088.

de nature financière<sup>1457</sup>, tel le non respect d'une échéance de paiement ou encore le défaut de fourniture d'une sûreté, mais aussi d'engagements de nature sociale. Ainsi, y a-t-il inexécution, lorsque le débiteur, qui s'était engagé à créer un certain nombre d'emplois, non seulement n'embauche pas, mais licencie, ou bien, il s'était obligé à réembaucher en priorité les salariés licenciés, mais finalement conclut avec les tiers<sup>1458</sup>. L'inexécution peut également être de nature économique, lorsqu'il y a, par exemple, violation d'une clause d'inaliénabilité, ou encore lorsque le chef d'entreprise, qui s'était engagé à prendre des mesures de restructuration, en créant de nouvelles activités et en mettant fin à celles qui sont déficitaires, ne s'exécute pas mais continue l'activité initiale sans aucun changement. L'inexécution peut aussi être de nature juridique, lorsque le débiteur n'a pas procédé au changement de forme prévue, ou à l'augmentation de capital à laquelle il s'est obligé<sup>1459</sup> dans le concordat. La résolution du concordat préventif peut donc être prononcée sur le fondement de la méconnaissance d'engagements autres que les engagements financiers<sup>1460</sup>.

**705.** En revanche, et comme il a été jugé en droit français notamment, la résolution sera écartée si l'inexécution intervient avec un peu de retard<sup>1461</sup>, indépendamment de la volonté du débiteur, ou si, au jour où la juridiction statue, l'inexécution a disparu, la tardiveté de l'exécution étant à cet égard indifférente<sup>1462</sup>. Pareillement, il n'y aurait pas lieu à résolution, si le dividende n'est

---

<sup>1457</sup> Com. 9 déc. 1997, Bull. civ. IV, n° 330: La résolution du plan de continuation doit être prononcée en l'absence de règlement du passif à l'échéance fixée; Com. 2 févr. 1993, Bull. civ. IV, n° 42: Constitue une inexécution du plan de continuation, justifiant sa résolution, le défaut de paiement à l'échéance d'une créance fiscale.

<sup>1458</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 934. Il est cependant, très peu probable que le juge puisse, par ce motif, prononcer la résolution du concordat et exposer les autres salariés à un licenciement. Aussi est-il proposé de rechercher la sanction de cette inexécution sur le terrain indemnitaire, le licenciement étant alors dépourvu de cause réelle et sérieuse (P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 524-12).

<sup>1459</sup> Com. 15 janv. 1991, Bull. civ. IV, n° 27; JCP E 1991, n° 44, p. 177, obs. M. C.; Rev. Sociétés 1991, 383, note GUYON. Ainsi, lorsque le plan prévoit une modification du capital social, non mise en œuvre au jour de son adoption, le refus de l'assemblée générale des associés de voter l'augmentation de capital en conformité avec les prévisions du jugement arrêtant le plan est constitutif d'une inexécution imputable à la personne morale (Com. 8 oct. 2003, Act. proc. coll. 2004/2, n° 21).

<sup>1460</sup> Ce qui contraste avec la solution posée par l'article 80, al. 1 de la loi du 25 janvier 1985, dans sa rédaction initiale, qui visait "les engagements financiers", et sur le fondement duquel les juridictions du fond et une partie de la doctrine refusaient la résolution si l'inexécution portait sur des engagements autres que financiers, tels des engagements sociaux: Dijon, 1<sup>ère</sup> ch., 2<sup>ème</sup> sect., 14 sept. 1993, Rev. proc. coll. 1995, 144, n° 21, obs. SOINNE; v. aussi DERRIDA (F), GODE (P) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises...*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 445. Mais la Cour de cassation ne semblait pas les suivre et avait admis la résolution du plan lorsqu'il n'a pas été satisfait aux opérations de restructuration du capital social (Com. 15 janv. 1991, Bull. Joly, 1991, 425, note LE CANNU; RJ com. 1991, 385, note MERLE). Désormais, il peut s'agir tant d'engagements financiers, que sociaux, stratégiques, économiques ou juridiques (Rapp. X. de ROUX, n° 2095, p. 313).

<sup>1461</sup> Dijon, 14 sept. 1993, Rev. proc. coll. 1995, 144, n° 21.

<sup>1462</sup> Toulouse, 2<sup>ème</sup> ch. 6 juin 1988, Rev. proc. coll. 1989, 524, n° 25, obs. SOINNE; Chambéry, ch. civ. 25 sept. 1995, Rev. proc. coll. 1996, 452, n° 31, obs. SOINNE.

pas encore exigible, même si, au vu des disponibilités, il apparaît peu vraisemblable que l'échéance puisse être intégralement payée<sup>1463</sup>. De son côté, un juge sénégalais a rejeté l'action en résolution intentée par un créancier, au motif que ce dernier ne rapporte pas la preuve de la non effectivité du remboursement de sa dette, encore moins du caractère définitivement compromis de l'exécution du concordat préventif<sup>1464</sup>.

**706.** Par ailleurs, l'Acte uniforme ne précise pas les conséquences d'une inexécution qui aurait pour auteur une autre personne que le débiteur. Or, il est tout à fait possible que l'inexécution ait pour cause, non pas l'attitude du débiteur, mais celle d'un tiers, et soit de nature à rendre impossible l'exécution du concordat<sup>1465</sup>. C'est ainsi que la jurisprudence française admet que le tiers qui avait souscrit à l'égard du débiteur des engagements dans le plan engage sa responsabilité envers les créanciers, si ces derniers devaient subir un préjudice du fait du prononcé de la liquidation judiciaire, suite à la résolution du plan<sup>1466</sup>. Il en est ainsi d'un candidat à la reprise des actions de la société, qui engage sa responsabilité envers les créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure collective, qui pouvaient compter sur le paiement intégral de leurs créances par la société restructurée<sup>1467</sup>. Il importe, donc, peu que l'inexécution ait été le fait du débiteur lui-même ou celui d'un tiers; la juridiction compétente doit prononcer la résolution, dès lors qu'elle est avérée<sup>1468</sup> et est suffisamment grave pour compromettre la poursuite du concordat.

**707.** Outre, l'inexécution, l'article 139-2°, AUPC, prévoit que la résolution du concordat peut être prononcée lorsque le débiteur est frappé, pour quelque cause que ce soit, de l'interdiction d'exercer une activité commerciale, conformément aux conditions posées par l'Acte uniforme relatif au Droit commercial général<sup>1469</sup> pour l'exercice du commerce, notamment à son article

---

<sup>1463</sup> Metz, ch. civ. 11 mai 1993, Rev. proc. coll. 1995, 152, n° 32, obs. SOINNE.

<sup>1464</sup> Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Jugement n° 074 du 27 février 2004, société CARNAUD METAL BOX c/ S.N.C.D.S, Ohadata J-05-280.

<sup>1465</sup> V. pour le plan de sauvegarde, JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 974; LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 524-11; PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 381.

<sup>1466</sup> Paris, 30 oct. 1992, RJDA 1993, n° 446; Com. 28 juin 1994, Bull. civ. IV, n° 243; JCP 1995, I, 3815, obs. M. CABRILLAC; RJDA 1995/1, n° 69.

<sup>1467</sup> Com. 28 juin 1994, Bull. civ. IV, n° 243; JCP 1995, I, 3815, obs. M. CABRILLAC; RJDA 1995/1, n° 69.

<sup>1468</sup> LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 524-11.

<sup>1469</sup> Article 10, AUCG: "*Nul ne peut exercer une activité commerciale, directement ou par personne interposée, s'il a fait l'objet :*

- *d'une interdiction générale, définitive ou temporaire, prononcée par une juridiction de l'un des États parties, que cette interdiction ait été prononcée comme peine principale ou comme peine complémentaire ;*

- *d'une interdiction prononcée par une juridiction professionnelle ; dans ce cas, l'interdiction ne s'applique qu'à l'activité commerciale considérée ;*

10. La raison de l'interdiction importe peu; dès lors que le débiteur en est sanctionné, la résolution peut être prononcée, étant entendu qu'il s'agira principalement ici du débiteur, personne physique. Il en serait ainsi, notamment lorsque le débiteur est frappé d'une faillite personnelle, puisque l'interdiction générale de faire le commerce n'est, en droit OHADA, que l'un des effets de cette sanction extrapatrimoniale. En effet, contrairement au droit français qui permet au tribunal, dans les cas où la faillite personnelle serait trop sévère, de lui substituer l'interdiction de gérer<sup>1470</sup> qui semble une sanction plus douce, de par ses effets<sup>1471</sup>, l'Acte uniforme ne consacre que la faillite personnelle<sup>1472</sup>, dont les effets emportent 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<sup>1473</sup>.

**708.** Mais le texte a assorti la possibilité de prononcer la résolution du concordat, en cas d'interdiction d'exercer le commerce, d'une exception: la résolution ne saurait être prononcée, si la durée et la nature de cette interdiction sont compatibles avec la poursuite de l'activité de l'entreprise par location-gérance, aux fins, éventuellement, d'une cession d'entreprise dans des conditions satisfaisantes pour l'intérêt collectif. Il s'agit, une fois de plus, de la consécration de la distinction entre l'homme, le chef d'entreprise, et l'entreprise elle-même, dont la survie doit être, autant que possible, préservée. Ainsi, qu'il s'agisse d'un commerçant, personne physique ou personne morale, lorsque le dirigeant est frappé d'une interdiction d'exercer le commerce, il appartient au juge saisi aux fins de résolution du concordat en cours, de vérifier si la nature ou la durée de l'interdiction ne permet pas de recourir à une location-gérance ou à une cession en vue de la poursuite de l'activité commerciale.

**709.** Toutefois, les cas où le juge pourrait prendre en compte la durée de l'interdiction pour éviter la résolution, peuvent s'avérer extrêmement rares, puisque l'interdiction ne saurait être prononcée pour une durée inférieure à trois ans et supérieure à dix ans<sup>1474</sup>, alors que la durée d'exécution du concordat préventif est, au plus, de trois ans<sup>1475</sup>. Ce n'est donc en matière de

---

*- d'une interdiction par l'effet d'une condamnation définitive à une peine privative de liberté pour un crime de droit commun, ou à une peine d'au moins trois mois d'emprisonnement non assortie de sursis pour un délit contre les biens, ou une infraction en matière économique ou financière."*

<sup>1470</sup> Article L. 653-8, C. com., qui renvoie aux articles L. 653-3 à L. 653-6, relatifs à la faillite personnelle.

<sup>1471</sup> COQUELET (M.-L.), *Entreprises en difficulté ...*, Cours & Travaux dirigés, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 523.

<sup>1472</sup> SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 356.

<sup>1473</sup> Articles 194 à 203, AUPC, spéc. article 203.

<sup>1474</sup> Article 203, AUPC.

<sup>1475</sup> Article 15, AUPC.

concordat de redressement que cette éventualité trouverait à s'appliquer, le législateur ne paraissant pas avoir fixé, en ce domaine, une durée limite d'exécution<sup>1476</sup>. En revanche, le juge pourra recourir à une cession ou à une location-gérance pour éviter la résolution, toutes les fois que le commerçant aura fait l'objet d'une interdiction d'exercer, le remplacement du chef d'entreprise devant suffire, lorsque le débiteur est une personne morale.

**710.** La troisième et dernière cause possible de résolution concerne le cas où, s'agissant d'une personne morale à qui le concordat a été accordé, les dirigeants contre lesquels a été prononcée la faillite personnelle ou l'interdiction de diriger, gérer ou administrer une entreprise commerciale, assument de nouveau, en fait ou en droit, la direction de cette personne morale. Concrètement, cela veut dire, qu'il a été reproché aux dirigeants de la personne morale, au moins l'un des actes de mauvaise foi énumérés aux articles 196 et suivants, AUPC, et passibles de faillite personnelle, soit à l'ouverture de la procédure, soit pendant l'exécution du concordat. Le juge, dans ce cas, prononce la résolution, à moins que les dirigeants concernés ne cessent, en fait, d'exercer les fonctions qu'il leur est interdit. Et pour ce faire, le juge peut accorder un délai raisonnable, qui ne peut excéder trois mois, pour procéder au remplacement de ces dirigeants. Ce sera notamment le cas, lorsque les dirigeants d'une société anonyme avec conseil d'administration sont frappés d'une interdiction de gérer, les organes compétents pour procéder au remplacement des dirigeants interdits ayant besoin d'un délai minimum pour se réunir et prendre une décision.

**711.** Les actions aux fins de résolution du concordat préventif sont portées devant la juridiction compétente, soit à la requête d'un créancier ou des contrôleurs, chargés de surveiller l'exécution du concordat, soit par voie de saisine d'office du tribunal. On remarque ici que le législateur, qui n'a nulle part prévue de disposition permettant aux créanciers d'agir en recouvrement, en cas de non paiement des dividendes par le débiteur, les autorise à agir en résolution du concordat pour défaut de paiement; ce qui est assez incohérent<sup>1477</sup>. On aurait pu, en effet, prévoir que si, aux échéances prévues au concordat, le débiteur est défaillant, le juge-commissaire puisse, à la demande des créanciers, agir en recouvrement et même en exécution forcée, afin de recouvrer les fonds et payer les dividendes dus. Ce qui, tout en améliorant la situation des créanciers, renforcerait l'efficacité du concordat, le juge ayant alors la possibilité d'apprécier la situation et décider selon les cas, d'agir en recouvrement ou en résolution. Quoi

---

<sup>1476</sup> Articles 127, AUPC.

<sup>1477</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 378.

qu'il en soit, lorsqu'il est saisi, aux fins de résolution du concordat, le tribunal compétent est tenu d'entendre ou tout au moins, d'appeler à l'audience le débiteur, avant toute décision qui, hormis la possibilité d'une résolution, peut consister en l'annulation du concordat.

## **B- L'annulation possible du concordat préventif pour dol**

**712.** Aux termes de l'article 140, AUPC, le concordat préventif est annulé en cas de dol résultant d'une dissimulation d'actif ou d'une exagération du passif si le dol a été découvert après son homologation. Il s'agit, sans doute, pour le législateur, de punir, par application du droit commun, le débiteur indélicat qui aurait réussi à faire adopter à son profit un concordat, alors que sa situation était irrémédiablement compromise, ou ne nécessitait aucune procédure collective<sup>1478</sup>. Le concordat devra, dans ce cas, faire l'objet d'une annulation pour dol.

**713.** Le dol, défini par l'article 1116 du Code civil dans la formation du contrat, désigne toutes les tromperies par lesquelles un contractant provoque chez son partenaire une erreur qui le détermine à contracter<sup>1479</sup>. Celui qui en est victime ne s'est pas trompé, on l'a trompé. Agissant sur le consentement au moyen de l'erreur qu'il engendre, le dol n'est pas, à proprement parler, un vice de consentement, mais la cause d'un tel vice<sup>1480</sup>. Le dol suppose de la part de son auteur un acte de déloyauté lors de la conclusion du contrat, dont il résulte chez sa victime un vice du consentement; c'est donc une sorte de pendant civil du délit pénal d'escroquerie<sup>1481</sup>.

**714.** Cela suppose, aux termes de l'article 1116, C. civ., la réunion d'un élément matériel ("les manœuvres") et d'un élément intentionnel. On entend par manœuvres, toutes les machinations, toutes les mises en scène, tous les artifices qu'une personne peut mettre en œuvre pour surprendre le consentement de son partenaire et l'amener à contracter<sup>1482</sup>. Aux manœuvres, la jurisprudence assimile le mensonge. Il en va ainsi non seulement lorsque le

---

<sup>1478</sup> V. article 15, AUPC, pour les conditions prévues pour l'homologation du concordat préventif.

<sup>1479</sup> BONASSIES, *Le dol dans la conclusion du contrat*, thèse Lille 1955; GHESTIN (J), *La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles*, D. 1971, chron. p. 247; v. sur l'ens. de la question, TERRÉ (F), SIMLER (PH), LEQUETTE (Y), *Droit civil, Les obligations*, 10<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 228: le domaine d'application de la nullité pour dol est fort général. Il peut affecter aussi bien les conventions quelles qu'elles soient, sauf le mariage (v. par les mêmes auteurs, *Les personnes, La famille, Les incapacités*, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2005, n° 372).

<sup>1480</sup> TERRÉ (F), SIMLER (PH), LEQUETTE (Y), *Droit civil, Les obligations*, 10<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 228.

<sup>1481</sup> OTTENHOF (R), *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, thèse Rennes, éd. 1970, p. 42 et s.

<sup>1482</sup> V. par ex., Civ. 17 avril 1882, DP. 82, 5, 163 (simulation d'une maternité pour obtenir une libéralité d'un amant); Com. 19 déc. 1961, D. 1962, 240; Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janv. 1979, D. 1979, IR, p. 288.

mensonge prend une forme écrite, l'insertion d'indications que l'on sait erronées dans les documents produits en vue de la conclusion du contrat pouvant être considérée comme une manœuvre<sup>1483</sup>, mais encore lorsqu'il ne s'appuie sur aucun artifice extérieur. La simple allégation mensongère peut ainsi être constitutive d'un dol<sup>1484</sup>. Tel est le cas du débiteur<sup>1485</sup> qui, en vue d'une cession d'entreprise, produit des documents faisant apparaître un chiffre d'affaires et des bénéfices plus élevés que les chiffres réels, ou du directeur de banque qui certifie à la caution la bonne santé financière du débiteur, alors que le compte de celui-ci, largement débiteur, devait être clôturé quelques jours plus tard<sup>1486</sup>.

**715.** La jurisprudence considère également que le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant au cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter<sup>1487</sup>. En revanche, à la question de savoir si le silence d'un contractant sur une information intéressant directement son partenaire peut être constitutif de dol, la réponse de la jurisprudence a, longtemps, été négative: « la simple réticence » était « par elle-même

---

<sup>1483</sup> Req. 6 févr. 1934, S. 1935, 1, 296; Civ. 3<sup>ème</sup>, 19 nov. 2008, D. 2008, AJ. 3085; RCA 2009, n° 26 (production d'un état parasitaire négatif alors que la maison vendue était infestée de termites). Il en va, toutefois, différemment lorsque le mensonge prend la forme d'un curriculum vitae inexact remis par le salarié à son futur employeur, lors de son engagement (Soc. 16 févr. 1999, Dr. soc. 1999, 396, obs. B. GAURIAU; RTD civ. 1999, 419, obs. P.-Y. GAUTIER; 30 mars 1999, D. Aff. 2000, som. com., p. 13, obs. I. OMARJEE; Soc. 21 sept. 2005, D. 2006, 204, note G. LOISEAU). On y a vu une manifestation de l'autonomie du droit du travail par rapport au droit civil. Mais si l'on peut admettre l'usage d'un curriculum vitae "gonflé", par lequel le candidat vante ses mérites de manière exagérée, il en va autrement lorsque le candidat produit des documents mensongers: faux diplôme, faux certificat de stage (I. OMARJEE, obs. précité). Il s'agit, en tout cas, de ce que l'on présente comme un dol toléré par les usages, et que les Romains appelaient *bonus dolus* (le bon dol) par opposition au *malus dolus* (le mauvais dol), seul répréhensible (Douai, 8 févr. et 16 janv. 1907, DP 1908, 2, 5; Paris 16 déc. 1924, DH 1925, 125; TGI Avesnes, 5 févr. 1964, Gaz. Pal. 1964, 1, 421). Mais la jurisprudence a aujourd'hui tendance à considérer qu'une erreur est toujours excusable dès lors qu'elle est due à la mauvaise foi de l'autre partie (Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 juin 1973, RTD civ. 1974, 144, obs. Y. LOUSSOUARN; Civ. 3<sup>ème</sup>, 21 févr. 2001, D. 2001, 2702, note D. MAZEAUD). De plus, l'accent mis sur la protection des consommateurs par le droit contemporain limite toujours plus la tolérance traditionnelle envers le *bonus dolus*. Ainsi, la publicité mensongère, longtemps considérée comme un *bonus dolus*, est aujourd'hui réprimée (L. 27 déc. 1973, art. 44, devenu art. L. 121-1, C. conso.); v. J. GHESTIN, *Le contrat*, 3<sup>ème</sup> éd., n° 564; P. BAUGÉ-MAGNAN, *Le consommateur et la publicité*, thèse, Paris II, 1983.

<sup>1484</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 6 nov. 1970, JCP 1971, II, 16942, note J. GHESTIN; Defrénois 1971, p. 1264, obs. J.-L. AUBERT.

<sup>1485</sup> Poitiers, 30 mars 1994, JCP 1995, IV, 2525.

<sup>1486</sup> Com. 7 févr. 1983, Bull. civ. IV, n° 50, p. 40, D. 1984, IR, p. 84. Tel est aussi le cas de l'assuré qui procède à des déclarations inexactes afin de diminuer l'objet du risque: Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 oct. 1998, JCP 1998, II, 10185 concl. PETIT (déclaration à un assureur que l'assuré était en bonne santé, alors qu'il se savait séropositif).

<sup>1487</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 15 janv. 1971, Bull. civ. III, n° 38, p. 25, RTD civ. 1971, 839, obs. Y. LOUSSOUARN; 2 oct. 1974, Bull. civ. III, n° 330, p. 251; Grands arrêts, jurispr. civ., t. 2, n° 150; Civ. 3<sup>ème</sup>, 20 déc. 1995, D. 1996, IR, p. 32; CCC 1996, n° 55, obs. L. LEVENEUR; 10 févr. 1999, CCC 1999, n° 90, note LEVENEUR (vendeur n'ayant pas signalé à l'acheteur que l'eau du puits alimentant la maison vendue n'était pas potable). Civ. 3<sup>ème</sup>, 14 mars 2006, CCC 2006, n° 126, note LEVENEUR (vendeur ayant annexé à l'acte de vente un état parasitaire négatif faisant état de l'absence de termites sans indiquer que le bien avait été infesté et traité à deux reprises dix ans auparavant).

insuffisante pour constituer un dol »<sup>1488</sup>. Elle a ensuite assoupli sa position, en décidant d'abord que le silence d'une des parties peut, dans certaines circonstances, constituer un dol. Tel est le cas lorsque la convention passée suppose, de par sa nature, des rapports de confiance particuliers entre les contractants<sup>1489</sup> ou lorsqu'il est impossible au cocontractant de connaître par ses propres moyens le fait non révélé<sup>1490</sup>. Le législateur OHADA considère comme étant constitutives de dol les manœuvres du débiteur consistant en une dissimulation d'actifs ou en une exagération du passif, destinés, non seulement à convaincre les créanciers à s'engager dans le concordat, mais aussi à faire homologuer par le tribunal compétent cet accord obtenu par déloyauté.

**716.** Les faits constitutifs de dol et justifiant l'annulation du concordat sont d'ailleurs quelques-uns des agissements punis de banqueroute frauduleuse, prévus par l'article 233, AUPC. Ce qui confirme l'aspect délictuel de la notion de dol, en l'occurrence, l'analogie entre le dol et l'escroquerie. Toutefois, pour que le concordat puisse être annulé sur le fondement du dol, il faut que les manœuvres relevées ait été réalisées par l'une des parties dans le dessein de tromper l'autre<sup>1491</sup>. Cette exigence sera assez aisément établie en cas de manœuvres ou de mensonge, puisqu'il s'agit de faits matériels, généralement assez faciles à démontrer; tel la production de faux résultats par le débiteur. C'est en cas de réticence dolosive que l'élément intentionnel sera plus délicat à établir. Le silence conservé par l'une des parties peut, en effet, provenir de l'ignorance<sup>1492</sup>, de l'oubli ou de la négligence<sup>1493</sup>, plutôt que de la volonté de tromper le cocontractant. Aussi, la jurisprudence décide-t-elle aujourd'hui que, commet un dol, celui qui garde « sciemment » ou « volontairement »<sup>1494</sup> le silence ou qui pratique « intentionnellement » la dissimulation, dans le but de « tromper le contractant et le déterminer à conclure le contrat »<sup>1495</sup>.

---

<sup>1488</sup> Req. 17 févr. 1874, S. 1874, 1, 248; Civ. 30 mai 1927, S. 1928, 1, 105, note A. BRETON; Com. 1<sup>er</sup> avr. 1952, D. 1952, 685, note J. COPPER-ROYER.

<sup>1489</sup> Com. 21 avr. 1959, Bull. civ. II, n° 178, p. 162 (contrat de société).

<sup>1490</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 mai 1958, Bull. civ. I, n° 251, p. 198; 21 juin 1960, Bull. civ. I, n° 339, p. 279; Com. 27 oct. 1965, Bull. civ. III, n° 479, p. 534; RTD civ. 1966, 529, obs. J. CHEVALLIER.

<sup>1491</sup> TERRÉ (F), SIMLER (PH), LEQUETTE (Y), *Droit civil, Les obligations*, 10<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 234.

<sup>1492</sup> Versailles, 22 oct. 1999, D. 1999, IR, p. 282 (garagiste qui vend un véhicule d'occasion, en bon état, sans révéler l'existence d'un accident antérieur qu'il ignorait).

<sup>1493</sup> TGI Brest, 5 nov. 1974, D. 1975, 295, note J. SCHMIDT: en cas de négligence, la nullité ne pourra être prononcée sur le fondement du dol, mais des dommages-intérêts seront dus sur le fondement de la violation de l'obligation d'information.

<sup>1494</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 janv. 1981, Bull. civ. I, n° 25, p. 23; 23 janv. 1987, D. 1987, IR, p. 168.

<sup>1495</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 25 févr. 1987, Bull. civ. III, n° 36, p. 21; Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 nov. 1987, Bull. civ. I, n° 293, p. 211; Defrénois 1988, 1092, obs. AUBERT; RTD civ. 1988, 339, obs. J. MESTRE; Com. 28 juin 2005, D. 2006, 2774, note CHAUVEL; RTD civ. 2005, 591, obs. MESTRE et FAGES.



**717.** On comprend dès lors pourquoi l'Acte uniforme n'a réservé l'action en nullité qu'au seul représentant du Ministère public, qui apprécie l'opportunité de l'exercer ou non, dans un délai d'un an suivant la découverte du dol<sup>1496</sup>. En outre, la juridiction saisie dispose de larges pouvoirs, et apprécie souverainement l'opportunité de prononcer ou non l'annulation du concordat, en tenant compte de l'intérêt collectif des créanciers et des travailleurs. On peut parier que les cas d'annulation du concordat préventif pour cause de dol seront extrêmement rares; ce qui semble la volonté du législateur. L'annulation sera d'autant plus rare que le dol n'est une cause de nullité que s'il émane du cocontractant, selon les termes de l'article 1116, C. civ<sup>1497</sup>.

**718.** C'est dire que le concordat préventif ne peut être annulé pour dol que si la dissimulation d'actif ou l'exagération du passif provient du débiteur ou, dans le cas d'une personne morale, que si les agissements incriminés sont le fait des dirigeants de la personne morale ou des associés indéfiniment et solidairement tenus du passif. Il en sera de même en cas de manœuvres provenant de dirigeants de faits, ou de toute personne ayant un pouvoir de décision dans l'entreprise débitrice. Lorsque les comportements incriminés sont, en revanche, le fait d'un tiers, ils donneront lieu seulement à des dommages-intérêts<sup>1498</sup>.

**719.** On s'aperçoit ainsi que les causes de disparition du concordat préventif manifestent la volonté du législateur de limiter les cas dans lesquels la résolution ou l'annulation sera effectivement prononcée, l'objectif étant de laisser une chance à la survie de l'entreprise, et donc à la réussite de l'opération de sauvetage, ce qui, dans une certaine mesure, expliquerait peut-être pourquoi le législateur n'ait pas tenu compte de l'éventualité de la cessation des paiements en tant que cause possible de résolution du concordat préventif.

---

<sup>1496</sup> Article 140, al. 3, AUPC.

<sup>1497</sup> Com. 26 avr. 1971, JCP 1972, II, 16986, note BERNARD; 18 juin 1973, D. 1973, IR, p. 188; JCP 1973, IV, 297; 22 juill. 1986, Gaz. Pal. 1986, 2, 277; 27 nov. 2001, CCC 2002, n° 45, obs. LEVENEUR. Ainsi, le silence du débiteur principal sur son insolvabilité n'entraîne pas la nullité du contrat passé entre le créancier et la caution (v. par ex. Com. 22 juill. 1986, Bull. civ. IV, n° 163, D. 1987, som. com., p. 445, obs. L. AYNÈS; RTD civ. 1988, 338, obs. J. MESTRE; Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 1989, Bull. civ. I, n° 127, p. 83), sauf à démontrer une complicité du débiteur avec le créancier. Sur le dol du cofidéjusseur, v. Com. 29 mai 2001, Bull. civ. IV, n° 100, RTD civ. 2001, 920, obs. P. CROCQ.

<sup>1498</sup> TERRÉ (F), SIMLER (PH), LEQUETTE (Y), *Droit civil, Les obligations*, 10<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 235.

## §.2 - L'indifférence du non-respect des engagements hors concordat

**720.** La question principale qui se pose, et à laquelle le législateur OHADA ne semble pas apporter de solution, est la suivante: quelle attitude devra adopter le juge, lorsque le débiteur, tout en exécutant régulièrement tous ses engagements concordataires, est confronté à l'apparition de dettes nouvelles, nées après l'adoption du concordat, et auxquelles il n'arrive pas à faire face avec son actif disponible. En d'autres termes, que doit faire le juge, lorsque le non respect par le débiteur de ses engagements hors concordat est constitutif de l'état de cessation de paiements?

De ce problème découlent, en effet, d'énormes conséquences, tant sur les suites du concordat préventif que sur la situation des créanciers.

### A- La position du problème

**721.** Les stipulations convenues dans le concordat préventif ne concernent, on l'a vu, que les mesures et modalités de règlement du passif né avant son adoption. Le débiteur n'est donc lié, sur la base du concordat, qu'à l'égard des créanciers signataires; et lorsqu'il n'exécute pas les obligations auxquelles il s'est engagé, tout créancier peut demander à la juridiction compétente la résolution du concordat. Il s'agit en somme d'un moyen de pression permettant aux créanciers, ayant consenti des sacrifices, de surveiller le respect par le débiteur de ses engagements concordataires. Mais qu'en est-il des créanciers non signataires et des créanciers postérieurs à l'homologation? Il est évident que le non paiement d'une créance non contenue dans le concordat, soit parce que son titulaire avait refusé tout délai et toute remise, soit parce que cette créance est née postérieurement à l'adoption du concordat, ne peut donner lieu à une action en résolution du concordat, puisque le règlement de cette créance est régi, non pas par les stipulations concordataires, mais par les règles de droit commun. Ainsi, si un créancier hors concordat est demeuré impayé à l'échéance prévue par l'acte qui a donné naissance à sa créance, il ne peut que procéder au recouvrement suivant les dispositions de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution<sup>1499</sup>.

---

<sup>1499</sup> J.O. OHADA n° 6 du 1<sup>er</sup> juin 1998, p. 1 et s.

**722.** Il peut ainsi, après un commandement de payer resté infructueux, introduire auprès de la juridiction compétente une requête d'injonction de payer<sup>1500</sup>; en cas de non exécution volontaire, le créancier pourra, quelle que soit la nature de sa créance, procéder à une exécution forcée<sup>1501</sup>. C'était la solution admise par la jurisprudence française, avant la loi de 2005, en faveur des créanciers antérieurs dans le plan de continuation, en considérant que le droit de ces derniers d'obtenir le paiement de leurs dividendes, à l'échéance, leur ouvre, en cas de défaut d'exécution spontanée, le droit d'agir en justice, pour faire condamner le débiteur au paiement<sup>1502</sup>. Aussi, quoique l'on ait pu observer une certaine divergence entre les juridictions d'appel<sup>1503</sup>, les créanciers antérieurs pouvaient-ils, au même titre que les créanciers postérieurs, qu'ils aient été ou non signataires du plan, poursuivre en recouvrement le débiteur, si aux échéances convenues par le plan, celui-ci n'exécutait pas son engagement. Le fait pour la juridiction de prévoir que le paiement serait quérable, dans un délai déterminé, ne saurait autoriser un débiteur à ne pas payer le créancier, au prétexte que celui-ci n'aurait pas effectué sa demande dans le délai mentionné au plan. Ces précisions du jugement arrêtant le plan ne sauraient, en effet, s'analyser en des déchéances<sup>1504</sup>. Il en irait, cependant, différemment, si la juridiction édictait cette obligation pour le créancier, à peine de déchéance ou de forclusion.

**723.** Ainsi, bien que la possibilité d'agir en justice pour obtenir le paiement d'un dividende du plan n'ait pas été explicitement posée par la loi, il a été admis qu'elle découlait naturellement du droit d'obtenir paiement de sa créance<sup>1505</sup>, droit que l'on ne saurait dénier aux créanciers postérieurs. Ce que la jurisprudence avait fini par consacrer, dans son ensemble, en cas de non-paiement des dividendes dans le cadre du plan de continuation<sup>1506</sup>, le créancier ayant même la possibilité d'agir en référé-provision, aucune contestation sérieuse de l'obligation ne

---

<sup>1500</sup> Articles 1<sup>er</sup> à 3, spéc., article 3, AURV.

<sup>1501</sup> Article 28, AURV.

<sup>1502</sup> Com. 27 oct. 1998, Act. proc. coll. 1999, n° 179

<sup>1503</sup> V. en ce sens, Paris, 8 nov. 1991, RJDA 1992, n° 197, *Contra*, Grenoble, 19 nov. 1991, Rev. proc. coll. 1993, 83, n° 11, obs. SOINNE.

<sup>1504</sup> T. com. Cherbourg, 23 avr. 1993, Rev. proc. coll. 1996, 447, n° 27; Quot. Jur. 16 août 1994, p. 6.

<sup>1505</sup> LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 522-51.

<sup>1506</sup> Com. 14 mars 1995, D. 1995, IR, p. 99; Paris, 3<sup>ème</sup> ch. B, 8 nov. 1991, RJDA 2/92; T. com. Nice, 27 juin 1988 et T. com. Paris, 21 mars 1989, D. 1991, somm. p. 11, obs. F. DERRIDA; Rev. proc. coll. 1991-3, p. 312, n° 27, obs. B. SOINNE; v. sur la question dans son ensemble, C. SAINT-ALARY-HOUIN et PH. BLAQUIER-CIRELLI, *Le paiement en procédure collective*, in *L'entreprise face à l'impayé*, p. 188, n° 7 et s., Pub. Cahier de Droit des affaires, Toulouse, Montchrestien, 1994.

pouvant, à cet égard, exister<sup>1507</sup>. La doctrine dans sa majorité s'est rangée à cet avis, notamment après l'adoption de la loi du 26 juillet 2005, en estimant que, faute de texte contraire, le principe classique en matière de voies d'exécution, selon lequel le créancier peut toujours poursuivre le recouvrement de sa créance, devait être conservé<sup>1508</sup>.

**724.** Tous les créanciers conservent donc leurs droits de poursuite, pour les dividendes impayés<sup>1509</sup>, en ce qui concerne les créanciers signataires de l'accord, pour les créances échues mais non payées, en ce qui concerne les créanciers hors concordat. Il devrait en être ainsi en droit OHADA, quoiqu'en droit français la réécriture de la loi issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008 ait habilité le seul commissaire à l'exécution du plan à agir en recouvrement, en cas de défaut de paiement des dividendes par le débiteur<sup>1510</sup>. Une disposition que l'on n'a pas hésité à qualifier de « mauvais coup porté aux créanciers »<sup>1511</sup>, à l'encontre de la finalité d'origine d'améliorer leur paiement. Les créanciers hors concordat pourraient donc agir devant la juridiction normalement compétente, notamment en cas de changement de siège du débiteur. L'exception d'incompétence au profit du tribunal d'ouverture de la procédure ne pourrait donc qu'être rejetée<sup>1512</sup>. En d'autres termes, pour les détenteurs de créances nouvelles, le paiement demeure le prix de la course. Ce qui entraîne le risque d'une multiplication de procédures tendant à l'obtention de titres exécutoires individuels<sup>1513</sup>, mais a tout de même l'avantage de révéler la cessation des paiements, lorsque les poursuites exercées, notamment par les créanciers postérieurs, sont restées infructueuses.

## B- Les conséquences du problème

**725.** Il se peut, en effet, que le débiteur ait laissé impayées des dettes nées après l'arrêté du concordat préventif. Celles-ci peuvent justifier que le débiteur est en cessation des paiements,

<sup>1507</sup> Paris, 21 mars 1989, Gaz. Pal. 27/28 oct. 1989, note J.-P. MARCHI, p. 19; JCP 1989, II, n° 7, obs. M. CABRILLAC; Rev. proc. coll. 1991-3, p. 312, n° 27, obs. B. SOINNE.

<sup>1508</sup> LUCAS (F.-X.) in LUCAS F.-X. et LÉCUYER H (sous la dir.), *La réforme des procédures collectives – La loi de sauvegarde article par article*, LGDJ 2006, p. 223.

<sup>1509</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 925; contra LE CORRE (P.-M.), *La situation générale du débiteur et des créanciers dans l'avant-projet de réforme des entreprises en difficulté*, Gaz. Pal. 10-11 déc. 2003, p. 25, 2<sup>ème</sup> partie, n° 33; v. cependant, du même auteur, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 522-53.

<sup>1510</sup> Art. L. 626-27, I, C. com. Ce texte, ainsi que l'indique le rapport au Président de la République, "conforte le monopole du commissaire à l'exécution du plan pour procéder au recouvrement des dividendes impayés" (Rapport au PR sur l'ord. n° 2008-1345 du 18 déc. 2008, J.O. 19 déc. 2008, Titre I, chap. II-3, sous art. 63).

<sup>1511</sup> LUCAS (F.-X.) in LUCAS F.-X. et LÉCUYER H (sous la dir.), *La réforme des procédures collectives*, op. cit., p. 223.

<sup>1512</sup> Paris, 14<sup>ème</sup> ch. 6 févr. 2002, BICC 2002, n° 1283, p. 36.

<sup>1513</sup> VINCKEL (F), *L'exécution forcée du plan de sauvegarde*, Rev. proc. coll. 2009-3, p. 26, n° 9.

alors même qu'il respecte régulièrement les différentes échéances du concordat. Et puisque le législateur n'envisage pas l'état de cessation des paiements comme une cause de résolution du concordat, le débiteur pourrait ainsi demeurer impunément dans cette situation, dès lors qu'il exécute, de manière ponctuelle, ses engagements concordataires! La cessation des paiements pourrait même durer aussi longtemps qu'il parviendrait à s'arranger avec les nouveaux créanciers.

**726.** D'un autre côté, l'Acte uniforme prévoit que le concordat peut être résolu en cas d'inexécution de ses engagements concordataires par le débiteur. Or, on l'a vu, la résolution peut avoir pour cause la méconnaissance d'engagements financiers, sociaux, stratégiques, économiques ou encore juridiques<sup>1514</sup>, sans qu'il y ait lieu de chercher à savoir si le débiteur est ou non en cessation des paiements. En cas de résolution, il sera "mis fin"<sup>1515</sup> aux opérations, et la procédure de règlement préventif clôturée; les créanciers signataires recouvreront alors leurs droits de poursuites, en raison de la déchéance du terme. Théoriquement, parce que n'étant pas en état de cessation des paiements l'entreprise est considérée comme étant *in bonis*; mais, du fait des poursuites intempestives auxquelles elle sera confrontée, sa situation peut périlcliter assez vite, de sorte que, s'il y avait un espoir qu'elle fût admise en redressement judiciaire lors de la résolution du concordat, il n'y aurait plus que place à la liquidation des biens. L'entreprise serait ainsi passée d'un accident de parcours à un déclin progressif<sup>1516</sup>. Il s'agit là d'une consécration en droit OHADA de la faillite-sanction que l'on a tant décriée en droit français, et qui conduisait le législateur à ne pas exiger que le débiteur soit techniquement en cessation des paiements<sup>1517</sup>.

**727.** Ce que confirment les dispositions de l'article 141-1, AUPC, aux termes duquel en cas de résolution ou d'annulation du concordat préventif, la juridiction compétente doit prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens, si elle constate la cessation des paiements. Ainsi l'ouverture d'une nouvelle procédure n'est que la conséquence de la résolution. Or, du

---

<sup>1514</sup> Rapp. X. de ROUX, n° 2095, p. 313; Com. 15 janv. 1991, Bull. Joly, 1991, 425, note LE CANNU; RJ com. 1991, 385, note MERLE.

<sup>1515</sup> LE CORRE (P.-M.), *Les clôtures*, Rev. proc. coll., avr. 2008, *Dossier 14*, p. 136.

<sup>1516</sup> CHAPUT (Y), *L'échec du règlement amiable et le passage au redressement judiciaire*, op. cit., p. 107.

<sup>1517</sup> CHAPUT (Y), *Le règlement amiable, à propos de la Loi n° 84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984 et du décret n° 85-295 du 1<sup>er</sup> mars 1985*, JCP E 1985, II, 14455, n° 63; ROUSSEL-GALLE (PH.) *Réforme du droit des entreprises en difficulté – De la théorie à la pratique*, 2<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 651; MARTINEAU-BOURGNINAUD, *Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises*, D. 2005, chron. p. 1356, n° 17; BARBIÉRI, *Le choix des techniques de traitement des difficultés des entreprises, Réflexions liminaires*, Rev. proc. coll. 2005, p. 346, n° 14; ROUSSEL-GALLE (PH.), *L'ouverture des procédures*, D. 2009, p. 649, n° 26, qui estime qu'il s'agit de la sanction de l'échec économique du plan lui-même.

fait de l'effet de toboggan<sup>1518</sup> que peut provoquer la résolution, cette procédure ne peut qu'être que la liquidation des biens. Certes, l'article 15-1, AUPC, prévoit qu'à tout moment de la procédure, la juridiction compétente doit prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens, si elle constate la cessation des paiements. Mais, cette possibilité n'est envisageable que dans le cadre des vérifications auxquelles doit procéder le tribunal avant d'homologuer le concordat préventif; ce texte n'est donc applicable qu'avant l'homologation du concordat. Car, s'il pouvait recevoir application pendant l'exécution du concordat, il n'y aurait plus nécessité à prévoir une autre disposition, celle de l'article 141-1, pour régler la constatation de l'état de cessation des paiements. Il faudrait donc distinguer résolution du concordat et ouverture autonome d'une nouvelle procédure, même si la résolution, notamment pour inexécution, est le plus souvent le prélude de l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation.

**728.** En effet, ainsi qu'il a été observé, toute inexécution, quelle que soit sa nature, risque de provoquer une cessation des paiements et donc l'ouverture d'une procédure collective, puisque la résolution de l'accord entraîne la déchéance de tous les délais de paiement prévus par le règlement préventif ou accordés par le tribunal<sup>1519</sup>. Le débiteur se trouve tenu immédiatement d'un passif qu'il n'a vraisemblablement pas les moyens de payer. On peut même prédire avec un auteur<sup>1520</sup>, qu'en cas d'échec du règlement préventif, il ne sera pas possible d'aboutir à un redressement judiciaire, la seule solution ne pouvant être que la liquidation des biens<sup>1521</sup>. Aussi, le pouvoir que la loi accorde au tribunal d'apprécier souverainement l'opportunité de prononcer la résolution ou d'accorder, s'il y a lieu, des délais supplémentaires au débiteur pour régulariser sa situation, mérite-t-il d'être salué. Car, en effet, si la résolution paraît logique lorsque le manquement reproché au débiteur est en lui-même constitutif de l'état de cessation des paiements, elle l'est moins lorsque l'inexécution, bien que grave, ne s'accompagne pas d'une cessation des paiements<sup>1522</sup>.

**729.** Il importe donc de mettre en place un système cohérent, conforme aux conditions d'ouverture des procédures collectives de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, à l'égard d'un débiteur redevenu *in bonis*, grâce au concordat préventif dont il a bénéficié: redressement

---

<sup>1518</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 386-1.

<sup>1519</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op cit., n° 1088.

<sup>1520</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op cit., n° 1088.

<sup>1521</sup> En témoignage de nombreuses décisions convertissant, presque systématiquement le règlement préventif en liquidation des biens. Pour des exemples, v. *supra*, n° 705, note 1459.

<sup>1522</sup> GUYON (Y), *Droit des Affaires*, T. 2, 9<sup>ème</sup> éd., op cit., n° 1088.

judiciaire en raison de la cessation des paiements, ou liquidation des biens, si le redressement est manifestement impossible<sup>1523</sup>. Il est donc indispensable de prévoir deux catégories de résolution du concordat préventif: une facultative, l'autre obligatoire. On conservera la catégorie prévue par l'article 139 principalement basée sur l'inexécution de ses engagements concordataires par le débiteur, dont la mise en œuvre relève de l'appréciation souveraine du tribunal saisi: c'est la résolution facultative, qui pourra ainsi être prononcée pour l'inexécution du concordat, sans caractérisation de l'état de cessation des paiements<sup>1524</sup>. Pour justifier la résolution, l'inexécution devra être suffisamment grave pour compromettre définitivement l'exécution du concordat. Ainsi, le simple retard dans le versement des dividendes n'apparaît pas suffisant<sup>1525</sup>, *a fortiori*, si le débiteur a régularisé les échéances impayées au jour où le tribunal statue<sup>1526</sup>. C'est l'état actuel du droit.

**730.** On ajouterait à cette hypothèse, une seconde possibilité de résolution du concordat préventif: celle de la survenance de l'état de cessation des paiements. La résolution du concordat deviendrait obligatoire, dès lors, qu'il y a caractérisation de l'état de cessation des paiements en cours d'exécution du concordat. Le tribunal devra aussitôt convertir le règlement préventif, soit en redressement judiciaire, ou en liquidation des biens si la situation du débiteur est irrémédiablement compromise<sup>1527</sup>. Il en serait ainsi, si au jour où la juridiction statue, le débiteur est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible; ce qui l'empêche en conséquence de payer les dividendes du concordat<sup>1528</sup>. La cessation des paiements serait encore avérée, comme l'a jugé très récemment la Cour de cassation française, si le débiteur a créé, depuis l'adoption de l'accord, un passif hors concordat d'un montant

---

<sup>1523</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 386-1.

<sup>1524</sup> Com. 16 déc. 2008, Bull. civ. IV, n° 211; D. 2009, AJ 94, note LIENHARD; Gaz. proc. coll. 2009/2, p. 26, note VOINOT; Act. proc. coll. 2009/3, n° 57, note CAGNOLI; Dr. et patri. sept. 2009, n° 184, p. 113, note MONSÉRIÉ-BON.

<sup>1525</sup> Nancy, 2<sup>ème</sup> ch. com. 24 févr. 2010, Rev. proc. coll., mars-avr. 2011, comm. 47, p. 53, note FRAIMOUT.

<sup>1526</sup> Toulouse, 2<sup>ème</sup> ch. 6 juin 1988, Juris-Data n° 046438; Dijon, 14 sept. 1993, Rev. proc. coll. 1995, p. 144, obs. B. SOINNE; Rouen, 10 juin 1999, Rev. proc. coll. 2001, p. 79, obs. B. SOINNE. La Cour de cassation approuve d'ailleurs le pouvoir d'appréciation que se reconnaissent les juges du fond (Com. 8 juin 1999, RTD com. 2000, p. 449, note C. SAINT-ALARY-HOUIN).

<sup>1527</sup> Comp. art. L. 626-27-I, al. 3, C. com.

<sup>1528</sup> Com. 18 mars 2008, Bull. civ. IV, n° 64; D. 2008, AJ 982, note LIENHARD; Gaz. proc. coll. 2008/3, p. 31, note LEBEL; JCP E 2008, chron. 2062, n° 6, obs. PÉTEL; Act. proc. coll. 2008/7, n° 115, note VALLANSAN; Rev. proc. coll. 2008/3, p. 40, n° 114, note SAINTOURENS; Dr. et patri. 2008, n° 172, p. 108, note MONSÉRIÉ-BON; RTD com. 2008, 628, n° 8, obs. MARTIN-SERF.

supérieur à celui de son actif<sup>1529</sup>. Si la caractérisation de l'état de cessation des paiements est nécessaire, elle serait aussi suffisante<sup>1530</sup>.

**731.** Ces deux situations auront des effets différents. Dans le premier cas, il n'y aura pas, *a priori*, ouverture d'une nouvelle procédure collective, puisque l'inexécution peut, en elle-même, ne pas être constitutive d'une cessation des paiements. En revanche, dans la seconde hypothèse, il y aura toujours, à la différence du cas précédent, l'ouverture d'une nouvelle procédure, de redressement judiciaire, ou de liquidation des biens; ce qui est l'effet habituel de la constatation de la cessation des paiements. Cela permettrait d'accorder une « seconde chance »<sup>1531</sup> au débiteur malheureux pour essayer à nouveau, si sa situation le permet, de redresser son entreprise, ne serait-ce au moyen d'une cession qu'il n'aurait pas envisagée à l'occasion de l'adoption du concordat préventif. Par cette souplesse qu'instaurerait le nouveau dispositif, l'efficacité du mécanisme ne pourrait que s'en trouver renforcée.

**732. Synthèse de la section 1.** Les causes de disparition du concordat préventif, en l'occurrence celles de résolution, souffrent donc de certaines carences, rendant indispensable la reformulation des textes en la matière. La résolution, telle que la prévoit le droit OHADA, qui la fonde principalement sur l'inexécution de ses engagements concordataires par le débiteur, ne peut avoir pour effet principal que de précipiter l'entreprise dans la liquidation, sans autre possibilité de redressement; un effet qui est tout à fait contraire aux préoccupations générales du droit des entreprises en difficulté. La réécriture est donc nécessaire, afin d'intégrer l'état de cessation des paiements au nombre des causes de résolution du concordat. Il s'agirait d'une cause de résolution autonome; ce qui serait plus juste et plus cohérent. L'ouverture d'une nouvelle procédure ne serait plus uniquement la conséquence de la résolution du concordat, mais aussi ce qu'elle a toujours été en la matière, l'effet de la constatation de la cessation des paiements.

**733.** L'article 141, AUPC, devrait donc être réécrit, et ses deux premiers alinéas, qui sont en fait consacrés à l'ouverture-sanction des procédures, devraient être remplacés par de nouvelles dispositions aux termes desquelles le tribunal compétent devrait, lorsqu'il est avéré que le

---

<sup>1529</sup> Com. 8 mars 2011, n° 09-72.636: le débiteur est en état de cessation des paiements, dès lors qu'il a créé, depuis l'adoption du plan, un passif hors dividendes du plan, de 250 000€ alors que son actif n'est que de 100 000€ cité par LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 524-20.

<sup>1530</sup> Dijon, ch. civ., sect. B, 16 avr. 2009, Rev. proc. coll. 2010/2, comm. 71, 64, note FRAIMOUT.

<sup>1531</sup> VALLANSAN (J), *Difficultés des entreprises ...*, 4<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 219.



débiteur, au cours de l'exécution du concordat préventif, est en état de cessation des paiements, prononcer la résolution du concordat et ouvrir une procédure de redressement judiciaire ou, si le redressement est manifestement impossible, une procédure de liquidation des biens. Cela permettrait de garantir une meilleure issue au concordat, contrairement aux constats actuels.

## SECTION 2

### LA DISPARITION DU CONCORDAT: UNE ISSUE AUX EFFETS PEU SOUHAITABLES

- 734.** La cessation des paiements, quelle soit consécutive à l'anéantissement du concordat, ou constatée pendant l'exécution de celui-ci, consacre l'échec de la tentative de sauvetage de l'entreprise par le règlement préventif, et ouvre la voie à l'application des règles du droit de la faillite, dont l'Acte uniforme conserve encore le caractère sanctionnateur. En effet, le droit français dont s'est inspiré le législateur OHADA, a toujours été marqué par l'aspect répressif des procédures collectives, hérité de l'Ancien Régime<sup>1532</sup>. Il en est ainsi jusqu'à la loi du 25 janvier 1985 qui, tout en opérant une distinction entre le sort de l'homme, de celui de l'entreprise, n'a pas totalement renié cette tradition<sup>1533</sup>. Le droit OHADA a suivi cette distinction en prévoyant, en cas de cessation des paiements, des sanctions spécifiques applicables au chef d'entreprise, certaines touchant à son patrimoine, d'autres à sa personne.
- 735.** Les sanctions personnelles du dirigeant, à l'instar de la procédure-sanction ouverte à l'encontre de la personne morale, n'emportent aucun intérêt particulier, sinon un effet dissuasif, à l'efficacité de la procédure du concordat. Il s'agit des mesures de la faillite personnelle prévues par les articles 194, s., AUPC, ainsi que des sanctions pénales de banqueroute simple et frauduleuse des articles 226, s., AUPC. L'objectif est double<sup>1534</sup>: dissuader, par la menace, les débiteurs et les dirigeants de commettre les actes incriminés; ensuite, éradiquer du monde des affaires les dirigeants peu fiables, incompetents ou malhonnêtes. On n'est donc plus dans la prévention, en tant que telle, même si l'application de ces mesures peut permettre que dans l'avenir une autre entreprise ne subisse le même sort. En revanche, pour l'entreprise ayant bénéficié du concordat, les sanctions relatives au patrimoine

---

<sup>1532</sup> V. *supra*, introduction, n° 3 et s., et les références citées.

<sup>1533</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1338.

<sup>1534</sup> SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op., cit., n° 369.

du débiteur semblent les seules à même de contribuer à l'efficacité de l'instrument de prévention, en favorisant notamment le désintéressement des créanciers.

L'Acte uniforme en retient deux: l'extension de la procédure collective à l'égard du dirigeant fautif (§.1) et sa condamnation à combler le passif de l'entreprise (§.2).

### §.1 - La possibilité d'une extension de la procédure aux dirigeants

**736.** Le débiteur, personne physique, subit toujours les conséquences de la procédure collective sur ses propres biens, en raison du principe de l'unité du patrimoine. Son actif répond de ses dettes personnelle et professionnelle et sa situation patrimoniale est étroitement liée au sort de l'entreprise<sup>1535</sup>. Il en est de même des associés ou membres tenues indéfiniment et solidairement des dettes de la personne morale<sup>1536</sup>. En revanche, en raison de l'écran de la personnalité morale et de la séparation des patrimoines, les dirigeants de groupements échappent aux conséquences pécuniaires de la procédure, si toutefois, ils ne se sont pas portés cautions.

**737.** Aussi, pour prévenir les abus que cela peut engendrer, l'Acte uniforme, à la suite du droit français d'avant 2005<sup>1537</sup>, retient-il, à l'encontre des dirigeants de personnes morales, une

---

<sup>1535</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1261.

<sup>1536</sup> Art. 31 et 33, par renvoi de l'art. 181, AUPC.

<sup>1537</sup> La loi du 26 juillet 2005 a, à la suite des lois du 13 juillet 1967 et du 25 janvier 1985, parachevé la distinction du sort de l'homme du sort de l'entreprise. Le débiteur ou les dirigeants de la personne morale en difficulté n'encourent de sanctions qu'en cas de faute personnelle. Ces sanctions sont, tantôt patrimoniales, tantôt extrapatrimoniales (C. SAINT-ALARY-HOUIN, *La responsabilité patrimoniale des dirigeants de société en difficulté*, Rev. proc. coll. 2001, p. 145; *Les dirigeants sociaux*, JCP supplément 14 juin 2001, n° spéc.; C. MASCALA, *Les sanctions applicables aux dirigeants*, Les Petites affiches, 6 sept. 2000, p. 50; *L'amélioration de la situation du chef d'entreprise*, Rev. proc. coll. 2005, p. 370; *Sanctions*, RTD com. 2006, n° 1, p. 209 et s.). En effet, le législateur avait, par le décret-loi du 8 août 1935 et la loi du 16 nov. 1940, institué deux actions en justice (art. L. 624-3 et L. 624-5, anc. C. com.) destinées à imposer aux dirigeants de supporter, en tout ou en partie, les dettes sociales sur leurs propres biens. Ces mesures connaissaient deux degrés laissés à l'entière discrétion du tribunal, mais qui supposent qu'une procédure soit ouverte à l'encontre de la personne morale. Le tribunal pouvait condamner les dirigeants à combler l'insuffisance de l'actif de l'entreprise. Il avait aussi la faculté, dans certains cas prévus par la loi, d'ouvrir une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires à titre personnel à l'encontre du dirigeant fautif. La loi de 2005 conserve dans sa philosophie l'action en comblement du passif, mais la baptise désormais l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif (PH. ROUSSEL-GALLE, *Responsabilités et sanctions des débiteurs après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, JCP 2005, p. 1761). Elle supprime, en revanche, la seconde mesure, mais la remplace par une nouvelle mesure: l'obligation aux dettes sociales. Il est désormais impossible d'ouvrir à l'encontre d'un dirigeant une procédure collective à titre personnel, s'il ne remplit pas les conditions de celle-ci et notamment l'obligation d'être en état de cessation des paiements. Toutefois, il a été observé que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif s'analysait aisément en une action en responsabilité civile, alors qu'il était difficile de définir exactement la nature de l'obligation aux dettes sociales, la frontière entre les deux actions n'étant pas clairement tracée (JEANTIN M. et LE CANNU P., *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1245 et

variété de sanctions patrimoniales, dont l'extension de la procédure, qu'on examinera (B), après avoir précisé les dirigeants qui en sont passibles (A).

### **A- Les personnes visées par la sanction de la disparition du concordat**

**738.** Les sanctions civiles patrimoniales ne sont admissibles à l'encontre des dirigeants de personnes morales pour autant qu'une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens ait été préalablement ouverte à l'égard de celles-ci. C'est ce que rappelle les articles 180 et 189, AUPC, aux termes desquels les actions, notamment en responsabilité pourraient être diligentées, en cas de cessation des paiements d'une personne morale, à l'encontre des dirigeants personnes physiques ou morale, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non ainsi que les personnes physiques représentants permanents des personnes morales dirigeantes. Les sanctions patrimoniales visent donc un certain nombre de personnes, sinon des catégories de dirigeants qu'il convient de préciser.

#### **1. Les dirigeants de droit**

**739.** Les premiers visés sont les dirigeants de droit, c'est-à-dire les personnes qui ont été régulièrement désignées en tant qu'organes légaux de la personne morale; ce qui, sans aucun doute, englobent les dirigeants de personnes morales de droit privé, justiciables du règlement préventif, tel que prévu à l'article 2-1, al. 2, AUPC. Il s'agit du président du conseil d'administration, les administrateurs, ainsi que les directeurs d'une société anonyme<sup>1538</sup>, d'un GIE et d'une association; des gérants d'une société en nom, d'une société à responsabilité limitée<sup>1539</sup> ou d'une commandite simple. Il peut s'agir aussi du directeur général adjoint<sup>1540</sup> ou encore de l'administrateur désigné dans les statuts<sup>1541</sup>. Mais la question de l'application des

---

s., spéc. n° 1301 et s.; TH. MONTERAN, *La réforme des responsabilités et des sanctions*, Gaz. proc. coll. 8-10 mars 2008, p. 57). Aussi, l'action en obligation aux dettes sociales a-t-elle finalement été supprimée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 (A. MARTIN-SERF, *Réforme des procédures collectives - Sanctions civiles*, Rev. proc. coll., janv.-févr. 2009, p. 99). Ainsi, ne subsiste, en droit français, que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif pour laquelle le tribunal n'a plus la possibilité de se saisir d'office, afin de respecter le principe de l'impartialité et de l'indépendance de la juridiction, ce droit de saisine étant désormais réservé au ministère public et aux organes de la procédure (art. L. 651-2, s., C. com.).

<sup>1538</sup> Com. 16 févr. 1999, RJDA 4/99, n° 45, p. 355; Com. 7 juill. 1998, Rev. procédures 1999, n° 129, note C. L.; 9 juin 1992, Dr. sociétés 1992, n° 203, obs. Y. CHAPUT.

<sup>1539</sup> Com. 19 janv. 1970, D. 1970, p. 479, note PAULAIN; 12 nov. 1991, D. 1992, IR, p. 39; JCP E 1992, n° 138, obs. CABRILLAC et PÉTEL.

<sup>1540</sup> Com. 3 mars 1981, JCP 1982, II, 19754, note G. N.; RTD com. 1982, 466, obs. MERLE

<sup>1541</sup> Colmar, 1<sup>ère</sup> ch. 25 juin 1985, Juris-Data n° 040908.

sanctions à des personnes morales de droit public est controversée<sup>1542</sup>. En France, la Cour de cassation l'admet dès lors qu'elles ont la qualité de gérant de droit, comme le cas d'une commune, membre de droit d'une association<sup>1543</sup> ou d'un syndicat intercommunal dirigeant d'une société d'économie mixte<sup>1544</sup>. Ces solutions devraient être admises sans difficulté en droit OHADA, puisque l'Acte uniforme prévoit expressément l'application des procédures collectives aux entreprises publiques ayant la forme d'une personne morale de droit privé.

**740.** Peuvent également être poursuivis, les grands actionnaires dans un comité de direction<sup>1545</sup>, de même que le notaire nommé irrégulièrement président du conseil d'administration d'une société anonyme, qui, du fait de cette nomination, avait la qualité de dirigeant de droit, eu égard aux pouvoirs qui lui étaient conférés<sup>1546</sup>. En revanche, les personnes qui n'ont pas de pouvoirs de gestion ne sont pas des dirigeants de droit; il en est ainsi du commissaire aux comptes<sup>1547</sup>. Toutefois, les dirigeants qui ont laissé leurs pouvoirs à des dirigeants de fait sont susceptibles d'être poursuivis en qualité de dirigeants de droit<sup>1548</sup>. L'action n'est alors recevable que si le dirigeant de droit était en fonction au moment où le fait qui lui est imputé a été commis, estime un auteur<sup>1549</sup> selon qui, le dirigeant ne saurait être poursuivi lorsqu'il était démissionnaire au moment où l'entreprise a cessé ses paiements, seule devant être prise en considération, la démission effective, et non sa publication<sup>1550</sup>. Une opinion contraire a, néanmoins, été avancée, selon laquelle un dirigeant qui a quitté ses fonctions au moment où s'ouvre la procédure collective peut aussi être poursuivi sur le fondement de l'art. L. 651-2, C. com.<sup>1551</sup>. Ce dernier avis paraît plus justifié, dans la mesure où on évite ainsi toute fuite éventuelle de dirigeants fautifs, cherchant à éviter d'inéluctables sanctions de leurs méfaits.

---

<sup>1542</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 1256.

<sup>1543</sup> Com. 16 févr. 1993, D. 1993, IR, p. 82.

<sup>1544</sup> Com. 26 oct. 1999, JCP E 2000, p. 34, rapport J.-P. RÉMERY; Act. proc. coll. 25 nov. 1999, n° 246; Crim. 2 juin 1999, Bull. crim., n° 118; RTD com. 2000, p. 981, obs. C. MASCALA.

<sup>1545</sup> HANNELAIS (J), *Les Échos*, 26 nov. 1998; LEGUEVAQUES (CH), *La prévention et le traitement des faillites bancaires*, Thèse, Toulouse, 2000.

<sup>1546</sup> Com. 10 oct. 1995, D. 1995, IR, p. 244.

<sup>1547</sup> Com. 9 mai 1978, Bull. Cons. Nat. Com. Comptes 1978, p. 193, note E. DU PONTAVICE.

<sup>1548</sup> V. SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1256, note 19.

<sup>1549</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1256.

<sup>1550</sup> Com. 18 oct. 1988, JCP E 1989, II, 580; Paris, 3<sup>ème</sup> ch. A, 15 mai 1990, D. 1991, somm. p. 116; 20 nov. 1990, D. 1991, IR, p. 35; Com. 2 févr. 1999, Dr. sociétés 1999, n° 95, obs. Y. CHAPUT.

<sup>1551</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1260, qui, cite CREFF (G), *La responsabilité des dirigeants sociaux retirés*, RTD com. 1978, 479; Com. 6 mai 1981 et 24 nov. 1981, RTD com. 1982, 471, obs. PH. MERLE.

**741.** Le dirigeant de droit peut également être poursuivi, que sa nomination ait été ou non publiée<sup>1552</sup>. Il faut, cependant, que les faits poursuivis soient antérieurs au jugement d'ouverture du redressement judiciaire de la personne morale, ou au jugement de résolution du plan de sauvegarde<sup>1553</sup>, donc du concordat préventif en droit OHADA. Mais le décès du dirigeant fautif ne fait pas obstacle à l'action; sa charge se transmet à ses héritiers, puisqu'il s'agit d'une action patrimoniale<sup>1554</sup>.

## **2. Les dirigeants de fait**

**742.** L'Acte uniforme soumet aux sanctions patrimoniales les dirigeants de fait de la personne morale, reprenant ainsi une solution déjà admise par l'article 99 de la loi française du 13 juillet 1967. La notion est, toutefois, laissée à l'appréciation des juges du fond, ni le texte français, ni l'Acte uniforme ne l'ayant définie. Mais la Cour de cassation surveille la motivation, en exigeant la réunion de tous les éléments de la direction de fait, tels qu'elle les a définis. Ce qui a été salué par la plupart des commentateurs du texte de 1967 repris par la loi du 25 janvier 1985<sup>1555</sup>.

**743.** Sera considérée comme un dirigeant de fait, toute personne qui, sous couvert des représentants légaux de la personne morale, exerce, en fait, la réalité des pouvoirs de direction ou de gestion dans le groupement<sup>1556</sup>. La direction de fait est une immixtion dans la gestion de droit<sup>1557</sup>, et repose sur des actes positifs de gestion effectués en toute indépendance, ce qui traduit une ingérence effective dans le fonctionnement de la personne morale<sup>1558</sup>. Cette formule est constamment rappelée par la Cour de cassation, qui exige que soient relevés "des faits précis de nature à caractériser une immixtion dans la gestion, se traduisant par une activité positive et indépendante"<sup>1559</sup>. C'est ainsi qu'a pu être considéré comme un dirigeant de

---

<sup>1552</sup> Paris, 26 sept. 1989, D. 1991, p. 116, obs. F. DERRIDA.

<sup>1553</sup> Com. 12 oct. 1993, RJDA 2/94, n° 222 (rejet d'une demande en extension pour des faits commis au cours de la période d'observation); Com. 28 févr. 1995, RJDA 5/95, n° 651 (action en comblement du passif).

<sup>1554</sup> Com. 6 févr. 1979, D. 1979, IR, 368, obs. DERRIDA; Rev. sociétés 1980, 126, note SORTAIS; D. 1980, 459, note J. J. BURST; Com. 11 févr. 1980, Rev. sociétés 1980, 811, note J. H. et Com. 19 mai 1982, RTD com. 1984, 354, obs. PH. MERLE.

<sup>1555</sup> RIVES-LANGE (J.-L.), *La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi de 1967*, D. 1975, chron. 41; NOTTÉ, *La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives*, JCP CI, 1980, 8560; TRICOT (D), *Les critères de la gestion de fait*, Dr. et patri., janv. 1996, p. 24.

<sup>1556</sup> JEANTIN M. et LE CANNU P., *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1262.

<sup>1557</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1257.

<sup>1558</sup> MASCALA (C), obs. RTD com. 2001, 241.

<sup>1559</sup> Com. 6 févr. 2001, Bull. civ. IV, n° 33; RJDA 2001/10, p. 871, n° 1010; D. 2002, p. 81, obs. F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS; Com. 26 juin 2001, Dr. sociétés 2001, comm. n° 140, obs. J.-P. LEGROS; Com. 13 févr. 2007,

fait passible de sanctions civiles ou pénales, un associé qui a la signature de la société et qui conclut des contrats<sup>1560</sup>, un entrepreneur individuel déjà mis en liquidation qui poursuit la même activité sous forme sociétaire<sup>1561</sup>, ou un directeur salarié qui agit en toute indépendance en écartant le président de l'association et en prenant des décisions contraires aux recommandations du conseil d'administration<sup>1562</sup>.

**744.** Une simple autorité de fait suffit à faire considérer une personne comme dirigeant de fait, dès lors qu'elle se traduit par des actes positifs de gestion, même s'il n'existe aucun lien de détention de capital<sup>1563</sup>. Sera ainsi condamné, le véritable animateur de l'affaire, alors que le dirigeant de droit n'est qu'un simple prête-nom<sup>1564</sup>. Sera de même poursuivie une banque dont la participation au capital pouvait être considérée légitimement par les tiers, ainsi mis en confiance, comme une très sérieuse garantie de contrôle financier<sup>1565</sup>, une société-mère qui contrôle sa filiale et les responsables de celle-ci<sup>1566</sup>, voire même l'Etat, lorsqu'il apparaît que, par son comportement et les engagements qu'il prend, le gouvernement engage sa responsabilité en tant que dirigeant de fait de la personne morale en difficulté<sup>1567</sup>.

**745.** Toute personne peut donc être poursuivie dès lors qu'elle s'est immiscée dans la gestion de la société et l'a conduite à la cessation des paiements<sup>1568</sup>, mais seulement si elle a agi en toute souveraineté et indépendance<sup>1569</sup>, et si la preuve de cette indépendance est rapportée. La Cour de cassation exige, en effet, que les juges du fond fondent leur appréciation des faits caractéristiques de la direction de fait, sur des éléments propres à démontrer que la personne

---

Rev. Lamy dr. aff. 2007, n° 16, p. 29; 27 févr. 2007, RJDA 6/07, n° 615, p. 591; Com. 27 mars 2007, RJDA 6/07, n° 616, p. 591; Com. 7 mars 2006, Rev. proc. coll., juin 2007, p. 87, obs. A. BARRET et O. BARRET.

<sup>1560</sup> Colmar, 1<sup>ère</sup> ch. 1<sup>er</sup> juin 1983, Juris-Data, n° 41376; Com. 6 juin 2000, RJDA 9/2000, n° 896.

<sup>1561</sup> Com. 28 oct. 2008, n° 07-16.779, Dr. sociétés févr. 2009, p. 39, obs. J.-P. LEGROS.

<sup>1562</sup> Com. 24 juin 2008, n° 07-13.431, Rev. proc. coll., oct. 2008, p. 53, obs. A. MARTIN-SERF.

<sup>1563</sup> JEANTIN M. et LE CANNU P., *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1263.

<sup>1564</sup> Com. 17 oct. 1989, Bull. Joly 1989, 990; Toulouse, 25 janv. 1993, JCP E 1993, Panorama, 1412; Rennes, 11 juill. 1990, Dr. sociétés, oct. 1993, p. 9, obs. CHAPUT.

<sup>1565</sup> Bordeaux, 18 nov. 1981, D. 1982, IR, p. 195, obs. M. VASSEUR; JCP CI 1983, I, 11307, n° 21, obs. M. CABRILLAC et D. VIVANT; CAMPANA (M.-J.), *Condamnation d'une banque en comblement de passif en qualité d'administrateur de fait par personne interposée*, JCP E 2005 et Aff. n° 32, p. 34.

<sup>1566</sup> Paris, 15 janv. 1999, RJDA 4/99, n° 458, p. 353; BRDA 6/99, p. 3, n° 1; Aix-en-Provence, 26 mai 1981, D. 1985, IR, p. 60, obs. F. DERRIDA; Paris, 7 févr. 1997, RJDA 5/97, n° 713; 23 mars 1997, RJDA 10/97, n° 1277.

<sup>1567</sup> T. com. Rouen, D. 1981, IR, p. 337, obs. M. VASSEUR; D. 1982, p. 391, note AMSELEK; RTD com. 1982, p. 468, obs. PH. MERLE; contra T. conf. 23 janv. 1989, D. 1989, 367, note AMSELEK et F. DERRIDA.

<sup>1568</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1257.

<sup>1569</sup> Com. 24 juin 2008, Gaz. proc. coll., 8 nov. 2008, p. 61, obs. TH. MONTERAN.

poursuivie a géré, en fait, la société<sup>1570</sup>. La Cour a ainsi jugé que la qualité de gérant de fait ne pouvait être déduite de la seule fictivité du contrat de travail de l'intéressé<sup>1571</sup>. C'est, en effet, un comportement objectif, constaté dans les faits, qui caractérise la direction de fait<sup>1572</sup>.

### **3. Les dirigeants apparents ou occultes, rémunérés ou non**

**746.** L'Acte uniforme a repris les notions de dirigeants apparents et de dirigeants occultes, issues de la loi française de 1967, alors que la loi du 25 janvier 1985 ne les a pas reconduites. Ce qui se justifie, car ces notions recourent plus ou moins parfaitement celles de dirigeants de droit et de dirigeants de fait<sup>1573</sup>. Les dirigeants apparents sont ceux qui sont reconnus comme tels par les tiers; il s'agit, en général, des dirigeants de droit, mais il peut s'agir aussi des dirigeants de fait, qui agissent au vu et au su de tous. Les dirigeants occultes sont ceux qui se servent d'un prête-nom, en général les dirigeants légalement désignés, les dirigeants de droit, qu'ils utilisent comme une sorte de pantin, un exécutant, pour conduire eux-mêmes la gestion de la société.

**747.** Tous les dirigeants, quels qu'ils soient, sont donc visés, peu importe qu'ils soient rémunérés ou bénévoles<sup>1574</sup>, et si une personne morale est administrateur, c'est le représentant permanent de cette personne morale qui sera poursuivi; à condition, toutefois, que soient réunies les conditions de l'action.

## **B- La mise en œuvre de l'action en extension de la procédure**

L'action en extension de la procédure collective aux dirigeants est soumise à des conditions, dont on traitera, après avoir fait un bref rappel historique.

### **1. L'histoire de l'extension de la procédure aux dirigeants**

---

<sup>1570</sup> Com. 16 mars 1999, Les Petites affiches 1999, n° 70, p. 8: "attendu que le pouvoir souverain du juge du fond s'exerce par une décision dont les motifs propres à caractériser, en fait, la direction de la société sont soumis au contrôle de la Cour de cassation".

<sup>1571</sup> Com. 24 mai 2005, Dr. sociétés, 2005, n° 195, note LEGROS.

<sup>1572</sup> JEANTIN M. et LE CANNU P., *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1265.

<sup>1573</sup> SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op., cit., n° 341.

<sup>1574</sup> Com. 9 oct. 1972, D. 1973, 50; Rev. sociétés 1973, p. 493, note D. G.; 1<sup>er</sup> avr. 1981, JCP G 1981, IV, 221.

**748. L'historique.** Cette mesure fait suite à l'extension de la faillite sociale au maître de l'affaire, prononcée par la jurisprudence<sup>1575</sup> dès le début du 20<sup>ème</sup> siècle<sup>1576</sup>. C'est ainsi que dès avant 1967, l'ancien article 446, C. com., permettait déjà de déclarer la faillite d'une société commune à "toute personne qui, sous le couvert de cette société masquant ses agissements, avait fait dans son intérêt personnel des actes de commerce et disposé en fait des biens sociaux comme des siens propres". Toutefois, du fait des insuffisances du texte, les rédacteurs de la loi du 13 juillet 1967, avaient distingué trois cas différents, couvrant différentes hypothèses d'utilisation abusive de la personnalité morale par les dirigeants. L'article 182 de la loi du 25 janvier 1985, devenu article L. 624-5, anc., C. com., reprend ces cas, les affine et y ajoute d'autres qui concernent des irrégularités entièrement distinctes<sup>1577</sup>.

**749. Les cas d'extension.** L'article 189, AUPC, reproduit trois de ces cas en y ajoutant un quatrième, celui où le dirigeant condamné à combler le passif social ne s'est pas acquitté du montant de la condamnation. Ce texte dispose, en effet, qu'en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens d'une personne morale, peut être déclaré personnellement en redressement judiciaire ou en liquidation des biens, tout dirigeant qui a, sans être en cessation des paiements lui-même, exercé une activité commerciale personnelle, soit par personne interposée, soit sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements. À ce premier cas, s'ajoute un deuxième qui lui est semblable, bien qu'il se rapproche également du délit d'abus de biens sociaux prévu par l'article 891, AUSC<sup>1578</sup>: c'est lorsque le dirigeant a disposé du crédit ou des biens de la personne morale comme des siens propres. Il s'agit ici, ainsi qu'il a été relevé<sup>1579</sup>, de réprimer l'abus de la personnalité morale: le dirigeant qui n'a pas distingué les intérêts de la personne morale des siens propres, doit payer. De plus, ces deux cas se retrouvent parmi les cas de faillite personnelle; ce qui justifie leur gravité aux yeux de la loi. La Cour de cassation a, toutefois, jugé que l'usage de biens sociaux au profit de certains salariés qui sont aussi associés et fils du gérant ne permet pas de prononcer le redressement personnel de ce dernier<sup>1580</sup>.

---

<sup>1575</sup> Cass. Req. 29 juin 1908, D. 1910, 1, 233, note PERCEROU.

<sup>1576</sup> RIPERT et ROBLOT, par DELEBECQUE (PH) et GERMAIN (M), *T. 2*, 17<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 3294.

<sup>1577</sup> RIPERT et ROBLOT, par DELEBECQUE (PH) et GERMAIN (M), *T. 2*, 17<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 3294.

<sup>1578</sup> Toutefois, l'article 189, AUPC, n'exige pas la mauvaise foi, alors que l'article 891, AUSC, punit du délit d'abus de biens sociaux, les dirigeants qui, "de mauvaise foi, font des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils étaient intéressés, directement ou indirectement".

<sup>1579</sup> SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op., cit., n° 350.

<sup>1580</sup> Com. 3 avr. 2001, Dr. des sociétés 2001, n° 144, obs. LEGROS, RJDA 2001, 630.



**750.** Le texte vise, en troisième lieu, le dirigeant qui a poursuivi abusivement, dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale. La notion d'intérêt personnel est largement entendue par la jurisprudence française<sup>1581</sup>. Sera ainsi passible de procédure collective le dirigeant qui profite de la survie artificielle de la personne morale pour continuer à percevoir une rémunération, même non excessive ou celui qui règle par priorité le passif social qu'il garantit par rapport aux autres créances qui restent impayées<sup>1582</sup>, ou retarde la mise en œuvre de garanties qu'il a consenties<sup>1583</sup>.

**751.** À ces trois cas d'extension, l'article 189 ajoute que la juridiction compétente peut également prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens des dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif d'une personne morale et qui n'acquittent pas cette dette. Cette sanction est, certes grave, mais elle est amplement justifiée. Le dirigeant coupable de faute de gestion doit payer, peu importe qu'il soit réellement dans l'incapacité financière: dans l'intérêt des créanciers, il doit répondre de sa gestion désastreuse sur ses biens propres. Il encourt donc l'extension à son égard de la procédure, en l'occurrence la liquidation des biens.

## **2. La nature, le caractère et les conditions d'exercice de l'action**

**752. Nature et caractère de l'action.** L'extension de la procédure collective à l'égard des dirigeants est une sanction facultative, dont l'opportunité relève de l'appréciation souveraine de la juridiction compétente, qui pourra ainsi décider de ne pas prononcer le redressement ou la liquidation d'un dirigeant lorsque celui-ci mérite une indulgence, bien qu'il se trouve dans l'un des cas prévus par la loi<sup>1584</sup>. Cette action est conçue, non comme une action en responsabilité, mais comme une véritable action en déclaration de liquidation des biens<sup>1585</sup>, accessoire à l'action principale ouverte contre la personne morale, et néanmoins distincte de celle-ci<sup>1586</sup>. Il ne s'agit donc pas d'étendre, à l'égard des dirigeants de la personne morale, les

---

<sup>1581</sup> Com. 2 févr. 1982, Gaz. pal. 1982, Panorama, 211, obs. DUPICHOT.

<sup>1582</sup> Com. 27 oct. 1998, RJDA 1999, 355.

<sup>1583</sup> Com. 8 oct. 1996, RJDA 1997, 84.

<sup>1584</sup> RIPERT et ROBLOT, par DELEBECQUE (PH) et GERMAIN (M), *T. 2*, 17<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 3296, citant Com. 11 avr. 1975, Bull. civ. IV, n° 94; Aix, 2 juin 1978, D. 1979, IR, 5, 3<sup>ème</sup> esp., obs. F. DERRIDA.

<sup>1585</sup> Com. 16 janv. 1974, Rev. soc. 1974, 308, note A. HONORAT.

<sup>1586</sup> RIPERT et ROBLOT, par DELEBECQUE (PH) et GERMAIN (M), *T. 2*, 17<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 3296.

effets de la procédure ouverte contre celle-ci, comme pourrait le laisser penser l'expression "extension de la procédure collective aux dirigeants"<sup>1587</sup>.

**753.** Il s'agit de deux procédures distinctes<sup>1588</sup>. La procédure ouverte contre le dirigeant peut d'ailleurs être différente de celle ouverte contre la personne morale; celle-ci peut, par exemple, être admise en redressement judiciaire, alors que ses principaux dirigeants seraient, chacun, admis en liquidation des biens, ou *vice versa*<sup>1589</sup>. La mise en liquidation du dirigeant suppose que son redressement soit manifestement impossible<sup>1590</sup>. De la distinction des deux procédures, l'Acte uniforme, à la suite de l'ancien article L. 624-5-II, C. com., déduit la distinction des deux passifs. Alors que le passif ne comprend que les créanciers sociaux dans la procédure ouverte contre la personne morale, le passif de chaque dirigeant comprend son passif personnel et celui de la personne morale<sup>1591</sup>. Les créanciers admis dans la procédure collective ouverte contre la personne morale sont admis, de plein droit, dans celle ouverte à l'égard du dirigeant; ils n'ont donc pas à faire une nouvelle déclaration de créances. Il en est de même des créanciers privilégiés dans la procédure ouverte à l'encontre de la société, qui gardent le bénéfice de leur privilège dans le redressement judiciaire ou la liquidation des biens du dirigeant<sup>1592</sup>. Ce qui ne peut naturellement être le cas du créancier titulaire d'une sûreté réelle grevant un bien de la société<sup>1593</sup>.

**754. Conditions d'exercice de l'action.** En tant qu'une procédure accessoire à celle ouverte contre la personne morale, l'action exercée contre les dirigeants suppose, en tout premier lieu, que la personne morale est déclarée en état de redressement judiciaire ou de liquidation des biens<sup>1594</sup>. La cessation des paiements n'est pas requise chez le dirigeant poursuivi, dès lors que la personne morale se trouve dans cet état<sup>1595</sup>. Si le dirigeant était lui-même déjà admis en

---

<sup>1587</sup> SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op., cit., n° 346.

<sup>1588</sup> Com. 7 oct. 1975, Rev. soc. 1976, 131, note SORTAIS; Paris, 29 mai 1978, Rev. soc. 1979, 375, note SORTAIS; comp. art. 191 et s., AUPC.

<sup>1589</sup> Paris, 19 déc. 1991, Bull. Joly, 1992, 325.

<sup>1590</sup> Com. 13 oct. 1998, Rev. proc. coll. 1999, 184, obs. BACH; 6 juin 2000, Dr. des sociétés, 2000, n° 138, obs. CHAPUT; 6 févr. 2001, Dr. des sociétés 2001, n° 81, obs. LEGROS; Rev. proc. coll. 2001, 109, obs. BARRET; 15 mai 2001, Dr. des sociétés 2001, n° 162, obs. LEGROS.

<sup>1591</sup> Art. 191, AUPC; v. RIPERT et ROBLOT, par DELEBECQUE (PH) et GERMAIN (M), *T. 2*, 17<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 3301; comp. Paris, 22 nov. 1977, Gaz. pal. 1978, 1, 251.

<sup>1592</sup> Com. 6 févr. 1996, JCP 1996, I, 3960, n° 19, obs. P. P.; Rev. proc. coll. 1997, 240, obs. CANET; RJDA, 1996, 509; 2 mars 1999, D. aff. 1999, 560, obs. A. L.; Act. proc. coll. 1999, n° 85; Bull. Joly, 1999, 856, obs. SÉNÉCHAL; JCP 1999, I, 177, obs. P. P.

<sup>1593</sup> RIPERT et ROBLOT, par DELEBECQUE (PH) et GERMAIN (M), *T. 2*, 17<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 3301.

<sup>1594</sup> Ce que vise expressément l'article 189, AUPC; comp. pour une assignation concomitante, Amiens, 20 juin 1974, *Banque*, 1974, 1089.

<sup>1595</sup> Art. 189, AUPC; v. Com. 16 juin, Bull. Joly, 1987, 727.

procédure collective, sa date de cessation des paiements ne peut être postérieure à celle fixée par la décision prononçant le redressement judiciaire ou la liquidation des biens de la personne morale, précise l'article 192, AUPC. Ce qui veut dire que la date de la cessation des paiements du dirigeant peut soit, être celle qui est retenue par le jugement déclarant le redressement ou la liquidation de la personne morale<sup>1596</sup>, soit être antérieure à celle de la société. La Cour de cassation a jugé que lorsqu'un dirigeant est à la tête de plusieurs sociétés qui font toutes l'objet d'une procédure collective, il peut être condamné à supporter le passif de chaque société, si une procédure est ouverte contre lui en tant que dirigeant dans chacune des sociétés concernées<sup>1597</sup>. La Cour considère dans ce cas que, s'il existe des dates de cessation des paiements différentes pour chaque personne morale, la date de cessation des paiements du dirigeant est nécessairement la plus ancienne<sup>1598</sup>.

**755.** En outre, malgré le mutisme de l'Acte uniforme, il ne paraît pas douteux que l'action puisse être exercée contre un ancien dirigeant qui n'est plus en fonctions lorsque la société est déclarée en état de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, s'il s'est rendu coupable précédemment des actes réprimés par la loi<sup>1599</sup>. Au cas de décès du dirigeant, on pourrait ainsi appliquer les dispositions de l'article 30, AUPC, relatives au commerçant décédé, ainsi que le fait la jurisprudence française<sup>1600</sup>. L'action serait alors recevable dans le délai d'un an à partir du décès. La juridiction compétente pour connaître de l'action est celle qui a décidé l'ouverture de la procédure collective à l'égard de la personne morale. La saisine pourrait se faire, soit d'office, soit sur requête du syndic, qui est l'organe chargé de défendre l'intérêt des créanciers. La décision d'extension de procédure, de même que celle de comblement du passif, sont publiées conformément aux dispositions légales<sup>1601</sup>.

## **§.2 - Une éventuelle action en comblement du passif**

**756.** Cette action avait été créée par la loi française du 16 novembre 1940 sur les sociétés anonymes, à l'encontre du président-directeur général et des autres administrateurs, ainsi que par le décret du 9 août 1953 sur les sociétés à responsabilité limitée, à l'égard des gérants et

<sup>1596</sup> Com. 3 mai 1988, JCP 1988, IV, 238; v. anc. art. L. 624-5-II, C. com.

<sup>1597</sup> Com. 26 mai 1998, D. aff. 1998, 1130.

<sup>1598</sup> Com. 4 févr. 2003, D. 2003, AJ, 555, obs. LIENHARD; D. 2003, Jur. 1496, note MARTINEAU-BOURGNINAUD.

<sup>1599</sup> Com. 22 févr. 1954, Bull. civ. III, n° 66; RTD com. 1954, 707.

<sup>1600</sup> Com. 5 juin 1973, Bull. civ. IV, n° 198; RTD com. 1973, 880, obs. HOUIN: application au cas de poursuite d'un dirigeant décédé, de l'art. 3 de la loi de 1967 concernant le commerçant décédé.

<sup>1601</sup> Art. 36 et 37, par renvoi des articles 188 et 193, AUPC.

associés. L'objectif est qu'en cas d'insuffisance d'actif résultant en tout ou partie de fautes de gestion, les dirigeants auteurs des fautes puissent être obligés à combler cette insuffisance sur leur propre patrimoine. La totalité ou une partie seulement du passif social peut ainsi être mise à leur charge<sup>1602</sup>.

**757.** Elle est prévue à l'article 183 de l'Acte uniforme<sup>1603</sup>, aux termes duquel, lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale 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.

L'exercice de l'action est donc subordonné à la réunion de conditions de fond (A) et de procédure (B) qui méritent d'être examinées.

#### **A- Le comblement du passif en cas d'échec du concordat**

**758.** Ce sont les conditions de mise en œuvre de toute responsabilité civile; c'est-à-dire qu'il faut l'existence d'une faute de gestion, un préjudice dû à la faute, et un lien de causalité entre la faute de gestion et le préjudice.

##### **1. L'exigence d'une faute de gestion**

**759.** L'article 180, AUPC, exige expressément la faute de gestion, mais ne la définit pas. Elle n'est pas non plus définie en droit français, ni par les textes anciens, ni par la loi nouvelle<sup>1604</sup>. Il s'agit, selon la doctrine, de toute faute commise dans l'administration de l'entreprise<sup>1605</sup>. En

---

<sup>1602</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 1262.

<sup>1603</sup> La loi française de 2005 modifie le domaine de l'action en comblement d'actif. Sous l'empire des textes antérieurs, repris par le droit OHADA, la recevabilité de cette action était conditionnée par l'ouverture d'une procédure collective (redressement ou liquidation judiciaire). Désormais, l'action est limitée à la liquidation judiciaire. Aucun dirigeant de personne morale ne peut donc plus être poursuivi sur ce fondement pendant la procédure de sauvegarde ou celle de redressement judiciaire (art. L. 651-2, C. com.)

<sup>1604</sup> Lors de la discussion de la loi de 1985, le Sénat avait proposé de ne retenir qu'une faute grave de gestion (JO Sénat, 8 juin 1984, p. 1443), mais l'amendement avait été rejeté. Pour le garde des Sceaux d'alors, M. Badinter, il s'agissait d'une faute par rapport "à des normes de gestion" (JO Sénat, 8 juin 1984, p. 1443).

<sup>1605</sup> BOURRIÉ-QUENILLET (M), *La faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif: pratique judiciaire*, JCP E, 1998, I, 112; OBADIA (E) et SEXER (Y), *La responsabilité des dirigeants sociaux et l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985*, Bull. Joly, 1994, 617.

pratique, les tribunaux l'apprécient par référence à l'attitude d'un dirigeant normalement avisé<sup>1606</sup>, de sorte que toute faute de gestion, quelle que soit sa gravité, qu'elle consiste en un acte positif ou en une abstention<sup>1607</sup>, est prise en considération<sup>1608</sup>. Il pourra s'agir d'une erreur de gestion ou d'une imprudence ou encore d'une violation des règles légales ou statutaires<sup>1609</sup>.

**760.** La faute peut ainsi être constitutive d'un abus de biens sociaux<sup>1610</sup>, ou relever du non respect des règles de gestion élémentaires, des irrégularités comptables, des dépenses ou rémunérations personnelles excessives<sup>1611</sup>, emprunts hors de proportion par rapport aux moyens dont dispose la société<sup>1612</sup>, contrat mal conçu et produisant un passif insupportable pour une société en difficulté<sup>1613</sup>, mauvais choix de politique générale<sup>1614</sup>, acquisition d'un stock trop important revendu à perte<sup>1615</sup>, poursuite d'une activité déficitaire sans espoir de redressement<sup>1616</sup> ou dans l'intérêt des dirigeants<sup>1617</sup>, ou sans avoir pris des mesures concrètes de restructuration en temps utile<sup>1618</sup>, investissements importants sans prévoir aucun financement à long terme<sup>1619</sup>, création et direction d'une société insuffisamment capitalisée<sup>1620</sup>, défaut de contrôle rigoureux sur la gestion et la tenue de la comptabilité de la société<sup>1621</sup>.

**761.** L'action en comblement du passif est également recevable en cas d'abstention ou de négligence<sup>1622</sup>, tel le défaut de surveillance<sup>1623</sup>, la passivité<sup>1624</sup> ou l'incurie du dirigeant<sup>1625</sup>,

<sup>1606</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 8<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 568.

<sup>1607</sup> La passivité du dirigeant n'est pas une cause exonératoire de responsabilité; "*l'attentisme des dirigeants sociaux peut leur coûter cher*" (F.-X. LUCAS, *Le sort du débiteur*, Les Petites affiches, 14 juin 2007, p. 62); v. aussi Com. 23 juin 1998, RJDA 12/98, n° 1393; Com. 1999, RJDA 4/00, n° 456.

<sup>1608</sup> CALVO (J), *L'action en comblement de passif et la notion de faute de gestion*, Les Petites affiches, mai 1998, n° 63, p. 13; v. également Com. 31 janv. 1995, JCP E, pan., p. 113, n° 361.

<sup>1609</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 1265.

<sup>1610</sup> Com. 29 févr. 2000, D. 2000, 158, obs. LIENHARD; RTD com. 2001, 239, obs. MASCALA.

<sup>1611</sup> Paris, 3<sup>ème</sup> ch. A, 12 nov. 1991, D. 1992, IR, p. 54.

<sup>1612</sup> Paris, 5 déc. 1997, Bull. Joly, 1998, 255, note DAIGRE.

<sup>1613</sup> Com. 7 juin 2005, JCP E, 2005, n° 1751, p. 2058, note DELTTRE.

<sup>1614</sup> Com. 19 mars 1996, Bull. civ. IV, n° 91, Bull. Joly, 1996, p. 256 § 180, note LE CANNU.

<sup>1615</sup> Rouen, 11 sept. 1997, JCP E, 1998, 1574.

<sup>1616</sup> Com. 6 févr. 2001, Bull. Joly Sociétés, 2001, p. 593, § 150, note J.-F. BARBIERI; Versailles, 13<sup>ème</sup> ch., 3 mai 1990, Bull. Joly, 1990, p. 664.

<sup>1617</sup> Com. 20 oct. 1992, n° 1528: financement de déplacements et de réceptions personnels par la société.

<sup>1618</sup> Com. 23 mai 2000, Juris-Data n° 002128; 13 oct. 1998, Quot. Jur. 1998, n° 88, p. 2; RJDA 1/99, n° 81.

<sup>1619</sup> Com. 19 mars 1996, JCP 1996, I, 3960, n° 17, obs. P. P.

<sup>1620</sup> Com. 19 mars 1996, Bull. civ. IV, n° 91; Bull. Joly, 1996, p. 613, § 216, note COURET; Rev. sociétés 1996, 840, note BRUGUIER; Defrénois 1996, 835, obs. LE CANNU; Rev. proc. coll. 1997, 102, obs. MARTIN-SERF; Com. 23 nov. 1999, BRDA 2000, n° 5, p. 4; Rouen 20 oct. 1983, Rev. sociétés, 1984, p. 765, note LEGRAND; D. 1985, p. 764, note DAIGRE; RJ com. 1985, p. 132, note CHERCHOULY-SICARD.

<sup>1621</sup> Com. 18 févr. 1992, RJDA 5/1992, n° 521; Versailles, 28 mai 1998, RJDA 8-9/98, p. 748.

<sup>1622</sup> COURET (A), *Le désintérêt social*, Mél. BÉZARD, éd. Petites affiches-Montchrestien, 2002, 63.

l'excès de confiance dans les autres responsables de la société<sup>1626</sup>, le défaut de libération du capital malgré les difficultés de la société<sup>1627</sup>, ainsi que le fait pour les administrateurs de n'avoir pas cherché à faire réunir le conseil pour délibérer sur les mesures à prendre afin de remédier aux difficultés<sup>1628</sup>.

**762.** L'Acte uniforme, à la suite de la loi française de 1985<sup>1629</sup>, n'a pas retenu de présomption de faute<sup>1630</sup>. C'est au syndic d'apporter la preuve de la faute commise par le dirigeant dans la gestion de l'entreprise. Ce qui devrait pouvoir se faire assez aisément, par la vérification de l'existence des livres de commerce exigés par l'article 13, AUDCG, et l'article 19, AUCE; l'analyse des données retracées dans ces livres peuvent révéler des fautes de gestion. S'ajouteront, sans doute à cela, des griefs tenant à la spécificité de la procédure du règlement préventif. Ainsi, le fait de ne pas avoir demandé l'ouverture de la procédure en temps utile ou d'avoir attendu jusqu'à ce que la situation de l'entreprise soit complètement obérée, peut être constitutif d'une faute de gestion. Mais, le dirigeant pourra toujours échapper à la condamnation s'il prouve que la situation de la société lui a été cachée<sup>1631</sup>. Toutefois, la preuve de causes extérieures (faute ou fait d'un tiers, événement imprévisible, irrésistible et extérieur) ne parvient pas aisément à dégager le dirigeant de sa responsabilité<sup>1632</sup>; le dirigeant doit démontrer qu'au moment où il a pris, ou refusé de prendre telle décision, il s'est décidé

---

<sup>1623</sup> Com. 31 janv. 1995, Bull. Joly, 1995, 341, note COURET; Rev. sociétés 1995, 763; RTD com. 1995, 543, obs. MARTIN-SERF; 3 mars 1998, Bull. Joly, 1998, 645; Paris, 28 oct. 1994, Bull. Joly, 1995, 72, note LE CANNU; Dr. sociétés, 1995, n° 122, obs. CHAPUT.

<sup>1624</sup> Com. 23 juin 1998, Bull. Joly, déc. 1998, p. 1287, § 385 (le dirigeant de droit avait laissé agir un dirigeant de fait); Com. 25 juin 2002, RJDA 2002, n° 1306, p. 1103 (les dirigeants n'avaient pris aucune mesure, malgré l'alerte du commissaire aux comptes).

<sup>1625</sup> Com. 14 mai et 11 juin 1991, RJDA 1991, 733 (incompétence et absentéisme des dirigeants); Com. 28 mai 1991, RJDA 1991, 660; 30 oct. 2000, Bull. Joly 2001, 96, note DAIGRE; 8 janv. 2002, Bull. Joly, 2002, § 130; 27 avr. 1993, Bull. Joly, 1993, 688, note CHAPUT; Paris, 18 nov. 1997, Bull. Joly, 1998, 251.

<sup>1626</sup> Com. 8 oct. 2003, RJDA 2004, p. 173.

<sup>1627</sup> Com. 16 oct. 2001, Dr. sociétés, mai 2002, n° 89.

<sup>1628</sup> Com. 31 janv. 1995, Bull. Joly, 1995, p. 341; 25 mars 1997, D. Aff. 1997, chron. p. 579; Bull. Joly 1997, p. 799; Dr. sociétés 1997, n° 104, obs. CHAPUT; Com. 20 juin 2000, Bull. Joly 2000, p. 906; Com. 30 oct. 2000, Bull. Joly 2001, p. 27, note DAIGRE; Dr. sociétés 2001, n° 80, obs. LEGROS.

<sup>1629</sup> L'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 reposait sur une présomption de faute. Il appartenait au dirigeant poursuivi de démontrer qu'il n'avait pas commis de faute. Le renversement de la charge de la preuve, opéré par l'article 180 de la loi du 25 janv. 1985, devenu art. L. 624-3, C. com., a replacé le mécanisme dans le droit commun de la responsabilité (JEANTIN M. et LE CANNU P., *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1292). C'est ce nouveau régime qu'a suivi la loi du 26 juillet 2005 (art. L. 651-2, C. com.)

<sup>1630</sup> SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op., cit., n° 337.

<sup>1631</sup> Com. 14 mai 2002, RJDA 8-9/02, n° 920, p. 782.

<sup>1632</sup> Com. 6 févr. 2001, Bull. Joly, 2001, p. 593, §150, note J.-F. BARBIERI (Intervention des pouvoirs publics); v. JEANTIN M. et LE CANNU P., *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1294, ayant relevé des exemples où les stratégies judiciaires recherchant l'exonération des dirigeants ne sont pas facilement admises.

d'une manière qui aurait été celle d'un dirigeant normalement prudent et raisonnable placé dans les mêmes conditions<sup>1633</sup>.

## 2. La détermination de l'insuffisance d'actif

**763.** Le préjudice subi par les créanciers résulte d'une insuffisance d'actif. Celle-ci apparaît lorsque l'actif ne permet pas de faire face au passif. Toute la question est donc de savoir s'il s'agit du passif antérieur au jugement d'ouverture, c'est-à-dire le jugement prononçant la suspension des poursuites individuelles, ou au jugement de résolution du concordat, ou bien, s'il s'agit aussi du passif postérieur. Ni l'Acte uniforme, ni les textes du droit français, dont il est inspiré, ne donnent la réponse; mais la tendance de la jurisprudence française, sous l'empire du droit antérieur, consistait à ne prendre en considération que seul le passif trouvant son origine dans des fautes commises antérieurement à l'ouverture de la procédure à l'égard de la personne morale<sup>1634</sup>. La Cour de cassation a, ainsi, décidé à plusieurs reprises, que les dettes nées postérieurement au jugement n'entrent pas dans le passif pouvant entraîner la sanction "du comblement de l'insuffisance d'actif"<sup>1635</sup>.

**764.** En revanche, en matière de règlement préventif, la responsabilité des dirigeants peut résulter de préjudices causés durant la procédure et pendant la phase d'exécution du concordat, antérieurement au jugement de résolution, ou de redressement judiciaire consécutif à l'état de cessation des paiements après résolution. En effet, lorsque le concordat préventif est adopté, l'insuffisance d'actif disparaît, puisque le passif n'est plus exigible. L'homologation du concordat, en empêchant la survenance de l'état de cessation des paiements, produit ainsi un effet de purge sur les fautes commises antérieurement. Ce qui n'est plus le cas, en cas d'échec du concordat; les créanciers recouvrent à cette occasion tous leurs droits. Toutefois, quel que soit le préjudice subi, les créanciers n'ont pas qualité à agir individuellement en comblement d'actif. Seul le tribunal, soit d'office, soit sur assignation du syndic, peut engager les poursuites, le lien de causalité entre la faute des dirigeants et le préjudice subi par les créanciers devant, pour cela, être démontré.

---

<sup>1633</sup> JEANTIN M. et LE CANNU P., *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1294.

<sup>1634</sup> Paris, 5 juill. 1996, D. 1996, IR, 228.

<sup>1635</sup> Com. 28 févr. 1995, RJDA 5/95, n° 651; 28 avr. 1998, RJDA 8-9/98, p. 748.

### 3. La nécessité d'un lien de causalité

**765.** L'exigence d'un lien de causalité est fondamentale, puisque l'Acte uniforme n'a pas suivi la présomption de faute et de causalité instituée par la loi française de 1967. Sous l'empire de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, le dirigeant devait, en effet, renverser une double présomption: une présomption de faute et une présomption de causalité, selon laquelle la faute présumée était réputée à l'origine de l'insuffisance d'actif<sup>1636</sup>. L'article 183, AUPC, suivant en cela la loi du 25 janvier 1985, a supprimé ces présomptions; ce qui oblige le demandeur à l'action à prouver que la faute imputée au dirigeant poursuivi a contribué à l'insuffisance d'actif. La défaillance d'une entreprise étant souvent due à une multitude de causes enchevêtrées<sup>1637</sup>, il suffit que la faute imputable au dirigeant ait été l'un des éléments (et non pas nécessairement le plus important) à l'origine de l'insuffisance d'actif. Aussi, une faute, même légère, pourra-t-elle être retenue alors même qu'elle ne serait pas la seule cause de l'insuffisance d'actif<sup>1638</sup>.

**766.** Toutefois, la loi admet une causalité partielle; ce qui veut dire que même si la ou les fautes du dirigeant poursuivi n'expliquent qu'en partie l'insuffisance d'actif<sup>1639</sup>, ce dirigeant peut, ainsi que le prévoit expressément l'Acte uniforme, être condamné à combler seulement une partie du passif<sup>1640</sup>. Mais il faut pour cela que l'action ait été engagée suivant la procédure prescrite par la loi.

#### B- La procédure du comblement du passif

La procédure de l'action en comblement du passif tient, d'une part, à la saisine de la juridiction compétente, d'autre part à la décision de cette dernière.

---

<sup>1636</sup> JEANTIN M. et LE CANNU P., *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1299.

<sup>1637</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1270.

<sup>1638</sup> DERRIDA (F), GODE (P) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires...*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 578; RIPERT et ROBLOT, par DELEBECQUE (PH) et GERMAIN (M), *Droit commercial, T. 2*, 17<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 3285.

<sup>1639</sup> Com. 17 févr. 1998, D. Aff. 1998, 475; Bull. Joly, 1998, 644, note DAIGRE; 19 mars 1996, Bull. Joly 1996, 526, note LE CANNU; Com. 30 nov. 1993, Bull. Joly 1994, 410, note PÉTEL; v. sur l'ens. de la question, JEANTIN M. et LE CANNU P., *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1299.

<sup>1640</sup> SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op., cit., n° 339.



## 1. La saisine du tribunal

**767.** Aux termes de l'article 183, AUPC, la juridiction compétente est saisie, soit d'office, soit sur requête du syndic. Conformément à la règle classique suivant laquelle le tribunal de la procédure collective ouverte à l'égard de la personne morale est compétent pour connaître du comblement de passif et de l'extension-sanction<sup>1641</sup>, l'article 184, AUPC, prévoit que la juridiction compétente est celle qui a prononcé le redressement judiciaire ou la liquidation des biens. Ce qui, ne devrait, en principe, soulever de grandes difficultés, sachant que l'ouverture du redressement ou de la liquidation n'a lieu qu'en cas de cessation des paiements consécutive à la résolution du concordat préventif. Or, le jugement de résolution du concordat relève de la compétence du tribunal ayant prononcé l'homologation, conformément aux dispositions de l'article 3, AUPC. En clair, la juridiction compétente pour connaître de l'action en comblement du passif ne peut être que celle qui a initialement ouvert la procédure du règlement préventif, même si, pendant l'exécution du concordat, la personne morale débitrice a déplacé son siège social.

**768.** Lorsque l'assignation est faite à la requête du syndic, celui-ci doit veiller à la signifier à chaque dirigeant mis en cause, huit jours au moins avant l'audience; le président du tribunal dispose des mêmes délais, pour convoquer, par acte extrajudiciaire, les dirigeants concernés, au cas où le tribunal se saisit d'office.

## 2. La décision du tribunal

**769.** La juridiction compétente statue dans les moindres délais, après avoir entendu le juge-commissaire en son rapport et les dirigeants en audience non-publique. L'action se prescrit par trois ans, à compter de l'arrêté définitif de l'état des créances, la juridiction compétente disposant de larges pouvoirs d'appréciation. Il peut, conformément à l'alinéa 1 de l'article 183, décider de retenir ou non la responsabilité des dirigeants poursuivis; lorsqu'il décide de condamner, il doit arrêter le montant de la condamnation, mettre celle-ci sur la tête de tous les dirigeants visés, ou certains d'eux seulement, avec ou sans solidarité, ou le cas échéant, décider de la portion de la condamnation devant être supportée par chacun d'eux<sup>1642</sup>. Ce qui

---

<sup>1641</sup> JEANTIN M. et LE CANNU P., *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 1267.

<sup>1642</sup> V. SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op., cit., n° 344.

semble interdire toute transaction entre les dirigeants poursuivis et les auteurs de l'action, ainsi qu'il avait été jugé en droit français, à propos de l'ancien article L. 624-3, C. com.

**770.** La question a, en effet, été posée de savoir si l'auteur de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, notamment le liquidateur, peut transiger avec les dirigeants reconnus coupable de faute de gestion; en d'autres termes, si l'issue de l'instance peut déboucher sur une transaction, notamment en présence du juge. Devant l'hésitation des juridictions du fond, la Cour de cassation a dû intervenir avec vigueur pour affirmer que "les condamnations au paiement des dettes sociales prononcées en application de l'article L. 624-3 du Code de commerce ne peuvent faire l'objet d'une transaction"<sup>1643</sup>. Une solution semblable devrait être admise en droit OHADA, le juge seul devant décider du montant du passif que doivent supporter les auteurs de faute ayant conduit ou contribué à la faillite de l'entreprise; ce qui permettra d'éviter tout détournement de l'action en comblement de son objectif.

**771.** C'est ainsi que, dans le but de permettre au juge de faire respecter sa décision et en assurer l'exécution, l'article 185, AUPC, prévoit que la juridiction compétente qui prononce une condamnation au comblement du passif, peut 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 ordonner leur cession forcée par les soins du syndic, au besoin après expertise, le produit de la vente devant ensuite être affecté au paiement de la part des dettes de la personne morale mise à la charge de ces dirigeants. On peut craindre que l'efficacité de cette mesure soit très limitée, compte tenu de l'ouverture de la procédure collective, qui aura, sans doute, pour effet de diminuer considérablement la valeur des actions ou des parts sociales. Toutefois, la possibilité qu'offre l'article 189 de prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens des dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif d'une personne morale, est de nature à dissiper cette inquiétude. Les dirigeants qui n'acquittent pas les dettes sociales mises à leur charge au titre d'une condamnation en comblement du passif, quelle que soit la cause de leur inexécution, pourront ainsi voir ouvrir à leur encontre une procédure collective.

---

<sup>1643</sup> Com. 5 nov. 2003, Bull. civ. IV, n° 164, D. 2003, AJ 2831; Bull. July 2004, p. 205, note BOILLOT; JCP E 2004, 857, obs. PÉTEL; JCP E, 2004, p. 1154, note DUMONT-LEFRAND; RJ com. 2004, 188, note SORTAIS; RTD com. 2004, 604, obs. MASCALA; Dr. sociétés 2004, n° 213, note LEGROS; Com. 15 mars 2005, Gaz. Pal. 6-7 juill. 2005, p. 52, obs. MONTÉLAN; v. également, DELATTRE, *La transaction en matière de comblement de passif*, RJA 2005, p. 1039; TEBOUL, *Procédures collectives et sanctions pécuniaires: peut-on transiger sur une action comblement de passif?* Gaz. pal. 5 sept. 2004, p. 9; ROBERT (J.-A.), *Comblement de passif: action ou transaction?* Gaz. pal. 24 sept. 2000, p. 10; SOINNE (B), *Une étrange décision*, Rev. proc. coll. 2002, 161; COLIN, *Transaction et action en comblement de passif*, Les Petites affiches, 16 juill. 1999, n° 141, p. 4.

**772. Synthèse de la section 2.** Ces diverses sanctions qui frappent ainsi les dirigeants de personnes morales dans leurs patrimoines, sont manifestement destinées à faire pression sur eux, et à les amener à mieux gérer leurs entreprises, afin d'éviter à celles-ci la cessation des paiements. Mais, peut-on encore parler ici d'efficacité du mécanisme concordataire? Certainement pas en termes de sauvegarde de l'entreprise, l'échec du mécanisme étant déjà consommé. L'efficacité dont il pourrait être question ici réside principalement dans la capacité du dispositif à pouvoir, postérieurement à sa disparition, désintéresser les créanciers qui ne devraient pas trop pâtir de l'échec du concordat, l'apurement du passif étant l'un, sinon l'objectif principal du bénéfice du concordat préventif, ainsi que l'énonce expressément l'article 2-1, AUPC. De ce point de vue, on peut espérer que la possibilité de la condamnation des dirigeants à combler le passif, ou, à défaut, l'ouverture à leur égard d'une procédure collective, telle que la liquidation des biens, ainsi que le démontre les quelques condamnations enregistrées en ce sens<sup>1644</sup>, soit de nature à contribuer au recouvrement, sinon de la totalité, du moins d'une partie substantielle des créances<sup>1645</sup>.

## Synthèse du chapitre 2

**773.** Les conséquences de la disparition du concordat préventif, soit par la résolution ou l'annulation, sont donc sensiblement les mêmes, exceptée la situation des cautions qui change, en fonction de la cause de disparition. Elles sont, en effet, libérées de plein droit, en cas d'annulation pour dol, sauf si elles avaient connaissance du dol lors de leurs engagements<sup>1646</sup>. En revanche, la résolution du concordat ne libère pas les cautions qui sont intervenues pour en garantir l'exécution totale ou partielle<sup>1647</sup>. Ce qui se justifie; la caution qui s'est porté garant de l'exécution du concordat doit payer lorsque l'exécution n'a pas eu lieu. Mais cette garantie ne

---

<sup>1644</sup> V. par exemple, TRHC, Dakar, 8 juill. 2005, IDRISSE NIANG c/ CHEIKH TIDIANE NDIAYE, qui met le dirigeant d'une société en liquidation, personnellement en liquidation des biens, et le condamne à combler le passif pour un montant de 500 millions, pour des fautes consistant, entre autres, à dissiper d'importants loyers revenant à la société, contribuant ainsi à diminuer l'actif de la société. V. aussi, THRC, Dakar, n° 28 du 21 janv. 2003, qui ordonne l'extension de la procédure de liquidation des biens de la SOGERES au dirigeant de ladite société, ABDOUL KHAFIZ FAKIH, pour avoir posé des actes visés par l'art. 189, AUPC, et notamment disposé des biens et du crédit de la personne morale. Sur l'ens. v. les obs. de SAWADOGO (F. M.), *sous art. 180 et 189, AUPC*, in OHADA, *Traité et Actes uniformes commentés*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit.

<sup>1645</sup> L'article 2-1, AUPC, dispose, en effet: "*Le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif*".

<sup>1646</sup> Article 140, AUPC.

<sup>1647</sup> Article 139, AUPC.

couvre pas les vices éventuelles entourant la formation du concordat; ce qui est le cas du dol, à moins qu'au moment où il donne sa garantie, la caution ait été au courant de ce vice.

**774.** Pour le reste, la disparition du concordat met fin à la situation créée par l'accord: les créanciers recouvrent leurs droits de poursuites, le débiteur étant déchu de tout délai de paiement accordé. Sa situation peut donc dégénérer très vite, de sorte que même s'il n'était pas en cessation des paiements au moment de la disparition du concordat, il ne pourra plus y échapper, puisqu'il ne peut pas solliciter un nouveau concordat préventif<sup>1648</sup>. Au mieux, il pourra être admis en redressement judiciaire, au pire, c'est la liquidation des biens. C'est en tout cas ce que prévoit l'article 141-1, aux termes duquel, en cas de résolution ou d'annulation du concordat préventif, la juridiction compétente doit prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens, si elle constate la cessation des paiements. Il est, dans ce cas, procédé, sans retard, à la vérification des nouveaux titres de créances produits, tandis que les créances antérieures sont reportées d'office au nouvel état, sous déduction des sommes déjà perçues<sup>1649</sup>. Ce qui est une mesure de simplification importante<sup>1650</sup>.

**775.** En effet, si, avant la disparition du concordat, le débiteur n'a payé aucun dividende, les remises concordataires sont anéanties et les créanciers antérieurs au concordat recouvrent l'intégralité de leurs droits<sup>1651</sup>. En d'autres termes, la résolution entraîne la mise à néant de l'accord. La créance redevient intégrale, même si des remises avaient été consenties. En revanche, en cas de paiement partiel, et à la différence de ce qu'avait prévu l'article 77 de la loi du 13 juillet 1967, il n'y a pas à tenir compte du pourcentage de la remise pour évaluer l'importance relative des sommes perçues<sup>1652</sup>. La loi prévoit, en effet, que si le débiteur a déjà payé une partie du dividende, les créanciers antérieurs ne peuvent réclamer que ce qui reste dû<sup>1653</sup>. Il n'y a donc pas lieu à restitution; ce qui veut dire que dans le cas où l'intégralité de la somme due à un créancier, déduction faite de la remise, aura été payée avant l'anéantissement du concordat, l'inexécution à l'égard d'un autre créancier ne fait pas recouvrer ses droits au premier. Le débiteur se trouve à son égard définitivement libéré. La disparition du concordat produit donc les effets d'une résiliation et non ceux d'une résolution ou d'une annulation classiques, conformément à la solution admise par la jurisprudence française à propos des

<sup>1648</sup> Article 5, al. 3, AUPC: Il lui faudra attendre 5 ans avant d'introduire une nouvelle demande.

<sup>1649</sup> Article 141-2, al. 4 et 5, AUPC.

<sup>1650</sup> JEANTIN M. et LE CANNU P., *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 976.

<sup>1651</sup> Article 142, al. 1, AUPC.

<sup>1652</sup> CHAPUT (Y), *L'échec du règlement amiable et le passage au redressement judiciaire*, op. cit., p. 114.

<sup>1653</sup> Article 142, al. 2, AUPC.

contrats comportant une obligation de faire, tels les contrats à exécution échelonnée surtout au cas où l'obligation de faire a été exécutée pour un temps<sup>1654</sup>.

**776.** Les titulaires de créances contre la première masse, notamment les créanciers postérieurs, conservent leur droit de préférence<sup>1655</sup> et bénéficient d'une protection efficace. Les actes faits par le débiteur entre l'homologation du concordat et sa résolution ou son annulation ne peuvent, en effet, être déclarés inopposables qu'en cas de fraude aux droits des créanciers et conformément aux dispositions relatives à l'action paulienne<sup>1656</sup>. Ce qui ne sera pas facile à démontrer<sup>1657</sup>.

**777.** En outre, la disparition du concordat comporte une menace grave pour les dirigeants de la personne morale qui n'ont pas réussi à remplir les engagements de l'accord. En effet, en cas d'ouverture de procédure collective subséquente, ce qui sera souvent le cas, ce sera la voie ouverte aux actions en responsabilité des articles 183 et suivants ou pour les fautes punies de faillite personnelle et les délits de banqueroutes. Il n'est pas douteux que l'inexécution du concordat fournit la matière de telles actions<sup>1658</sup>. Ce qui est de nature à sensiblement contribuer à l'efficacité du système, surtout en ce qui concerne les éventuelles sanctions d'ordre patrimonial.

## Synthèse du titre 2

**778.** La volonté d'assurer l'exécution du concordat préventif peut conduire à en modifier certaines dispositions en cours d'exécution, lorsqu'elles s'avèrent irréalisables. La loi ne fait pas de distinction selon la gravité ou l'étendue de la modification: toute modification du concordat, fût-elle substantielle ou non, ne peut être décidée que par le tribunal compétent, à la demande du débiteur et sur rapport du syndic. L'objectif visé par le débiteur qui sollicite la modification, ou le tribunal qui l'accorde, est d'assurer au mieux l'exécution du concordat, en

---

<sup>1654</sup> La Cour de cassation a décidé que : "*dans les contrats à exécution échelonnée, la résolution pour inexécution partielle atteint l'ensemble du contrat ou certaines de ses tranches seulement, suivant que les parties ont voulu faire une convention indivisible ou fractionnée en une série de contrats*" (Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 nov. 1983, Bull. civ. I, n° 252, p. 227; Defrénois 1984, 1014, obs. J.-L. AUBERT; RTD civ. 1985, 166, obs. J. MESTRE; 13 janv. 1987, Bull. civ. I, n° 11, p. 8; JCP 1987, II, 20860, note GOUBEAUX; Paris, 24 janv. 1991, CCC avr. 1991, n° 77, obs. L. LEVENEUR; RTD civ. 1991, 527, obs. J. MESTRE). V. sur l'ens. de la question, TERRÉ (F), SIMLER (PH), LEQUETTE (Y), *Droit civil, Les obligations*, 10<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 655 et s.

<sup>1655</sup> Article 142, al. 3, AUPC.

<sup>1656</sup> Article 143, AUPC; v. *supra*, n° 248, note 511.

<sup>1657</sup> SAWADOGO (F. M.), obs. *sous art. 143, AUPC*, 3<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 992.

<sup>1658</sup> JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 976.

en abrégant notamment la durée. La modification peut encore être destinée à favoriser l'exécution de l'accord, notamment lorsqu'il apparaît que la survenance d'événements nouveaux rend plus difficile l'accomplissement de ses engagements par le débiteur. La modification, dans ce cas, peut avoir pour résultat de prolonger les délais d'exécution du concordat, dans le but d'éviter tout blocage de nature à conduire à l'anéantissement de l'accord.

**779.** En effet, la modification peut n'être qu'un pis-aller, ou n'être même pas possible, en raison de l'apparition de causes de résolution ou d'annulation rendant inéluctable la disparition du concordat. Que ce soit du fait de la résolution ou de l'annulation, la fin du concordat préventif marque l'échec du dispositif destiné à résoudre les difficultés de l'entreprise commerciale et à permettre la poursuite de l'activité. Ce qui peut avoir pour conséquence la poursuite des dirigeants de la personne morale, dont les agissements ont pu contribuer à aggraver la situation de celle-ci. Ils peuvent ainsi voir ouvrir à leur encontre une procédure personnelle de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, ou au mieux, une action en comblement du passif. Autant de mesures qui, malgré l'anéantissement du concordat, sont de nature à contribuer à l'apurement du passif de la personne morale, l'un des objectifs de la procédure.

## **Synthèse de la partie 2**

**780.** L'Acte uniforme n'a défini que les conséquences de l'échec du concordat préventif: sa résolution ou son annulation, suivie le cas échéant de l'ouverture d'une procédure collective, avec éventuellement des sanctions à l'encontre des dirigeants de la personne morale débitrice. On peut, toutefois, admettre que si les engagements prévus dans l'accord sont respectés, la juridiction compétente soit appelée à mettre fin à la procédure. Il est, en effet, nécessaire que l'organe qui a ouvert la procédure en constate également la clôture<sup>1659</sup>; une ordonnance du président du tribunal, rendue sur le rapport de fin de mission du juge-commissaire, peut suffire. Il serait ainsi prévu une sorte de clôture des opérations du concordat préventif<sup>1660</sup>, même si ce n'est pas la même chose qu'un jugement de clôture: la différence tient, en effet, au fait que le tribunal ne prononcera pas ici nécessairement la clôture, mais pourra se contenter

---

<sup>1659</sup> Comp. art. L. 626-28, C. com.

<sup>1660</sup> LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 525-11.

de constater l'exécution du concordat préventif<sup>1661</sup>. La situation du débiteur serait ainsi clairement fixée, notamment, vis-à-vis de ses partenaires.

**781.** Car, en effet, l'exécution complète du concordat rétablit le débiteur dans tous ses droits et produit de nombreuses conséquences, notamment à l'égard des créanciers<sup>1662</sup>. Ainsi, conformément à la solution posée en droit français sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, et transposée dans le nouveau régime<sup>1663</sup>, selon laquelle le jugement de clôture de la procédure collective pour extinction du passif n'a pas autorité de chose jugée quant à l'extinction des créances<sup>1664</sup>, ce sera au créancier qui n'aurait pas été payé d'en rapporter la preuve. Cette formalité est donc de première importance pour l'entreprise, en ce qu'il lui permet, selon l'expression d'un auteur, de retrouver sa « virginité administrative et judiciaire »<sup>1665</sup>, notamment du fait de la mention rectificative au RCCM, dont elle devrait faire l'objet.

**782.** Cette constatation sera d'autant plus nécessaire lorsque, exceptionnellement, le débiteur sera en mesure de payer par anticipation la totalité des dettes inscrites dans l'accord: la procédure de règlement préventif n'a plus, dans ce cas, de raison d'être maintenue, sauf à entraîner des frais inutiles<sup>1666</sup>. L'exécution anticipée, dans cette hypothèse, devrait s'opérer par le canal de la modification du concordat préventif en vue, notamment, d'en abréger le délai d'exécution. Le législateur prévoit, en effet, la possibilité d'une modification du concordat, l'objectif étant d'éviter, autant que possible, l'anéantissement éventuel de l'accord, dont les conséquences peuvent être extrêmement graves, tant pour l'entreprise commerciale, que pour les dirigeants de la personne morale. Ceux-ci pourraient être contraints, en cas d'échec du concordat, d'en subir les conséquences sur leurs propres biens, ce qui devrait permettre de désintéresser les créanciers, dont le sacrifice ne devrait pas être vain.

---

<sup>1661</sup> VALLANSAN (J), CAGNOLI (P), FIN-LANGER (L) et RÉGNAUT-MOUTIER (C), *Difficultés des entreprises – Commentaire article par article du livre VI du Code de commerce*, Litec, 5<sup>ème</sup> éd., 2009, n° 319.

<sup>1662</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd. op. cit., n° 932-1.

<sup>1663</sup> LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 525-11.

<sup>1664</sup> Com. 16 nov. 2010, n° 09-69.495, D. 2010, 2831, note LIENHARD; Gaz. pal., éd. spéc. Droit des entreprises en difficulté, 7 et 8 janv. 2011, p. 30, note VOINOT; Act. proc. coll. 2010/20, comm. 289, note FIN-LANGER; JCP E 2011, 1105, note BARBIÉRI; JCP E 2011, chron. 1263, n° 6, obs. crit. PÉTEL; Rev. proc. coll., mars/avr. 2011, comm. 45, p. 52, note FRAIMOUT; Les Petites affiches 29 avr. 2011, n° 85, p. 9, note REILLE; Nîmes, 1<sup>ère</sup> ch. civ., sect. B., 5 mai 2009, Rev. proc. coll. 2010/04, comm. 170, note FRAIMOUT.

<sup>1665</sup> PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté...*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 374.

<sup>1666</sup> JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 792.

## CONCLUSION

**783. Un effort de législation.** Il n'existe, estime un auteur, que peu d'expériences d'harmonisation juridiques équivalentes à celle qui se déroule en droit des affaires sur le continent africain<sup>1667</sup>. En l'espace de quelques années, dix-sept Etats ont adhéré au droit OHADA, qui couvre différents domaines du droit des affaires, allant du droit commercial général, au droit comptable, en passant par le droit des sociétés commerciales ou celui des sociétés coopératives, récemment adopté, ou encore le droit des entreprises en difficulté, dont l'originalité doit être soulignée.

**784.** En effet, dans le souci d'uniformiser et moderniser le droit des procédures collectives dans de nombreux Etats, afin de l'adapter aux réalités contemporaines tant en raison des conséquences économiques que sociales induites par la défaillance d'une entreprise<sup>1668</sup>, les Etats parties au traité de l'OHADA<sup>1669</sup> ont adopté le 10 avril 1998, un Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1999. Trois procédures sont mises en place par le nouveau texte : le règlement préventif, le redressement judiciaire et la liquidation des biens. Quoique l'esprit de la nouvelle législation, expressément affirmé par l'article premier de l'Acte uniforme, reste l'apurement collectif du passif et la sanction du débiteur ou des dirigeants de l'entreprise, le droit OHADA des entreprises en difficulté se veut résolument moderne<sup>1670</sup>.

**785.** C'est ainsi que le règlement préventif, selon les termes de l'article 2-1, al.1, AUPC, est destiné à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice. L'originalité du droit OHADA des procédures collectives réside donc essentiellement dans l'institution d'une procédure de prévention – le règlement préventif – axée sur un accord entre le débiteur et ses principaux

---

<sup>1667</sup> MARTOR (B), *L'harmonisation du droit en Afrique: une expérience unique, une consécration pour l'OHADA et les autres organisations régionales*, op. cit., p. 19.

<sup>1668</sup> ISSA-SAYEGH (J), *Présentation du projet d'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, du droit des sûretés et des procédures collectives d'apurement du passif*, Rev. Penant, n° spéc. 827, OHADA, mai-août 1998, p. 204, spéc. p. 217 ; Pour le Togo, V. K. ASSOGBAVI, *Les procédures collectives d'apurement du passif dans l'espace OHADA*, Rev. Penant, n° 832, janv., avril 2000, p. 55 ; pour d'autres exemples de législations en droit des faillites dans les Etats parties à l'OHADA, v. F. M. SAWADOGO, *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, spéc. Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif*, 3<sup>ème</sup> éd. Juriscope, 2008, p. 867 et s.

<sup>1669</sup> V. *supra*, "Introduction", n° 1 et notes.

<sup>1670</sup> ROUSSEL-GALLE (Ph), *OHADA et difficultés des entreprises, Etude critique*, op. cit., n° 2, p. 9.



créanciers – le concordat préventif, dont l'objectif est précisément d'éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et permettre l'apurement de son passif<sup>1671</sup>.

**786. Un instrument original, mais à parfaire.** Le concordat préventif, de par sa nature mixte, mi-conventionnelle, mi-judiciaire<sup>1672</sup>, est, en effet, un instrument original de prévention des difficultés des entreprises, le législateur ayant, tout en s'inspirant des droits existants, notamment français, su créer un dispositif dont l'avancée, à l'époque de sa création, mérite d'être saluée. Toutefois, l'on ne peut réellement mesurer l'efficacité d'une norme que par rapport à sa capacité à apporter solution aux problèmes visés par le législateur. Aussi, à la question de savoir si le concordat préventif permet effectivement d'éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité des entreprises qui en bénéficient, la réponse doit être honnête: il n'existe pas à ce jour, du moins, à notre connaissance, de cas où le débiteur a pu, au moyen du concordat préventif dont il a bénéficié, redresser son entreprise, ou apurer tout son passif. Dans la quasi-totalité des cas, le règlement préventif ouvert a dû être converti directement en liquidation des biens<sup>1673</sup>, sans même la possibilité de passer par une procédure de redressement judiciaire.

**787. Conditions d'admissibilité inadaptées.** L'inefficacité du concordat préventif s'explique par un certain nombre de raisons, dont l'une, sinon la principale, est la tardiveté de l'ouverture de son élaboration, due notamment à la condition posée pour l'intervention du juge, mais aussi au caractère imprécis du critère d'admissibilité à la procédure du règlement préventif. En effet, l'un des mérites du concordat préventif du droit OHADA, est d'avoir été conçu comme un instrument judiciaire de résolution anticipée des difficultés de l'entreprise, en amont de toute cessation des paiements; ce qui en fait un mécanisme original, notamment, par rapport au droit français, où un outil similaire n'a été institué qu'à la faveur de la réforme du 26 juillet 2005, avec la création de la procédure de sauvegarde des entreprises. Celle-ci a, ainsi, été saluée comme étant l'« *apport majeur de la réforme* », qui « redonne confiance aux chefs d'entreprise, en leur garantissant que lorsqu'ils y recourront, sans y être obligés, ils resteront maîtres de leur activité tout en étant assistés par des professionnels compétents, experts des

---

<sup>1671</sup> Article 2-1, AUPC.

<sup>1672</sup> V. *supra*, n° 409 et s.

<sup>1673</sup> V. *supra*, n° 178 et s., et les références citées.

situations de crise »<sup>1674</sup>; ou encore comme la « procédure emblématique de la démarche nouvelle au point d'avoir laissé son nom à la loi »<sup>1675</sup>. Il s'agit, en effet, d'une véritable « procédure collective ouverte à l'initiative du seul débiteur avant qu'il ait cessé ses paiements », « un redressement judiciaire édulcoré, expurgé de tout ce que le droit de la faillite peut traditionnellement avoir d'inquiétant », tel que le dessaisissement et le risque d'éviction en particulier<sup>1676</sup>.

**788.** La procédure du règlement préventif instituée par le droit OHADA est également marquée par une forte présence judiciaire, même si le concordat préventif, qui ne peut recevoir exécution qu'après avoir été validé par le juge de l'homologation, doit, au préalable, être librement débattu entre le débiteur et ses créanciers. C'est, en effet, la décision judiciaire de suspension des poursuites individuelles, destinée à préserver le patrimoine du débiteur, qui sonne l'ouverture de la phase de formation du concordat. Toutefois, cette décision ne peut intervenir qu'après le dépôt par le débiteur, d'une offre de concordat préventif. Mais, le dépôt de cette offre peut n'avoir lieu qu'un mois après la saisine de la juridiction compétente en vue de l'admission au règlement préventif. Cette condition dont la pertinence n'est pas démontrée, peut, de ce fait, rendre plus difficile la situation financière du débiteur, en l'exposant à des poursuites intempestives de la part de ses créanciers informés de la situation, du fait de son action en justice. Pourquoi ne pas ouvrir la procédure dès le dépôt de la requête en règlement préventif, en ordonnant dès ce moment la mesure de suspension des poursuites individuelles, et éviter ainsi que les biens nécessaires à la poursuite de l'activité fassent l'objet de saisies ou autres mesures tendant au recouvrement des créances dont l'entreprise est débitrice?

**789. Critère d'ouverture imprécis.** L'autre raison qui explique l'ouverture tardive de la procédure est le caractère imprécis du critère de soumission à celle-ci. Le législateur, tout en disposant que la procédure du règlement préventif est destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice, exige, en outre, que la situation de cette dernière, quoique difficile, ne doit pas être irrémédiablement compromise. Laquelle de ces deux conditions faut-il choisir? Absence de cessation des paiements, ou situation non-irrémédiablement compromise? L'hésitation est grande, tant au niveau du débiteur, que des juridictions chargées d'apprécier

---

<sup>1674</sup> CLEMENT (P), Garde des Sceaux, Ministre de la justice, in, *Les apports de la loi de sauvegarde des entreprises: anticipation – négociation*, Colloque du 13 septembre 2005, Paris, *La Lettre de l'OCED*, n° spéc., déc. 2005, p. 12.

<sup>1675</sup> LUCAS (F.-X.), in, *Les apports de la loi de sauvegarde des entreprises: anticipation – négociation*, Colloque du 13 septembre 2005, op. cit., p. 17.

<sup>1676</sup> LUCAS (F.-X.), Colloque précité.

l'opportunité de l'ouverture de la procédure. La conséquence s'est souvent révélée irrémédiable. Le débiteur, dans la plupart des cas, ne fait appel au juge que lorsque sa situation est totalement obérée, lorsque les difficultés ont déjà dépassé le stade de la prévention. Quant au juge, il privilégie le second critère, la situation non-irrémédiablement compromise, en soumettant systématiquement au règlement préventif, des débiteurs depuis longtemps en cessation des paiements<sup>1677</sup>.

**790. Évolution du critère en droit comparé.** Or, de nos jours, ainsi que l'écrit un auteur<sup>1678</sup>, les pouvoirs publics de différents pays, tels que France, Etats-Unis, Suisse, Belgique, Italie, Royaume-Uni, Australie, Pays-Bas, Allemagne, etc., mettent en œuvre des méthodes et outils visant à définir les meilleures modalités d'élaboration, de rédaction, d'édiction et d'application des normes, afin d'améliorer, grâce à une démarche méthodique, la qualité matérielle et formelle des textes normatifs. Aussi, les législations prennent-elles en compte, dans les mécanismes de prévention des difficultés des entreprises, les situations où la continuité de l'activité est « *menacée, à bref délai ou à terme* »<sup>1679</sup>, ou les critères comme « *l'incapacité de payer imminente* »<sup>1680</sup>, ou *l'état d'insolvabilité imminente*<sup>1681</sup>. Le législateur français, à partir de l'ordonnance du 18 décembre 2008, est encore allé plus loin: la procédure de sauvegarde est applicable à tout débiteur qui, sans être en cessation des paiements, « *justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter* ». Toutes ces réformes visent à organiser une véritable procédure préventive qui permet aux entreprises, pouvant être assainies, de se placer suffisamment à temps sous la protection de la loi, de manière à obtenir un sursis pour élaborer et mettre en œuvre le redressement de leurs affaires, l'idée étant « que le débiteur ne doit plus être contraint par le constat qu'il a ou non cessé ses paiements. »<sup>1682</sup>.

**791. Nécessité d'une réforme.** L'intervention du législateur est donc souhaitable, afin de réformer ce mécanisme de prévention, dans le but de le rendre plus efficace, en supprimant notamment la référence à la situation non irrémédiablement compromise comme condition d'admission au bénéfice du concordat préventif. La procédure pourrait, ainsi, s'appliquer à tout débiteur

---

<sup>1677</sup> V. *supra*, n° 93 et s.

<sup>1678</sup> GILBERG (K), "Mieux légiférer" au cœur de la révision de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, Dr. et patri., n° 201, mars 2011, Dossier: *Un nouveau droit commercial pour la zone OHADA*, p. 51.

<sup>1679</sup> Article 23, Loi belge du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, V. *supra*, n° 102 et s.

<sup>1680</sup> Code allemand de l'insolvabilité, du 5 octobre 1994, § 18.

<sup>1681</sup> Loi espagnole n° 22 /2003 du 9 juillet 2003 relative à la réforme du Concours, article 2, al. 3.

<sup>1682</sup> LUCAS (F.-X.), in, *Les apports de la loi de sauvegarde des entreprises: anticipation – négociation*, Colloque du 13 septembre 2005, op. cit., p. 16.

confronté à des difficultés, actuelles ou prévisibles, toute sorte de difficulté<sup>1683</sup> – financière<sup>1684</sup>, économique, sociale<sup>1685</sup> ou juridique – pouvant alors justifier l'ouverture de la procédure. Ce qui permettrait d'obtenir des résultats aussi satisfaisants que ceux obtenus aux Etats-Unis, grâce à la procédure dite du *chapitre 11*<sup>1686</sup>, qui continue de sauver de grandes compagnies du dépôt de bilan, parce que favorisant les ouvertures précoces en permettant au chef d'entreprise d'anticiper les difficultés à venir.

**792.** C'est ainsi qu'entre 2002 et 2007<sup>1687</sup> de grandes compagnies aériennes telles que Delta Air Lines, Northwest, US Airways et United Airlines<sup>1688</sup> ont eu recours au dispositif du *chapitre 11* pour lancer de vastes programmes de restructuration, en se mettant à l'abri de leurs créanciers, mais sous le regard de la justice. Continental Airlines a fait la même chose en 2010. Ce qui a entraîné la fusion entre Delta Air Lines et Northwest, et celle de United Airlines avec Continental Airlines<sup>1689</sup>. Le 29 novembre 2011 dernier, la direction d'American Airlines a, de son côté, annoncé que la compagnie se plaçait sous la protection du chapitre 11 de la loi américaine sur les faillites<sup>1690</sup>, démontrant ainsi l'attractivité cette procédure. Toutes ces entreprises, ainsi réorganisées, poursuivent pleinement leurs activités encore aujourd'hui et sont classées parmi les meilleures dans le secteur<sup>1691</sup>. Il convient donc de revoir les dispositions de l'Acte uniforme relatives au règlement préventif, afin de créer un droit non

---

<sup>1683</sup> SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., op. cit., n° 376.

<sup>1684</sup> Com. 26 juin 2007, n° 06-17821, RJDA 1/08, n° 56 : baisse du chiffre d'affaires d'une société et nécessité de lourds investissements pour développer une nouvelle activité ; Com. 26 juin 2007, n° 06-20820, RJDA 1/08, n° 56 : épuisement dans un avenir proche des lignes de crédit et existence d'un passif échu notable.

<sup>1685</sup> TGI Bressuire, 19 déc. 2007, SAS Rambaud Carrières, BRDA 14/08, n° 9 : conflits familiaux incessants, absence de réelle direction, mouvement de grève.

<sup>1686</sup> V. STANKIEWICZ MURPHY (S), *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté*, op. cit. p. 11: Le nombre de réorganisations concluantes est plus important aux Etats-Unis que le nombre de redressements en France. ¼ des faillites aboutissent à une réorganisation aux Etats-Unis, alors que le pourcentage ne serait que de 1,5 % en France.

<sup>1687</sup> <http://www.latribune.fr/entreprises-finance/services/transport-logistique/20111129trib000667518/american-airlines-depose-le-bilan-.html>.

<sup>1688</sup> C'est ce qu'a annoncé le 9 décembre 2002, la direction de United Airlines (<http://lci.tf1.fr/economie/2002-12/faillite-geante-pour-united-airlines-4876071.html>).

<sup>1689</sup> [http://www.lemonde.fr/ameriques/article/2010/05/03/fusion-annoncee-entre-continental-airlines-et-united-airlines\\_1345712\\_3222.html](http://www.lemonde.fr/ameriques/article/2010/05/03/fusion-annoncee-entre-continental-airlines-et-united-airlines_1345712_3222.html): La fusion entre Delta Air Lines et Northwest a eu lieu le 29 octobre 2008, et celle entre United Airlines et Continental Airlines, le 3 mai 2011.

<sup>1690</sup> V. Les Echos n° 21069 du 30 Novembre 2011 • page 17; <http://archives.lesechos.fr/archives/2011/LesEchos/21069-095-ECH.htm>.

<sup>1691</sup> Après sa fusion avec Northwest, Delta Air Lines était devenue la première compagnie au monde ([http://fr.wikipedia.org/wiki/Delta\\_Airlines](http://fr.wikipedia.org/wiki/Delta_Airlines)), avant d'être détrônée par le conglomérat formé par United Airlines et Continental Airlines (<http://www.lefigaro.fr/societes/2010/07/27/04015-20100727ARTFIG00466-1-ue-autorise-le-mariage-entre-united-airlines-et-continental.php>).

seulement harmonisé, mais aussi simple, moderne et adapté<sup>1692</sup>, en vue d'une résolution précoce des difficultés des entreprises.

**793. Une nécessaire formation des magistrats.** Cependant, un droit, même moderne et adapté, nécessite, pour son efficacité, des magistrats compétents, capables de faire une interprétation juste et adéquate des textes. L'Acte uniforme accorde, en effet, au juge un rôle prépondérant dans les procédures collectives d'apurement du passif, notamment le règlement préventif. La procédure est ouverte par le juge, se déroule sous son contrôle et seul le juge peut y mettre fin. L'objectif, est sans doute, d'assurer l'efficacité, mais aussi la moralisation de la procédure. D'où la nécessité d'une bonne connaissance du droit applicable par le juge.

**794.** En effet, même si, ainsi que l'observe un commentateur, il était courant, avant l'adoption de l'Acte uniforme, de constater la non-maîtrise du droit des procédures collectives par le juge en Afrique francophone, on pouvait, « espérer que l'application » du nouveau droit, « qui a été élaboré en tenant compte de l'expérience des Etats africains parties au Traité de l'OHADA, conduirait à de meilleurs résultats, ne serait-ce qu'en raison de l'assurance que l'on a désormais sur le droit applicable, de l'accessibilité relativement aisée, surtout pour le juge, au texte applicable et de l'existence d'une littérature relativement abondante sur la production juridique de l'OHADA ». « Malheureusement », regrette l'auteur, « même si une certaine amélioration de la situation peut être relevée, le problème de la non-maîtrise du droit applicable semble demeurer entier »<sup>1693</sup>.

**795.** Sans multiplier les exemples de cas d'hésitation du juge dans l'application des textes, en matière de règlement préventif, on se contentera de mentionner une décision récente rendue par la Cour d'appel de Bobo-Dioulasso dans une affaire, dont la teneur mérite d'être rapportée<sup>1694</sup>. Par requête datée du 23 janvier 2006, le directeur administratif d'une société, agissant au nom et pour le compte du gérant de celle-ci, saisissait le Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso aux fins d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens, au motif que ladite société a cessé ses paiements depuis le 30 décembre 2005. Après une expertise sur la situation économique et financière, qui concluait à l'impossibilité pour la

---

<sup>1692</sup> Article 1<sup>er</sup>, Traité de Port-Louis, v. OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, 3<sup>ème</sup> éd., p. 23

<sup>1693</sup> SAWADOGO (F. M.), *obs.* sous TGI, Ouagadougou, 25 mai 2004, Ohadata J-05-249.

<sup>1694</sup> CA, Bobo-Dioulasso, Ch. Com., arrêt n° 014/08 du 12 novembre 2008, KABORE JOHN BOUREIMA, SIABY FRANÇOIS, et KABORE AIMÉ c/ HERNY DECKERS et Sté BELCOT Société Générale Burkina, Ohadata J-10-120.

société de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, le tribunal a prononcé la liquidation des biens, après en avoir avisé le Procureur de la République. Les associés ont relevé appel de cette décision et réclamé une contre-expertise; ce que la Cour d'appel a accepté, en désignant un autre expert et en donnant par la même occasion, un délai d'un mois auxdits associés pour déposer une offre de concordat.

**796.** Dans leur requête, les associés reprochent au gérant d'avoir demandé la liquidation des biens, alors qu'aucun bilan de la gestion du dernier exercice ne leur a été présenté et surtout qu'il n'a ni avisé l'assemblée générale des associés de la situation, ni reçu de celle-ci mandat pour agir. Ils ajoutent, en outre, que dans les 15 jours au plus tard, suivant sa déclaration, le gérant aurait dû, conformément à l'article 27, AUPC, déposer une offre de concordat pour permettre de sauver l'entreprise, ce qu'il n'a pas fait. Aux termes du rapport de la contre-expertise déposé le 11 août 2008, il ressortait que la société « est viable, à condition qu'elle renforce sa capacité managériale et définisse une politique financière permettant d'établir son équilibre financier ». Le rapport en conclut que le débiteur « devait bénéficier des mesures de redressement » et propose un certain nombre de dispositions et mesures à mettre en œuvre à cet effet. Au vu de ce rapport, la Cour d'appel infirme, pour violation des articles 27 et 29, AUPC, le jugement rendu par le tribunal, et admet la société en redressement judiciaire, en homologuant du même coup le concordat proposé par les associés.

**797.** Cette affaire illustre, une fois encore, les difficultés auxquelles est confronté la mise en application ou la pratique du droit en général dans l'espace OHADA. Il est assez curieux qu'un tribunal ait pu prononcer la liquidation des biens, donc la disparition d'un groupement, en se fiant uniquement à la requête introduite par son gérant, sans chercher à savoir si les membres du groupement ont donné leur accord. La même observation doit être formulée, avec d'autant plus de regret, en ce qui concerne le Ministère public, garant de l'intérêt général et de l'ordre public, qui n'a procédé à aucune vérification, lorsqu'il a été informé de l'ouverture de la procédure. Le résultat, on l'a vu, est que la Cour d'appel a été obligée de procéder à des "contorsions", afin d'éviter le démantèlement d'une entreprise apparemment viable, en permettant, par exemple, aux associés et non pas à l'organe de gestion ou de direction, de déposer une offre de concordat, dans un délai de 30 jours au lieu de 15 jours, comme le prévoit l'article 27, AUPC.

**798. La nécessité d'un assainissement de l'environnement commercial.** Cette affaire illustre, en outre, un autre fléau qui gangrène la vie des affaires en Afrique, en général: la corruption. Dans l'espèce rapporté, il est, en effet, reproché au gérant de la personne morale débitrice d'avoir initié « des actes de disposition du patrimoine de l'entreprise », sans y être autorisé, et, selon les appelants, « c'est pour échapper aux sanctions que le gérant a demandé la liquidation ». Si malversation il y avait, cela n'a certainement pas échappé au premier expert, dont le rapport serait selon les motifs de l'appel, insuffisant pour établir la cessation des paiements, pour la raison toute simple que l'expertise « n'a pas recherché les raisons pour lesquelles les exercices paraissent déficitaires » et « ne donne pas l'origine de la dette de deux milliards qu'est le contrat de location de matériel et d'équipement » entre le débiteur et une autre société, sans oublier le fait que ce rapport « ne fait pas ressortir le coût de fonctionnement de l'entreprise, le coût de production des matières premières », ni « le bilan de la vente des produits faits à l'étranger ». Quoi qu'il en soit, et quelles que soient les raisons qui ont motivé l'action en justice du gérant, une demande de liquidation aussi précitée, sans l'aval de l'assemblée des associés et sans leur soumettre aucun bilan, aucun résultat justifiant une telle démarche, paraît tout de même assez curieux<sup>1695</sup>. La démarche est d'autant plus douteuse que le gérant n'a même pas essayé de solliciter un redressement judiciaire, ce qui aurait été le cas, si les difficultés étaient réelles, « non-provoquées », afin de sauver ce qui pourrait l'être, ainsi que devrait le faire un gérant consciencieux et soucieux de la bonne marche de son entreprise.

**799. Un développement juridique somme toute porteur d'espoirs.** Devant cette image peu glorieuse, on serait tenté, à l'instar d'un auteur, de relativiser la place du droit dans des sociétés et au sein d'économies encore largement aidées. Toutefois, les développements juridiques observés ces dernières années en Afrique méritent d'être salués, tant ils sont porteurs d'espoirs sur un continent où le droit n'a eu que peu de place en tant qu'instrument de développement ou d'étude<sup>1696</sup>. L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires a d'ailleurs, ces derniers temps, fait appel à l'appui d'experts en légistique<sup>1697</sup> dans le

---

<sup>1695</sup> C'est, en effet, aux associés qu'il revient de décider de la cessation d'activité, conformément aux dispositions des articles 371 et 372, AUSC, qui font obligation au gérant, en cas de pertes constatées dans les états financiers de synthèse, de consulter les associés sur l'opportunité de prononcer ou non la dissolution anticipée de la société.

<sup>1696</sup> MARTOR (B), *L'harmonisation du droit en Afrique: une expérience unique, une consécration pour l'OHADA et les autres organisations régionales*, op. cit., p. 19.

<sup>1697</sup> "Science de la composition des lois; plus spécialement étude systématique des méthodes de rédaction des textes de loi". V. CORNU G. (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, 9<sup>ème</sup> éd., op. cit., p. 599.

travail de révision des Actes uniformes<sup>1698</sup>, tels que l'Acte uniforme portant organisation des sûretés et l'Acte uniforme relatif au droit commercial général.

**800.** Le résultat, quoique déjà salué par des auteurs beaucoup plus autorisés<sup>1699</sup>, mérite ici d'être souligné, notamment en ce qui concerne l'Acte uniforme sur le droit commercial général, dont la grande nouveauté, selon les mots d'un commentateur, est la création d'un nouveau professionnel – l'entrepreneur – dont le statut offre d'utiles possibilités de développement et de reconnaissance des petites entreprises individuelles dans le commerce, l'artisanat, l'agriculture ou les professions civiles<sup>1700</sup>. Ce qui présage de l'éventualité, sinon de la certitude d'une réforme de l'Acte uniforme relatif au droit des procédures collectives d'apurement du passif, afin d'admettre au bénéfice du concordat préventif, non plus seulement les commerçants, personnes physiques ou morales, mais "tout débiteur", relevant de toutes catégories professionnelles, aussi bien commerciales, artisanales, agricoles que libérales, en somme, toute personne, physique ou morale exerçant une activité économique.

**801.** Ce qui, pour reprendre les mots d'un homme d'Etat français, parlant de son pays, serait « un signal fort à l'égard de ces hommes et ces femmes qui créent de l'activité »; ils doivent savoir que l'espace OHADA « est un espace accueillant et ouvert aux créateurs et repreneurs d'entreprises »<sup>1701</sup>.

---

<sup>1698</sup> GILBERG (K), "Mieux légiférer" au cœur de la révision de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, op. cit., p. 52. L'auteur fait observer que si l'appel aux légistes constitue une première dans le cadre du droit OHADA, la légistique n'est toutefois pas inconnue de l'Organisation. Le Traité, sans doute sans le savoir, a placé la légistique au cœur du droit uniforme en énonçant des principes de qualité qui figurent dans nombre de guides de légistique: le Traité appelle à la création d'un droit "harmonisé, simple, moderne et adapté", afin de garantir la sécurité juridique des activités économiques. La clarté, la cohérence et l'adaptation du droit sont en effet autant de principes qui constituent la matrice de cette discipline.

<sup>1699</sup> Des dossiers entiers ont été consacrés à la révision des deux Actes uniformes: v. pour l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, v. Dr. et patri., n° 197, novembre 2010, Dossier: *Bientôt un nouveau droit des sûretés dans l'OHADA*, p. 45 et s.; pour l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, Dr. et patri., n° 201, mars 2011, Dossier: *Un nouveau droit commercial pour la zone OHADA*, p. 40 et s.

<sup>1700</sup> TRICOT (D), *Statut du commerçant et de l'entrepreneur*, Dr. et patri., n° 201, mars 2011, Dossier: *Un nouveau droit commercial pour la zone OHADA*, p. 67.

<sup>1701</sup> CLEMENT (P), Garde des Sceaux, Ministre de la justice, in, *Les apports de la loi de sauvegarde des entreprises: anticipation – négociation*, Colloque du 13 septembre 2005, op. cit., p. 11.



# BIBLIOGRAPHIE

## I- OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS

BONNEAU (TH), *Droit bancaire*, 7<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2007

CABRILLAC (M), MOULY (C), CABRILLAC (S) et PETEL (PH), *Droit des sûretés*, 8<sup>ème</sup> éd., Litec, 2007

CARBONNIER (J), *Droit civil*, T. 2, *Les biens – Les obligations*, PUF, Quadrige, 2004

CATALA (N), *L'entreprise*, D. 1980

CHAPUT (Y), *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, PUF, 1986

CHAPUT (Y), *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, 2<sup>ème</sup> éd., PUF, 1990

CHAPUT (Y), *Droit des entreprises en difficulté et faillite personnelle*, PUF, 1996

COHEN (A), *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, 2<sup>ème</sup> éd. 1948

COQUELET (M.-L.), *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, HyperCours, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2009

CORNU (G) et FOYER (J), *Procédure civile*, 3<sup>ème</sup> éd., PUF, Thémis, 1996

CORNU (G) (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, 9<sup>ème</sup> éd. Quadrige/PUF, 2011

COURET (A), MORVILLIERS (N) et DE SENTENAC (G), *Le traitement amiable des difficultés des entreprises*, Economica, 1995

COZIAN (M), VIANDIER (A) et DEBOISSY (Fl.), *Droit des sociétés*, 20<sup>ème</sup> éd., Litec

COZIAN (M), VIANDIER (A), DEBOISSY (F), *Droit des sociétés*, 24<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2011

DALMASSO (R), *Essai sur le concept de licenciement économique, étude comparée des droits français et italien*, LGDJ, 2009

DE JUGLART (M) et IPPOLITO (B), *Cours de Droit commercial*, T. 3, éd. Montchrestien, 1969

DE LA MORANDIERE (J) et RODIERE (R), *Droit commercial et Droit fiscal des affaires*, T. 2, Précis Dalloz

DELFOSSÉ (A), *Holdings et reprise d'entreprise*, thèse, Paris, 1988

DERRIDA (F), GODÉ (P) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises – cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 1991

Dictionnaire permanent, Difficultés des entreprises, Bulletin 167, 7 janvier 1998

Dictionnaire permanent, Difficultés des entreprises, Éd. Législative 2011

DUPOUY (C), *Le droit des faillites en France avant le Code de commerce*, LGDJ, 1960

FANGAIN (P), *Nouveau régime des règlements judiciaires*, Europrint, 1968

GAUTIER (Y) et PASQUALINI (F.), *Répertoire Civ. Dalloz, V. Action paulienne*

GAVALDA (C) et STOUFFLET (J), *Instruments de paiement et de crédit*, 6<sup>ème</sup> éd., Litec, 2006

GHESTIN (J), JAMIN (CH) et BILLIAU (M), *Les effets du contrat*, 3<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1997

GHESTIN (J), *Le contrat*, 3<sup>ème</sup> éd.

GUINCHARD (S) et DEBARD (TH) (sous la dir.), *Lexique des termes juridiques*, 18<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2011

GUYON (Y), *Droit des Affaires, T. 2, Entreprises en difficultés – Redressement judiciaire – Faillite*, 9<sup>ème</sup> éd., Economica, 2003

HILAIRE (J), *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986

JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 5<sup>ème</sup> éd., Litec, 2006

JACQUEMONT (A), *Droit des entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., Litec, 2011

JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7<sup>ème</sup> éd., Précis Dalloz, 2007

JEANTIN (M) et LE CANNU (P), *Droit commercial: Instrument de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté*, 5<sup>ème</sup> éd., Précis Dalloz, 1999

JEANTIN (M), *Droit commercial: Instrument de paiement et de crédit, Entreprise en difficulté*, 4<sup>ème</sup> éd., Précis Dalloz, 1995

Lamy, *Droit commercial*, éd. 2003

Lamy, *Droit Commercial*, éd. 2010

Lamy, *Droit commercial*, éd. 2012

LE CANNU (P), LUCHEUX (J.-M.), PITRON (M) et SÉNÉCHAL (J.-P.), *Entreprises en difficulté - Prévention, redressement et liquidation judiciaires*, éd. GLN Joly, 1994

LE CANNU (P), *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, Juridictionnaires Joly, 1988

LE CORRE (P.-M.) et LE CORRE-BROLY (E), *Droit du commerce et des affaires – Droit des entreprises en difficulté*, 2<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2006

LE CORRE (P.-M.), *Droit et Pratique des Procédures Collectives*, 4<sup>ème</sup> éd., DA, 2008/2009

LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, 5<sup>ème</sup> éd., DA, 2010/2011

LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, 6<sup>ème</sup> éd., DA, 2012/2013

LIENHARD (A), *Code des procédures collectives commenté*, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2009

LIENHARD (A), *Procédures collectives*, 3<sup>ème</sup> éd., Delmas, 2009

LIENHARD (A), *Procédures collectives*, 4<sup>ème</sup> éd., Delmas, 2011

PAILLUSSEAU (J), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H) et PEYRAMAURE (PH), *La cession d'entreprise*, 2<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 1989

PÉLISSIER (J), AUZERO (G) et DOCKÈS (E), *Droit du travail*, 26<sup>ème</sup> éd., D. 2012

PÉLISSIER (J), SUPIOT (A), JEAMMAUD (A), *Droit du travail*, Dalloz, 2008

PEROCHON (F) et BONHOMME (R), *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, 8<sup>ème</sup> éd. LGDJ, 2009

PÉTEL (PH), *Procédures collectives*, 4<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2005

PETEL (PH), *Procédures collectives, Cours, Droit privé*, 6<sup>ème</sup> éd. Dalloz, 2009

- MENJUCQ (M), *Droit du commerce international*, Litec, 2005
- MENJUCQ (M), *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 2008
- RIPERT (G) et ROBLOT (R) par VOGEL (L), *Du droit commercial au droit économique*, 19<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2010
- RIPERT (G) et ROBLOT (R), par DELEBECQUE (PH) et GERMAIN (M), *Droit commercial, T. 2*, 17<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2004
- RIPERT et ROBLOT, *Traité de Droit commercial*, par DELEBECQUE (P) et GERMAIN (M), T. 2, LGDJ, 1995
- RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, T. 2, LGDJ, 1982
- ROBLOT (R), *Droit commercial*, 10<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 1986
- ROUSSEL-GALLE (PH), *Réforme du droit des entreprises en difficulté – De la théorie à la pratique*, 2<sup>ème</sup> éd. Litec 2007
- SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 4<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2001
- SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 5<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2006
- SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2009
- SANTOS (A) et TOE (J. Y.), *Droit commercial général*, Coll. dr. unif. afric., éd. Bruylant, 2002
- SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, Bruylant, 2002
- SERLOOTEN (P), *Droit fiscal des affaires*, précis Dalloz, 2009
- SIMLER (PH), *Le cautionnement*,
- SOINNE (B), *Traité des procédures collectives*, 2<sup>ème</sup> éd. Litec, 1995
- SZRAMKIEWICZ (R), *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, Domat, 1989
- TERRE (F), SIMLER (PH), LEQUETTE (Y), *Droit civil, Les obligations*, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz 1999

TERRÉ (F), SIMLER (PH), LEQUETTE (Y), *Droit civil, Les obligations*, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2009

TERRÉ (F), SIMLER (PH), LEQUETTE (Y), *Les personnes, La famille, Les incapacités*, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2005.

TIGER (Ph.), *Le droit des affaires en Afrique, OHADA*, PUF, Coll. *Que sais-je ?* 1999.

VALLANSAN (J), CAGNOLI (P), FIN-LANGER (L) et RÉGNAUT-MOUTIER (C), *Difficultés des entreprises – Commentaire article par article du livre VI du Code de commerce*, 5<sup>ème</sup> éd., Litec, 2009

VALLANSAN (J), *Difficultés des entreprises, Commentaire article par article du livre VI du Code de commerce*, 4<sup>ème</sup> éd., Litec, 2006

## II- MONOGRAPHIES, THÈSES

AGBENOTO (K. M.), *Le cautionnement à l'épreuve des procédures collectives*, thèse, cotutelle, Université de Lomé - Université du Maine, 2008

AIZIC (F), *Le concordat préventif dans le droit roumain*, thèse, Paris, 1931

APOSTOLEANU (G. V.), *Théorie de l'homologation en droit privé français*, Paris, Jouve, 1924

AURIEAU, *Les lettres de répit*, thèse, Bordeaux, 1910

BARRET (O.), *L'appauvrissement injuste aux dépens d'autrui en droit privé*, thèse Paris I, 1985

BAUDRON (A.-M.), *La suspension provisoires des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 1967*, LGDJ 1972, préface CH. GAVALDA

BAUGÉ-MAGNAN (P), *Le consommateur et la publicité*, thèse, Paris II, 1983

BRUNET (A), *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, thèse, Nancy, 1973

BUTHURIEUX (A), *Responsabilité du banquier : entreprises en difficulté, crédit fautif, expertise*, Litec, 1999.

CHRETIEN (A.-S.), *Contrat et action en justice*, thèse, Nantes, 2000

- CHVIKA (E), *Droit privé et procédures collectives*, thèse Paris II, 2002
- CIMAMONTI (S), *L'effectivité des droits du créancier chirographaire en droit contemporain*, thèse, Aix-en-Provence, 1990
- DONIO-JOURNO (N), *Le redressement et la liquidation judiciaires des personnes morales civiles*, thèse, Paris II, 2002.
- DUPICHOT (PH), *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, L.G.D.J., 2005
- ENGEL-CREACH (A), *Les contrats judiciairement formés*, thèse, Paris X-Nanterre, 2001
- GRANCHET (G), *La notion de cessation des paiements dans la faillite et le règlement judiciaire*, thèse, Paris 1962
- GROUBER, *De l'action paulienne en droit civil français contemporain*, thèse, Paris, 1913
- GUILMARD, *De la notion de juridiction gracieuse en droit français*, thèse, Caen, 1913
- HAEHL (J.-P.), *Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté*, Litec, 1981
- HELOU SAADE (M.-C.), *Le concordat préventif en droits français, libanais et belge comparés*, thèse Paris I, 1984
- HENRY, *De la nature et de la portée des décisions judiciaires en matière gracieuse*, thèse, Nancy, 1913
- LABBÉ (M), *Le règlement amiable*, thèse, Paris 1, 1987
- LAGARDE-RECOUVREUR (J), *La cession dans le plan de cession*, thèse, Pau, 1992
- LEBAFF (O.-M.), *La protection des créanciers chirographaires. Essai d'une formule synthétique*, thèse, Toulouse, 1987
- LEGUEVAQUES (CH), *La prévention et le traitement des faillites bancaires*, Thèse, Toulouse, 2000
- LEVY (J.-M.), *Contribution à l'étude de la cession de l'entreprise dans le redressement judiciaire*, thèse, Paris I, 1989
- LUPAS (S), *Du concordat préventif de faillite*, thèse, Paris, 1936
- MALÉCOT (J.-F.), *Théorie financière et coûts de faillite*, thèse, Rennes, 1984

- MARCUS (M), *Le concordat préventif de la faillite*, thèse, Paris, 1915
- MARTIN-SERF (A), *Les créanciers munis de sûretés dans les nouvelles procédures collectives de liquidation et de redressement des entreprises*, thèse, Nancy, 1974
- MEKKI (M), *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004
- MELIN (F), *La faillite internationale*, LGDJ, 2004
- MELODO-BRIAND (D), *Nature des entreprises en difficulté et système de droit*, thèse, Rennes, 1992
- MONSERIE (M.-H.), *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, Litec 1994
- MOREAU (P), *L'homologation judiciaire des conventions, Essai d'une théorie générale*, éd. Larcier, 2008
- MOULY (C), *Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse, Montpellier I, 1977
- MULLER (Y.), *Le contrat judiciaire en droit privé*, thèse Paris I, 1995
- NEUVILLE (S), *Le plan en droit privé*, LGDJ, 1998
- OTTENHOF (R), *Le droit pénal et la formation du contrat civil*, thèse Rennes, 1970
- PIERRE-MAURICE (S), *Ordonnance sur requête et matière gracieuse*, Nouvelle Bibliothèque de thèse, D. 2003
- PLANIOL (M), *Caractère et effets des décisions rendues en matière de juridiction gracieuse*, thèse, Paris, 1910
- POTIRON (G), *Les actions de masse dans les procédures collectives d'exécution*, thèse, Nantes, 1983
- RANC (J.-C.), *La compensation pour dettes connexes dans les procédures collectives*, thèse, Paris II, 1996
- RETIF (S), *Professions libérales et procédures collectives, Contribution à l'étude du droit des professions libérales*, thèse, Toulouse, 2004
- RIZZO (F), *Le traitement juridique de l'endettement*, PUAM, 1996

ROLAND, *Chose jugée et tierce opposition*, LGDJ, 1958

RUBELLIN (P), *Régimes matrimoniaux et procédures collectives*, Thèse, Strasbourg, 1998

STAËS (O), *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, thèse, Toulouse, 1995

STANKIEWICZ MURPHY (S), *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté*, thèse, Strasbourg, 2011

STEIN (P), *Le règlement amiable homologué*, thèse, Université de Paris, 1938

TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, LGDJ, 1975

VALLANSAN (J), *La cession d'entreprise*, thèse, Caen, 1986

VIALA (Y), *Le principe de l'égalité des créanciers dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, thèse, Toulouse, 2001

### **III- RAPPORTS, ARTICLES, CHRONIQUES, ACTES DE COLLOQUE, NOTES**

ADJITA (A. S.), *Le droit de rétention comme sûreté en droit uniforme OHADA*, *Penant*, n° 844, juill.-sept. 2003, p. 279 et s.

ADJITA (A.S.), *L'interprétation de la volonté des parties dans la vente commerciale (OHADA)*, *Penant*, n° 841, octobre-décembre 2002, p. 473

ALEXANDRE-CASELLI (C) et OUTIN-ADAM (A), sous la direction de GERMAIN (M), *Zoom sur les droits belge et français de l'insolvabilité : convergences et divergences*, *La Lettre de l'OCED*, n° 9, juill. 2010

ALFANDARI (E.), *Les techniques de reprise d'une entreprise en difficulté*, *Rev. Fr. Compta.* 1981, n° 116

ALFANDARI (E.), obs., *Rev. jurisp. com.* 1986, n° spéc. p. 33

AMIÉL-COSME (L.), *La fonction d'homologation judiciaire*, *Justices*, n° 5, janv.-mar. 1997, p. 135

AMLON (G), *La vérification des créances fiscales dans les procédures collectives*, *Les Petites Affiches* 2001, p. 6

ANSELME-MARTIN (O), *Faire un retour à la clôture du compte courant bancaire en cas de redressement judiciaire du client*, *Rev. dr. banc. et fin.* 1997, n° 60, p. 55



ARRIGHI (J.-P.), *Les nouveaux cas de nullité de la période suspecte*, Gaz. pal. 9-10 sept. 2005, p. 9

ARSEGUEL (A) et LAROQUE, *Les salariés et la nouvelle procédure*, Les Petites affiches, n° 124, 16 oct. 1985

ARSEGUEL (A.) et FADEUILLE, *Protection de l'emploi et droit des entreprises en difficulté: évolution jurisprudentielle récente*, Les Petites affiches 2000, n° 199, p. 9

ARSEGUL (A), *Aspect généraux du contentieux prud'homal relatif aux créances salariales depuis la loi du 25 janvier 1985*, Dr. soc. 1987, 807

AUBERT (F), *La procédure des procédures collectives*, Mél. A. Honorat, éd. Frison-Roche, 2000, p. 7

AUBERT (F), *La responsabilité personnelle des mandataires de justice*, Rapport Cour de cassation, 2003

AUBERT (F), *Les finalités des procédures collectives*, Dialogues avec M. JEANTIN, 1999, p. 367

BAC (A), *De la notion de contrat en cours et de ses grandes conséquences, notamment pour les cautions*, JCP E 2000, I, p. 22

BADINTER (R), *Le procureur et le consul*, RJ com., 1981, 245

BADINTER (R), JO débats AN, séance du 5 avr. 1984, p. 1180

BAILLY (P.), *Les licenciements et les procédures collectives*, Gaz. Pal. 7/8 nov. 2008, p. 3626

BALENSI (I), *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, RTD civ. 1978, p. 43

BARBIÈRI (J.-F.), *Le choix des techniques de traitement des difficultés des entreprises, Réflexions liminaires*, Rev. proc. coll. 2005, p. 346

BARDET-BLANVILLAIN (A), *Les conventions homologuées en droit de la famille: unité ou diversité?* Gaz. Pal., 7 au 9 septembre 2003

BAUCHY (J.-H.), *Balzac juriste, V, La faillite de César Biroteau*, JCP, éd. N. 1997, p. 567

BAYLE (M), *De l'intérêt du règlement amiable*, RTD com. 1988, 1

BEAL (S.), *Obligation de reclassement en matière de licenciement économique*, JCP E, 20 décembre 2001, p. 2052-2055

BEHAR-TOUCHAIS (M), *Les plans de sauvegarde et de continuation*, Rev. proc. coll. 2005, 363

BÉRAUD, *La gérance des fonds de commerce*, Annales des Loyers 1979, n° 3-4, n° 295

BERNARDINI (L), *L'excès de pouvoir dans les procédures collectives*, Colloque de Nice 16/17 mai 2008, *Procédure civile et procédures collectives*, Les Petites affiches 28 nov. 2008, n° 239, p. 26

BERTHELOT (G.), *Les cessations des paiements : une notion déterminante et perfectible*, JCP E, 2008, 1, 2232

BESSE (J), *Réflexions critiques sur la formule "passif exigible et exigé"*, Rev. proc. coll. 2000, p. 39

BIENAYME, *Les repreneurs*, in *La reprise des affaires en difficulté*, Rev. Fr. Compta., 1981, p. 332

BLANC (G), *Le plan de sauvegarde*, Rev. proc. coll. 2006, p. 182

BLONDEL (PH), *Le plan in Faillites*, Dalloz, 1970

BLONDEL (PH), *Le plan in Faillites*, sous la direction de R. RODIERE, Dalloz, 1971

BOLARD (G), *Les fonctions des mandataires de justice*, Rev. proc. coll. 2006, p. 205

BOUBLI (B.), *30 ans après, un nouveau visage du licenciement économique*, Dr. soc., 1<sup>er</sup> mars 2007, p. 293 et s.

BOULAY (J.-C.), *Réflexions sur la notion d'exigibilité de la créance*, RTD com. 1990, 349

BOULLEZ (C), *La caution solidaire et le redressement judiciaire du débiteur principal: incidence des remises prévues au plan de continuation de l'entreprise*, Gaz. pal. 9/11 janv. 1994

BOURRIÉ-QUENILLET (M), *La faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif: pratique judiciaire*, JCP E, 1998, I, 112

BOURRIE-QUENILLET (M) et STEPHANY (E), *La prévention des entreprises en difficultés*, Presses Universitaires de Montpellier II

BOUTEILLER (P), *Incidences de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises sur le contrat de cautionnement*, JCP, 1984, II, 13512

BOYER, *Les effets des jugements à l'égard des tiers*, RTD civ. 1951

BRANDEAU (J), *Déclaration et admission des créances du Trésor au passif des procédures collectives après la loi du 10 juin 1994 : la nécessaire relativité de l'article 50, alinéa 3*, Les Petites affiches 1999, p. 13

BRAUT (PH), *La résiliation du bail dans le cadre du redressement et de la liquidation judiciaires (loi du 25 janvier 1985 modifiée par la loi du 10 juin 1994)*, Gaz. Pal. 1995, p. 1

BREMOND (G) et SCHOLASTIQUE (E), *Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire*, JCP E 2006, 10, 1405

BRIAND-MELEDON (D), *Quelques repères sur les nullités de la période suspecte*, Mél. PAILLUSSEAU, D. 2003, p. 385.

BRISSY (S.), *Motivation de la lettre de licenciement pour motif économique*, JCP S, 16 janvier 2007, p. 28-29

BRUNET (A), *La qualité de représentant des créanciers*, Rev. proc. coll., 1986, n° 3, p. 35

BRUNETTI-PONS (C), *La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives*, RTD com. 2000, p. 783

BRUNOIS, *La sauvegarde des entreprises en difficultés, le rapport SUDREAU*, Economie et Comptabilité, sept. 1976

CABRILLAC (M), *L'article 40 de la loi du 25 janv. 1985 et ses difficultés d'application*, Banque 1986, 115

CABRILLAC (M), *L'article 40 de la loi nouvelle et le nouveau privilège de procédure*, Rev. proc. coll. 1986, 13

CABRILLAC (M), *La re-apparition de la masse*, Mélanges GAVALDA, 2000, p. 69

CABRILLAC (M), *Le banquier doit-il être contraint de réaliser au profit d'une entreprise en redressement judiciaire la totalité d'une ouverture de crédit en compte courant?* JCP E 1986, 15579, p. 262

CABRILLAC (M), *Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers*, Mélanges Breton et Derrida, p. 31.

CAGNOLI (P), préface, thèse LE BARS, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 2002.

CAGNOLI (M), obs. sous Com. 4 janvier 2005, n° 03-11465, B. 2, Act. proc. coll., 2005-4, n° 49

CALENDINI (J.-M.), *Commentaire du décret du 1<sup>er</sup> mars 1985*, Les Petites Affiches, 1985, p. 22

CALENDINI (J.-M.), *L'élaboration des plans de redressement et d'apurement après la période d'observation*, Les Petites affiches, 31 juill. 1985, p. 4

CALENDINI (J.-M.), *La compensation des créances connexes dans le redressement judiciaire*, Banque et droit, mai-juin 1992, p. 76 et s.

CALENDINI (J.-M.), *La loi du 1<sup>er</sup> mars 1984...*, Les Petites Affiches, 1984, n° 62, p. 16

CALENDINI (J.-M.), *Le redressement judiciaire et la continuation d'une ouverture de crédit antérieurement accordée à l'entreprise défaillante*, Les Petites Affiches 1987, n° 33, p. 4

CALENDINI (J.-M.), *Les crédits consentis après l'ouverture du redressement judiciaire*, Banque et droit 1990, 135.

CALENDINI (J.-M.), *Obs. sous Aix-En-Provence, 26 juin 1990*, Rev. Proc. Coll. 1992, p. 289.

CALVO (J), *La notion de cessation des paiements dans les procédures collectives*, Les Petites Affiches, 1999, n° 178, p. 4.

CALVO (J), *L'action en comblement de passif et la notion de faute de gestion*, Les Petites affiches, mai 1998, n° 63, p. 13

CAMPANA (M.-J.), *Condamnation d'une banque en comblement de passif en qualité d'administrateur de fait par personne interposée*, JCP E et A 2005, n° 32, p. 34

CAMPANA (M.-J.), *De la continuation du compte courant en cas de redressement judiciaire du remettant*, Banque 1986, p. 952

CAMPANA (M.-J.), *La situation des créanciers*, in, *Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, T. 1, Sirey, 1986

CASEY (J), *Dans quelles conditions le Trésor peut-il être relevé de forclusion en cas de retard dans l'établissement définitif d'une créance ? obs. sous Cass. Com. 18 janv. 2000*, JCP E et A 2000, p. 1330

CAVIGLIOLI (CHR.), *La construction d'une solution durable de redressement : le rôle de l'administrateur judiciaire*, Colloque Toulouse 2005, *Rev. Lamy dr. aff. supp.* mars 2005, n° 80, p. 28.

CAZENAVE (F), *Les repreneurs d'entreprise*, Le Monde du Dimanche, 8 mars 1981

CERATI-GAUTHIER (A), *La société en procédure collective et son associé: entre indépendance et influence*, PUAM, 2002

CHAIX (M), ROGÉ (D) et COQUET (K), *La réforme du cadre d'intervention du Trésor public en matière de prévention et de traitement des difficultés des entreprises*, La Revue du Trésor, n° 2, févr. 2006, p. 111

CHAMPAUD (CL), *La place des intérêts publics dans les procédures collectives*, in La refonte du droit de la faillite, Colloque Lille 1978, p. 109

CHAMPAUD (CL), *Les responsabilités des organismes publics et parapublics*, RJ com. sept.-oct. 1976, p. 368; *Rev. Fr. Compta.*, 1976, p. 488

CHAMPENOIS (G), *Chronique civile générale*, T. IV, *Régimes matrimoniaux, libéralités, successions*, Defrénois, 2004

CHAPUT (Y), *L'inégalité des créanciers face au droit des procédures collectives*, Mélanges E. de Lagrange, LGDJ, 1978

CHAPUT (Y), *L'office du juge dans le traitement précoce des difficultés*, in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz 1995

CHAPUT (Y), *La cession de l'entreprise*, RJ com., n° spéc. 1987, p. 52 et s.

CHAPUT (Y), *La nouvelle architecture du droit français des procédures collectives*, JCP G 2005-46, I, 184

CHAPUT (Y), *Le règlement amiable, à propos de la Loi n° 84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984 et du décret n° 85-295 du 1<sup>er</sup> mars 1985*, JCP E 1985, II, 14455

CHAPUT (Y), *L'échec des plans de continuation et de cession*, in *Colloque CRAJEFE*, 1991, Les Petites affiches, n° 89 du 26 juill. 1991, p. 19

CHAPUT (Y), *Règlement amiable et cessation des paiements*, in *Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, RTD com. n° spécial 1986 /JCP 85, éd. E, II, 14455

CHAPUT Y., *Intervention au Colloque des 12 et 13 oct. 1994*, D. 1994

CHARTIER (Y), *Les formes d'intervention des autorités publiques dans les procédures collectives*, RJ com. 1983, n° spéc. p. 120

CHEVALLIER (V), *Les conditions d'ouverture des nouvelles procédures collectives*, in *Faillites*, D. 1971

CHEVALLIER (V), *Remarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles*, RTD civ. 1962, 5

CLEMENT (P), in, *Les apports de la loi de sauvegarde des entreprises: anticipation – négociation*, Colloque du 13 septembre 2005, Paris, La Lettre de l'OCED, n° spéc., déc. 2005, p. 12

COLIN, *Transaction et action en comblement de passif*, Les Petites affiches, 16 juill. 1999, n° 141, p. 4

COQUELET (M.-L.), *Le plan de cession a-t-il changé?* Rev. Proc. Coll. 2005, p. 188

CORDIER (P.), *Le plan de cession devant la Cour de cassation, panorama des dix dernières années de jurisprudence*, RJDA 1999, p. 103

COUDERT (P), *L'application des procédures collectives aux entreprises publiques*, Les Petites Affiches, 14 sept. 1994, p. 26

COUDERT (P), *Les sociétés d'économie mixte locales face à l'application des procédures collectives : une adaptation nécessaire*, Les Petites Affiches, 21 oct. 1994, p. 9

COURET (A), *La cession de l'entreprise dans le cadre d'une procédure collective*, Bull. Joly, 1986, 289 et s.

COURET (A), *Le désintérêt social*, MéL. BÉZARD, éd. Petites affiches-Montchrestien, 2002, 63

COURET (A), *Prévention et traitement amiable des difficultés, les nouvelles règles*, in *Les réformes du nouveau droit de l'entreprise*, Montchrestien, 1995

COURET (A.), *Le plan de cession, mesure de redressement ou de liquidation?* in *La loi du 25 janvier 1985 à 20 ans. Entre bilan et réforme*, Rev. Lamy dr. aff., mars 2005, suppl. n° 80, p. 42

CREDOT (F.-J.), *Les notions de situation irrémédiablement compromise et de cessation des paiements ou la comparaison des articles 60 de la loi bancaire et 3 de la loi du 25 janvier 1985*, Les Petites Affiches, 4 juill. 1986, n° 80, p. 22.

CREDOT et GIRARD, *L'ouverture de crédit, le compte courant et l'article 37 de la loi du 25 janvier 1985*, Rev. droit banc. et fin. 1987, p. 14

CREFF (G.), *La responsabilité des dirigeants sociaux retirés*, RTD com. 1978, 479

CRISTAU (A.), *L'employeur seul juge du choix économique*, note sous Cass. Ass. Plénière, 8 décembre 2000, Dr. soc., 1<sup>er</sup> février 2001, p. 126-134

CROCQ (P.), *L'ordonnance du 18 déc. 2008 et le droit des sûretés*, Rev. proc. coll. 2008, p. 75

CROSIO (A.), *Réflexions sur la compensation légale et conventionnelle des créances*, Les Petites Affiches, 9 déc. 1996, n° 148, p. 7

CROZE (H.), *"Loi de sauvegarde des entreprises", Procédure de sauvegarde*, Procédures, déc. 2005, p. 8

DAGOT (M.), *La clause aux termes de laquelle le créancier ne peut accorder aucune prorogation de délai au débiteur sous peine de perdre ses recours*, JCP, 1973, I, 2577

DAILLY (E), J.O. débats Sénat, 16 novembre 1983, p. 2957

DAMMANN (R), *La situation des banques titulaires de sûretés...* Banque et Droit, sept. 2005, n° 103, p. 24

DAMMANN (R), *Les comités de créanciers dans la loi de sauvegarde*, Rev. Lamy dr. aff., mars 2006, p. 65

DAMMANN (R.) et PODEUR (G.), *obs. D. 2010*, p. 579

DANNENBERGER (F), *A propos du règlement insolvabilité (interprétation de la notion d'établissement principal)*, Rev. proc. coll. 2007, p. 112

DARROUSSEZ, *Le financement de la période d'observation : l'article 40 et les difficultés de sa mise en œuvre*, Forum AFFIC, 5 avr. 1990, p. 10

De CASTET, *Le droit au service de la comptabilité ou la comptabilité investie par le droit*, D. 2008, 860

DE LA PRADELLE (G), *L'union*, in *Faillites*, D. 1970

De ROUX (X), *Intervention*, JOAN, 2<sup>ème</sup> séance du 3 mars 2005, p. 1645.

DECKON (F.K.), *L'interdiction de l'hypothèque des biens à venir*, Penant, n° 844, 2003, 331-382

DECOOPMAN (N), *note sous Soc. 9 oct. 1991, CSBP févr. 1992*, p. 41, A. 9; D. 1992, 128 et s.

DEHARVENG (J), *Le bouclier de la conciliation*, Entretiens de la sauvegarde, Paris, 29 janv. 2007, *Dict. perm. Difficultés des entreprises*, févr. 2007, Bull. 279, p. 4669

DEHARVENG (J.), *Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives*, D. 2006, p. 1047

DELABRIERE (A), *L'article 11 de l'Acte uniforme sur les procédures collectives: outil de sauvegarde ou de discrimination?*, Penant, n° 870, janvier-mars 2010

DELABRIERE (A), *Le registre du commerce et du crédit mobilier, instrument d'information et de sécurité des créanciers dans l'espace OHADA*, Penant, n° spécial 840, "Sûretés et garanties bancaires", p. 369.

DELATTRE (Ch.), *La notion d'actif disponible au sens de l'article L. 621-1 (devenu L. 631-1) du Code de commerce*, Rev. Proc. Coll. 2007, p. 109

DELATTRE (Ch.), *La transaction en matière de comblement de passif*, RJDA 2005, p. 1039

DELATTRE (Ch.), *Prévention : amélioration de la conciliation*, Rev. proc. coll. 2009, n° 1, p. 37

DELEAU, *La notion de cessation des paiements en jurisprudence*, RTD com. 1949, 589

DELEBECQUE (PH), *Le contrat de location d'immeubles à usage commercial ou d'habitation et le redressement ou la liquidation judiciaire*, Rev. proc. coll. 1989, n° 3, p. 281

DELENEUVILLE, *Les modalités de déclaration et d'admission des créances fiscales*, Rev. proc. coll. 1997, p. 137



DELMOTTE (PH) *L'accès au juge dans les procédures collectives*, colloque de Nice 16/17 mai 2008, *Procédure civile et procédures collectives*, Les Petites affiches 28 nov. 2008, n° 239, p. 50

DELMOTTE (PH.), *L'égalité des créanciers dans les procédures collectives*, Rapport de la Cour de cassation, 2003, p. 125

DERRIDA (F), *Concordat préventif et droit français*, Mélanges Hamel, 1961, p. 489

DERRIDA (F), *La notion de contrat en cours à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire*, RJDA 6/93, p. 399

DERRIDA (F), *La réforme du règlement judiciaire et de la faillite*, Defrénois, 1969, p. 143

DERRIDA (F), *Le financement de l'entreprise : l'article 40 de la loi de 1985*, rapport au Colloque Dalloz-Sirey, oct. 1985, RTD com. 1986, n° spéc., t. 1, p. 61

DERRIDA (F), *Le sort du passif né du chef du conjoint en cas de redressement judiciaire d'un époux sous le régime de communauté légale*, Mél. COLOMER, Litec, p. 153

DERRIDA (F), *Observations sur la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens*, D. 1981, chron. p. 267.

DERRIDA (F), *Redressement et liquidation judiciaires et régime de communauté*, D. 1994, 108

DERRIDA (F.), *A propos des plans de cession de l'entreprise... Dévoiement?* D. 1992, chron. 301

DERRIDA et AMALVY, *Plan de cession de l'entreprise et vices du consentement*, D. 1988, chron. 208

DESBOIS (J), *Le plan d'apurement, une nouvelle tentative de concordat préventif*, Banque, janvier 1968, p. 29

DESURVIRE (D), *Banqueroute et faillite. De l'antiquité à la France contemporaine*, Les Petites Affiches 1991, n° 104

DOM (J.-PH.), *Le sort de la fiducie en cas de procédure collective du débiteur est aménagé (ord. 18 déc. 2008)*, Act. proc. coll. 2009, comm. 17

DUPICHOT (PH), *La fiducie-sûreté en pleine lumière (à propos de l'ordonnance 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie)*, JCP éd. G 2009, I, 132

- DUPICHOT (PH), *Opération fiduciaire sur le sol français*, JCP éd. G 2007, I, 121
- DUPICHOT (PH.), *Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés*, Rev. Lamy Dr. Aff., 2006, suppl. n° 7, p. 17 et s.
- DUREUIL (B), *De quelques pièges tendus au créancier à l'occasion de la déclaration et de la vérification de sa créance au passif du redressement judiciaire*, Rev. proc. coll., 1992, 17.
- DUREUIL (B), *obs.*, Rev. proc. coll. 1990, n° 4, p. 399
- EVEREST (G. R.), *La loi relative à la continuité des entreprises*, Pacioli n° 274, 27 avril-10 mai 2009, p. 1.
- FABRE (F.), *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, RTD civ. 1983, 1
- FARDET (C), *La notion d'homologation*, Droits, 1998/2, p. 181
- FAVARIO (Th), *L'avocat en difficulté (application de la loi de sauvegarde à l'avocat exerçant en nom)*, Bull. Joly juin 2006, § 155, p. 691
- FENEON (A), *Le règlement préventif : analyse critique*, Penant, n° 870, Janvier-mars 2010
- FOYER, *Règlement judiciaire, suspension provisoire des poursuites, unité ou dualité des procédures*, in *La refonte du droit de la faillite*, Publications Université Lille III, coll. 1978
- FRANSCSCHINI (P) et PELISSIER (L), *La réforme de la faillite et le concordat préventif*, Mon. T. P., 11 nov. 1967, p. 55
- FRÉMEAUX (S), *Remises de dettes et plans de règlement*, Les Petites Affiches, 29 déc. 1997, n° 156, p. 4
- FRISON-ROCHE (A.-M.), *Le caractère collectif des procédures collectives*, RJ com. 1996, 293
- FROEHLICH (PH.), *L'ambivalence du plan de cession totale dans la loi de sauvegarde des entreprises*, Gaz. Pal. 7/8 sept. 2005, p. 39
- GANDIN (M), *Information et consultation des représentants des salariés dans le cadre de la prévention des difficultés – Loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises*, JCP E, 2006, n° 2557, p. 1838
- GAVALDA (C) et MENEZ (J), *Le règlement amiable des difficultés des entreprises (L. n° 84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984 et D. n° 85-295 du 1<sup>er</sup> mars 1985)*, JCP 1985, I, 3196.

GHESTIN (J), *La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles*, D. 1971, chron. p. 247

GHESTIN (J), *L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français*, in *Les notions à contenu variable*, Etudes publiées par CH. PERELMAN et R. VANDER ELST, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruylant, 1984

GHOZI (A), *Nature juridique de la production des créances dans les procédures collectives*, RTD com. 1978, p. 1

GILBERG (K), *"Mieux légiférer" au cœur de la révision de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général*, Dr. et patri., n° 201, mars 2011, Dossier: *Un nouveau droit commercial pour la zone OHADA*, p. 51

GOMAA (N), *Le concordat*, in *Faillites*, D. 1970, p. 303

GORÉ, *L'évolution du droit de la comptabilité de l'entreprise*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, 1978, 854.

GORRIAS (S), *Le mandataire judiciaire dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 et le décret du 12 février 2009*, Gaz. pal., 2009, p. 755.

GOUZES : *JO déb. Ass. Nat.* 1<sup>ère</sup> séance, 15 oct. 1984, 4691

GREAU (F), *Pour un véritable privilège de procédure*, LPA 2008, n° 118

GUIBAL (M), *Comment justifier les aides des collectivités locales aux entreprises privées ?* Cahier dr. entreprises, 1987, p. 29

GUILLOU (Y), *Aides fiscales aux reprises d'entreprises en difficulté*, Rev. proc. coll. 1995, p. 31

GUYENOT ((J), *Qu'entend-on aujourd'hui par cessation des paiements dans les procédures collectives de règlement du passif ?*, Gaz. Pal. 1983, 1, doc. 46

GUYENOT (J), *Evolution de la notion de cessation des paiements en jurisprudence*, Les Petites Affiches 1981, n° 37

GUYON (Y), *La transparence dans les procédures collectives*, Les Petites Affiches, 21 avril 1999

GUYON (Y), *Le droit des contrats à l'épreuve des procédures collectives*, Mél. J. GHESTIN, p. 405.

GUYON (Y), *Le nouveau régime de la responsabilité des administrateurs judiciaires*, Rev. Proc. Coll., 1988, 159

GUYON (Y), *Le réalisme de la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives*, Mélanges BÉZARD, éd. Les Petites affiches – Montchrestien, 2002, 311.

GUYON (Y), *Le règlement des difficultés des entreprises*, Dr. soc., 1985, 267

GUYON (Y), *Ne pourrait-on pas sans danger supprimer les procédures collectives ?*, LPA, 16 janvier 1984, p. 19

HAËHL (J.-P.), *Les modifications substantielles des plans de redressement (analyse des premiers jugements)*, JCP E 1989, II, 15642

HALLER (M.C.), *Licenciement pour motif économique : l'obligation de réintégration ne s'étend pas au groupe*, Note sous Soc. 15 février 2006, n°04-43.282, société PGA Groupe, Jur. soc. Lamy, 14 mars 2006, p. 12-14

HANNELAIS (J), *Les Échos*, 26 nov. 1998

HAUSER (J) et PLAZY (J.-M.), *Changement de régime matrimonial et enfant majeur hors d'état de manifester sa volonté*, Defrénois, 2007/10, p. 734

HAUSER (J), *Le juge homologateur en droit de la famille, in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p. 120

HAZARD (J), *Les procédures d'insolvabilité aux Etats-Unis*, LPA 16 juin 2005, n°119

HENRY (L.-C.), *La procédure et le règlement communautaire, in Procédure civile et procédures collectives*, Colloque Nice 16/17 mai 2008, Les Petites affiches, 28 nov. 2008, n° 239, p. 39.

HENRY (L.-C.), *Les modifications apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 à la fixation du passif non salarial dans les procédures collectives*, Gaz. pal. 8/10 mars 2009, p. 32

HENRY (M), *Le sort des créances salariales*, Dr. ouvrier 1985, 179

HONORAT (A), *La réforme du droit des entreprises en difficulté*, Les Petites Affiches, 12 juin 1985, p. 4

HONORAT (A), *Suspension provisoire des poursuites et apurement collectif du passif*, Juris-cl. com., anc. art. 436 à 614-26

HOUIN, note sous Trib. Com. Seine, 18 fév. 1959, D. 1959, 411

HOUIN-BRESSAN (C.), *Cautions, garants et coobligés*, Dossier 9, Rev. proc. coll., mai 2008, p. 77

HOULETTE (E), *Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde*, JCP E 2005, n° 1514, p. 1772.

IHLE (M), *Les procédures collectives en République Fédérale d'Allemagne*, Banque, n° spéc. *La banque et l'entreprise en difficulté*, vol. 1, p. 11

ISSA SAYEGH (J), *Le sort des travailleurs dans les entreprises en difficulté: droit OHADA*, Rev. Penant, n° 870, janv.-mar. 2010, p. 80

ISSA-SAYEGH (J), *Présentation du projet d'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, du droit des sûretés et des procédures collectives d'apurement du passif*, Penant, n° spéc. 827, OHADA, mai-août 1998, p. 204

JAMBU (J.), *Intervention*, JOAN, 2<sup>ème</sup> séance du 3 mars 2005, p. 1645

JAZOTTES (G) et SENECHAL (M), *L'ouverture d'une faillite européenne*, Colloque Toulouse, Rev. proc. coll. 2008, p. 90

JAZOTTES (G), *Le privilège des créanciers postérieurs. Quel périmètre ?*, in *La loi du 25 janvier 1985 a vingt ans, Entre bilan et réforme*, Rev. Lamy dr. aff., supp. mars 2005, n° 80, p. 132

JAZOTTES (G), *Les créanciers de l'article 40*, Les Petites Affiches, 2000, n° 178, p. 39

JEANTIN (M), *Aspects de droit social*, Dr. soc. 1983, 465

JEANTIN (M), *La situation des salariés*, in *L'application de la loi du 25 janvier 1985*, CRAJEFE-Nice, 1991, p. 137

JEANTIN (M), *Réforme du droit des faillites et logique concurrentielle*, Actes 1983, n° 41

JEANTIN (M), *Vérification des créances salariales*, J.-Cl. com., Fasc. 2600

KAUFFMANN (R), *De l'utilité des effets des clauses potestatives : la clause de retour à meilleure fortune dans les abandons de créances amiables et concordataires*, Dalloz-Sirey 1982, chron. 129.

KELLER (R.), *La nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise peut justifier un licenciement pour motif économique*, Dr. soc., 1<sup>er</sup> octobre 2006, p. 857-860

KENDERIAN (F.), *Le bail des locaux professionnels dans les procédures collectives après l'ordonnance du 18 décembre 2008*, Gaz. proc. coll. 6/7 mars 2009, p. 31

KERBOUCH (J.Y.), *Licenciement pour motif économique d'un salarié protégé et sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise*, JCP S, 18 avril 2006, p. 31-33

KERCKHOVE (E.), *Prévention et règlement amiable*, Rev. proc. coll., 1994, p. 441

KERCKHOVE E., *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, Rev. proc. coll. 1995, p.451

L'AUBIÉ, *Sur quelques aspects pratiques de la situation des créanciers de l'article 40 de la loi du 25 janv. 1985*, Gaz. pal. 1990, 1, Doct. 65

LACASSAGNE (E.), *Les cautions à l'épreuve de la loi de sauvegarde: cautionnera bien qui prévient le premier*, Les Petites Affiches, n° spéc. 2006: La loi de sauvegarde, regards croisés de praticiens du droit des entreprises en difficulté, p. 50

LAFARGE, *La situation des salariés et l'AGS*, RJ com. févr. 1987, n° spéc. p. 178

LAFARGE, SERFATI et METEYE, *Le nouveau régime de garantie des salaires*, Gaz. pal. 1986, 1, Doc. 299

LAFARGE, SERFATI et SICARD, *Procédures collectives et droit du travail*, Nathan, p. 62.

LAGARDE (B), *Le juge-commissaire et le Trésor public*, Les Petites affiches 2001, p. 4

LAHALLE (T.), *Licenciement pour motif économique : licenciement du fait d'une mutation technologique et obligation d'adaptation des salariés*, Note sous arrêt, JCP S, 25 juillet 2006, p. 25-26

LAMBERT, *La personnalité juridique de la masse*, JCP, 1960, I, 1568 et 1590

LANTOURNE (M), *Le privilège de la conciliation*, Entretiens de la sauvegarde, Paris, 29 janv. 2007, *Dict. perm. Difficultés des entreprises*, févr. 2007, bull. 279, p. 4670

LE CANNU (P), *EURL et procédures collectives*, Bull. Joly, 1986, 895

LE CANNU (P), *La défense de l'intérêt des créanciers antérieurs dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires*, Les Petites Affiches, 28 févr. 1990, n° 26, p. 4.

LE CANNU (P), *Règlement amiable et droit des sociétés*, Bull. Joly, 1986, 811

LE CORRE (P.-M.), *La notion de difficulté que le débiteur ne peut surmonter*, Gaz. Pal. 16 et 17 avr. 2010, p. 13

LE CORRE (P.-M.), *La réforme du droit des entreprises en difficulté- Commentaire de l'ordonnance du 18 décembre 2008 et du décret du 12 février 2009*, Dalloz, 2009

LE CORRE (P.-M.), *La situation générale du débiteur et des créanciers dans l'avant-projet de réforme des entreprises en difficulté*, Gaz. Pal. 10-11 déc. 2003, p. 25, 2<sup>ème</sup> partie

LE CORRE (P.-M.), *Le privilège de la conciliation*, Gaz. pal., sept.-oct. 2005, p. 2966

LE CORRE (P.-M.), *Les clôtures*, Rev. proc. coll., avr. 2008, Dossier 14, p. 136

LE CORRE (P.-M.), *Les créanciers antérieurs dans le projet de sauvegarde des entreprises*, colloque CRAJEFE, Nice 27 mars 2004, Les Petites Affiches 10 juin 2004, p. 25

LE CORRE (P.-M.), *Les irrégularités affectant la composition et le vote des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire*, D. 2007, p. 822.

LE CORRE (P.-M.), *Les nouvelles règles de fixation du passif*, Gaz. pal. 9/10 sept. 2005, p. 17.

LE CORRE (P.-M.), *Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005)*, D. 2005, 2299

LE FOYER DE COSTIL, *Les connaissances personnelles du juge*, Rev. int. dr. comp. 1986, 517.

LE NABASQUE (H), *La cession de l'entreprise en redressement judiciaire*, JCP E 1990, II, 15770

LEBEL (C), *L'élaboration du plan de redressement de l'entreprise*, PUAM, 2000

LEBEL (C), *Les plans de sauvegarde et de redressement dans l'ordonnance du 18 décembre 2008*, Gaz. Pal. 6-7 mars 2009, p. 46

LEFAS, *De la notion de juridiction gracieuse en droit français*, thèse, Paris, 1896

LEGEAIS (R) et LUCAS (S), *Code allemand de l'insolvabilité du 5 oct. 1994*, Juriscope 1998

LEGRAS DE GRANCOURT (B), *Les modifications apportées par la loi du 2 août 1989 au droit des licenciements pour motifs économiques en cas de procédure collective*, Rev. proc. coll. 1990-3, p. 213-214

LEGROS (J.-P.), *"Loi de sauvegarde des entreprises"*, *La nouvelle procédure de sauvegarde* (2<sup>ème</sup> partie), *Dr. sociétés*, nov. 2005, p. 7

LEGUEVAQUES (CHR), *La loi de sauvegarde et les cautions: au bonheur des cautions?* *Rev. dr. banc. et fin.*, janv.-févr. 2006, p. 72 ; *Rev. proc. coll.* 2005, p. 296

LEINSTER (F), *Le concordat préventif*, *Rev. Impôts et Sociétés*, avril 1968

LEMONTEY, *La loi sur le redressement des entreprises*, *Banque*, 1985, 666

LEVY (L), *Le redressement et la liquidation judiciaires du preneur*, *AJPI* 1994, p. 726

LIENHARD (A), *Réforme du droit des entreprises en difficulté : La Cour de cassation propose*, *D.* 2003, p. 1276.

LIÉNHARD (A), *Sauvegarde des entreprises : fin du premier round parlementaire*, *D.* 2005, p. 775.

LUCAS (F.-X.) et LÉCUYER (H), *La loi de sauvegarde article par article* (1<sup>ère</sup> partie), *Les Petites Affiches*, février 2006, n° 28, p. 74.

LUCAS (F.-X.) in LUCAS (F.-X.) et LÉCUYER H (sous la dir.), *La réforme des procédures collectives – La loi de sauvegarde article par article*, *LGDJ* 2006

LUCAS (F.-X.), *Analyse de la loi du 3 janvier 2003 réformant le statut d'administrateur et de mandataire judiciaires*, *Dr. et patri.* 2003, p. 3

LUCAS (F.-X.), *Du plan de continuation au plan de sauvegarde, la restructuration de l'entreprise*, in *La loi du 25 janvier a vingt ans*, *Entre bilan et réforme*, *Colloque Toulouse 2005*, *Rev. Lamy dr. aff. supp.* mars 2005, n° 80, p. 35; *Les Petites Affiches*, 8 févr. 2006, p. 75

LUCAS (F.-X.), *Le sort du débiteur*, *Les Petites Affiches*, 14 juin 2007, p. 60

LUCAS (F.-X.), *Les difficultés des LBO sont-elles solubles dans la sauvegarde?*, *Bull. Joly Sociétés* 2010, p. 211

LUCAS (F.-X.), *obs. sous Versailles*, 13<sup>ème</sup> ch. 15 nov. 2007, *Bull. Joly sociétés*, avr. 2008, p. 316

LUCHEUX (J.-M.), *Les innovations dans la détection des difficultés des entreprises et dans les modalités de leur règlement amiable*, in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, *Dalloz* 1995, p. 67



LYON-CAEN (G), *Le droit et l'emploi*, D. 1982, chron. p. 133

MACORIG-VENIER (F) et SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La situation des créanciers dans la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises*, RDBF 2006, n° 2, p. 60

MACORIG-VENIER (F) et SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Les créanciers dans l'Ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté*, Rev. proc. coll. 2008, p. 65

MACORIG-VENIER (F), *Chron. Rev. proc. coll.* 2005, p. 257

MACORIG-VENIER (F), *La rupture des contrats*, Colloque Toulouse, Les Petites Affiches 2000, n° 178, p. 21

MAGGI-GERMAIN (N), *La dualité contentieuse tribunal de commerce-conseil de prud'hommes dans le règlement des défaillances d'entreprises*, Les Petites affiches, 12 août 1998.

MAHINGA (G), *Solidarité et communauté à l'épreuve des procédures collectives*, Rev. Proc. Coll. 1992-1, p. 7

MARCHI (J), *Le rôle du Procureur de la République*, RJ com. n° spéc. 1987, p. 101

MARIANI-RIELA (M.-C.), *Le règlement amiable des entreprises*, Université de Nice Sophia-Antipolis, septembre 1991

MARIN (J.-CL.), *Le rôle du ministère public dans les procédures de prévention des difficultés et dans les procédures collectives*, La Lettre de l'OCED, n° 15, déc. 1999.

MARTIN (D), *La sécurité contractuelle à l'épreuve du redressement judiciaire*, JCP N 1986, I, 180

MARTIN (F. M.), *Règlement judiciaire – Liquidation des biens – Faillites – Banqueroute*, éd. Delmas, 1969

MARTIN (J.-F.), *La cession d'entreprise*, RTD com., n° spéc. 1986, p. 119 et s.

MARTIN (J.-F.), *La cession de l'entreprise aux dirigeants ou actionnaires de la personne morale ou à une société constituée par eux*, Gaz. Pal., 3-5 déc. 1989

MARTIN (J.-F.), *La prévention : histoire d'une pratique consulaire*, Dr. et patri. 1998, n° 57, p. 43

MARTIN (J.-F.), *Le règlement amiable*, Gaz. pal. 1984, II, Doct. 328

MARTIN (J.-F.), *Le règlement amiable, réflexion d'un praticien*, in *Le souci d'éviter la faillite des entreprises*, RJ com. 1986, n° spéc., p. 96

MARTIN (L.), *La reprise d'une entreprise par ses salariés (RES)*, RJ com. n° spéc. nov. 1988, p. 127

MARTIN (R.), *La loi du 10 juin 1994 sur la faillite et le contrat de bail*, Ann. Loyers 1994, p. 1

MARTINEAU-BOURGNINAUD, *La cessation des paiements, notion fonctionnelle*, RTD com. 2002, p. 245

MARTINEAU-BOURGNINAUD, *Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises*, D. 2005, chron. p. 1356

MARTIN-SERF (A.), *L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse*, Mélanges A. Honorat, p. 143

MARTIN-SERF (A.), *Les contrats en cours avant option de l'administrateur*, RJ com., n° spéc. 1992, p. 8

MARTIN-SERF (A.), *Réflexion sur la nature contractuelle du concordat*, RJ com. 1980, p. 293

MARTIN-SERF (A.), *Réforme des procédures collectives - Sanctions civiles*, Rev. proc. coll., janv.-févr. 2009, p. 99

MARTOR (B.), *L'harmonisation du droit en Afrique: une expérience unique, une consécration pour l'OHADA et les autres organisations régionales*, Cahier de droit de l'entreprise, n° 1, janv.-févr. 2010, Dossier, p. 20.

MARTY (J.-P.), *De la cessation des paiements aux difficultés prévisibles*, in *La loi du 25 janvier 1985 a vingt ans ! Entre bilan et réforme*, *Lamy dr. aff.*, supplément, n° 80, mars 2005, p. 21

MASCALA (C.), *obs.* RTD com. 2001, 241.

MASCALA (C.), *L'amélioration de la situation du chef d'entreprise*, Rev. proc. coll. 2005, p. 370

MASCALA (C.), *Les sanctions applicables aux dirigeants*, Les Petites affiches, 6 sept. 2000, p. 50

MASCALA (C.), *Sanctions*, RTD com. 2006, n° 1, p. 209 et s.

MATHIEU (M), *La participation du banquier au règlement amiable des difficultés des entreprises*, JCP E 1986, 14805, p. 690

MATHIEU (M), *Le banquier et le règlement amiable*, Banque 1986, 959

MATOUX (B) *L'incidence des procédures collectives sur le recouvrement des impôts*, RJF 1995, p. 86.

MAY (J.-C.), *Sort des actes accomplis par le débiteur pendant la période suspecte*, Les Petites affiches 5 févr. 1986, p. 25

MAY (J.-C.), *La cessation des paiements*, Les Petites Affiches, 7 oct. 1985, p. 12

MENJUCQ (M), *Adoption de la "sauvegarde financière accélérée" : consécration du "prepackaged plan" en droit français*, Rev. Proc. Coll., n° 6, Nov.-Déc. 2010

MENJUCQ (M), *Affaire Heart of La Défense: incertitudes sur le critère d'ouverture de la procédure de sauvegarde*, Rev. proc. coll., n° 3, mai-juin 2010, p. 13

MENJUCQ (M), *La faillite internationale et les groupes de sociétés*, J. Cass. Soc., 2005, n° 23, p. 22

MENJUCQ (M.), *obs.* Rev. proc. coll., n° 2, mars-avril 2011

MESTRE (J) et PUTMAN (E), *Intervention des pouvoirs publics auprès des entreprises en difficulté*, J.-Cl. Com. fasc. 3110.

MESTRE (J.) et DELEBECQUE (PH.), *obs.* in Rev. proc. coll. 1987, p. 39

MESTRE (J.), *La prévention*, Les Petites affiches, 1984, n° 109, p. 61

MEYNET (R), *Le règlement amiable, un nouvel outil de gestion*, JCP, 1987, éd. E, II, 14868

MICHEL (J.), *La notion du "motif économique" de nature à justifier le licenciement d'un salarié protégé*, Les Petites Affiches, 2 août 2006, p. 26-30

MILLERIOUX (A), *La cession de l'entreprise en difficulté*, AJPI, 1986, 339

MONÉGER (J), *Baux commerciaux et réforme du droit des entreprises en difficulté*, JCP E 1995, p. 438

MONSERIE (M.-H.), *Aperçu sur les apports récents de la confrontation du droit des procédures collectives et du droit des obligations*, in *Prospectives du droit économique*, Dialogue avec Michel JEANTIN, D. 1999, p. 429

MONSERIE (M.-H.), *La continuation du contrat de bail*, Colloque Nice, avril 1996, Les Petites affiches 1996, n° 82, p. 15

MONSERIE (M.-H.), *La période d'observation*, in *La réforme du nouveau droit de l'entreprise*, Montchrestien, 1995, p. 149

MONSERIE-BON (M.-H.), *Le plan de sauvegarde issu de la loi du 26 juillet 2005*, Dr. et patri., n° 146, mars 2006, p. 73

MONTERAN (TH.), *La tentation du "forum shopping", Les critères de territorialité appliqués aux groupes de sociétés dans le règlement européen du 29 mai 2000*, Gaz. pal. oct. 2007, p. 3165

MONTERAN (TH.), *La réforme des responsabilités et des sanctions*, Gaz. proc. coll., 8-10 mars 2008, p. 57

MOULY (Ch.), *La situation des créanciers antérieurs*, RJ com. n° spéc. févr. 1987

MULLIEZ (Ph.), De MAREZ (D.) et De LEENHEER (I), *La nouvelle loi relative à la continuité des entreprises : aspects juridiques et fiscaux*, Accountancy & Tax 2009/2

NAMMOUR (F), *Les procédures collectives en droit libanais*, Rev. Proc. Coll., n° 4, décembre 2007

NANTERME et PONCEBLANCE, *L'opportunité d'avoir caractérisé la notion de cessation des paiements : une opportunité qui n'est pas sans risques*, Rev. Proc. Coll. 1986, p. 33

NOTTÉ, *La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives*, JCP CI, 1980, 8560

NSIE (E.), *Les remises de dettes consenties au débiteur en difficulté*, Rev. proc. coll. 1998, p. 138

OBADIA (E) et SEXER (Y), *La responsabilité des dirigeants sociaux et l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985*, Bull. Joly, 1994, 617

OPPETIT (B), *Les autorités publiques et les entreprises privées*, RJ com. 1983, n° spéc. p. 9

OST (F), *Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur : trois modèles de justice*, in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire – Transformations et déplacements*, Bruxelles, 1983

OVERSTAKE (F), *Sûretés et revendications*, in *Faillites*, D. 1970, p. 217

PAILLUSSEAU (J), *L'ouverture du règlement judiciaire*, in *L'enjeu du nouveau droit des faillites*, Litec, 1985

PAILLUSSEAU (J), *Qu'est-ce que l'entreprise?* Petites affiches, 9 avril 1986; in *L'entreprise: nouveaux apports*, Economica, 1987.

PAILLUSSEAU (J), *Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté...*, MÉL. HOUIN, 1985, p. 109

PÉLISSIER (J), *Observations à propos de la notion de licenciement individuel*, Etudes offertes à G.-H. CAMERLYNCK, D. 1978, p. 83.

PERBEN (D), *Intervention*, JOAN CR, 2<sup>ème</sup> séance du 3 mars 2005, p. 1642.

PERCEROU (R), *Le traitement judiciaire de la situation des entreprises en difficulté : mythe ou possibilité réelle ?*, Mélanges CHAMPAUD, éd. Dalloz, 1997

PERDRIAU, *La responsabilité civile des mandataires de justice dans les procédures collectives*, JCP 1989, éd. E, II, 15547

PEROCHON (F), *Halte au détournement de la cession judiciaire d'entreprise*, D. 1990, chron. 252

PEROCHON (F), *Le bénéfice sélectif de la procédure collective*, Mélanges Chr. MOULY, Litec, 1997, p. 401

PÉROCHON (F), *Le sort des créanciers postérieurs*, Les Petites Affiches, 10 juin 2004, n° 116

PÉROCHON (F), *Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005*, Gaz. pal., 7/8 sept. 2005, p. 75.

PEROT-REBOUL (C), *Les plans dans la loi de sauvegarde des entreprises*, Les Petites Affiches, 17 févr. 2006, n° 35, p. 30.

PERROT (R) et THÈRY (PH.), *L'épée de Damoclès (à propos des mesures d'exécution pratiquées en période suspecte)*, D. 2005, p. 1842.

PETEL (P), *Le nouveau droit des entreprises en difficulté*, JCP E 2005-42, 1509

PÉTEL (P), *Les créanciers postérieurs dans la loi de sauvegarde*, in Colloque Caen 26-27 janvier 2006, Rev. proc. coll. 2006, p. 2

PETEL (P), *Pour une relecture de l'article 621-32 du Code de commerce*, Mélanges Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 917

PETEL (PH), *Le sort des contrats conclus avec l'entreprise en difficulté*, Colloque Toulouse, Les Petites Affiches 1992, n° 5

PETEL (PH.), *La réforme des plans de redressement*, Les Petites affiches 2004, n° 5, p. 34

PEYRAMAURE (PH.), *L'assistance des autorités publiques aux entreprises en difficulté*, RJ com. 1983, n° spéc. p. 104

PIROVANO (A), *La contestation du plan de cession de l'entreprise*, D. 1988, chron. 273

PLAISANT (R), *L'ordonnance n° 67-820 du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises*, Rev. des syndics, n° 3, 1968, p. 11

POCANAM (M), *Le concordat préventif, remède aux difficultés des entreprises au Togo ?*, Presses de l'Université du Bénin, Lomé, 1994

POLLAUD-DULIAN (F), *Le principe d'égalité dans les procédures collectives*, JCP, éd. G, 1998, I, 138

PONS (B), *Ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à l'égard d'un professionnel libéral en cas d'inexécution d'un accord de règlement amiable*, Rev. proc. coll. 1994, 129.

POTIRON (G), *Les réformes en cours : observations sur les dispositions concernant la masse et le dessaisissement dans le projet n° 1578 relatif au règlement judiciaire des entreprises en difficulté*, Rev. sociétés 1984, 25

PRÉTOT (X), *La conformité à la constitution de la loi relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion*, Dr. soc., 1989, p. 701 et s.

PREVOST (M.-A.), *Le juge-commissaire*, in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz 1995, p. 117

RACHIDA DATI, *avant-propos*, Gaz. proc. coll., mars-avril 2009-2, p. 739

RAIBAUT (J), *Point de vue d'un président de tribunal de commerce sur le sort des entreprises en difficulté*, Lamy, dr. aff. mars 2005, suppl. au n° 80, p. 28.

Rapp. au PR sur l'ord. n° 2008-1345 du 18 déc. 2008, J.O. 19 déc. 2008, Titre I, chap. II-3, sous art. 63.

Rapp. C. cass. Pour 2002, cité par PÉROCHON (F.), Gaz. Pal. 7 et 8 sept. 2002, p. 59.

Rapp. De ROUX (X), Doc. AN n° 2095

Rapp. HEMARD (M), *Les Ordonnances de septembre 1967 et le Droit commercial*, Journée H. CABRILLAC, 20 janv. 1968, Librairies Techniques, p. 9

Rapp. HYEST (J.-J.), *Doc. Sénat, 2005, n° 335*, p. 135

RENAUT (M.-H.), *La déconfiture du commerçant*, RTD com. 2000, 533

RENUCCI, *Le parquet et les faillites*, Rev. sc. crim. 1990, 235

RENUCCI, *Le rôle du ministère public*, in *L'application de la loi du 25 janvier 1985*, CRAJEFE-Nice, 1991, p. 25 et s.

RETIF (S), *L'extension des procédures collectives aux professions libérales*, Dr. et patri. mars 2006, p. 95

RIVES-LANGE (J.-L.), *La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi de 1967*, D. 1975, chron. 41

RIVES-LANGE (J.-L.), *Le règlement amiable, bilan de trois années d'application*, Banque et droit, n° 2, janvier-février 1989

ROBERT (J.-A.), *Comblement de passif: action ou transaction?* Gaz. pal. 24 sept. 2000, p. 10

RODIÈRE (J.-Y.), *Du sort des créances incertaines contre un débiteur "en faillite"*, Les Petites affiches, 17 nov. 1986, p. 28

ROHART-MESSAGER (I), *L'amélioration de la prévention*, Gaz. proc. coll. 7 mars 2009, p. 5

ROUGER (M), *La prévention des difficultés des entreprises au Tribunal de commerce de Paris*, in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz 1995

ROURNE (P), *Le traitement non judiciaire des difficultés*, in *Les réformes du nouveau droit de l'entreprise*, Montchrestien, 1995, p. 63

ROUSSEL GALLE (PH), *Les "nouveaux" régimes des contrats en cours et du bail*, Rev. proc. coll. 2009-1, 55, n° 1

ROUSSEL-GALLE (PH), *La procédure de sauvegarde, Quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice ?* JCP éd. E, 2006 p. 1679

ROUSSEL-GALLE (PH), *Les aides publiques aux entreprises en difficulté : les lignes directrices communautaires, le CIRI et les CODEFI*, Rev. proc. coll. 2006, p. 127

ROUSSEL-GALLE (PH), *Les professions d'administrateurs et de liquidateurs judiciaires : grand projet pour une petite réforme !*, Dr. sociétés 2003, Repères, p. 3

ROUSSEL-GALLE (PH), *OHADA et difficultés des entreprises, Etude critique des conditions et effets de l'ouverture de la procédure de règlement préventif*, RJ. Com., fév. 2001

ROUSSEL-GALLE (PH), *Les contrôleurs, gardiens de l'intérêt collectif*, Gaz. Pal., 9-10 sept. 2005, p. 3

ROUSSEL-GALLE (PH), *L'ouverture des procédures*, D. 2009, p. 649

ROUSSEL-GALLE (PH), *Responsabilités et sanctions des débiteurs après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, JCP 2005, p. 1761

ROUSSEL-GALLE (PH), *Rétractation des jugements d'ouverture des procédures de sauvegarde dans l'affaire "Cœur Défense"*: Dict. perm. Difficultés des entreprises, bull. 313, p. 3957

SAINT-ALARY (B) et SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Le dirigeant caution*, Dr. et patri. mars 1996, p. 42

SAINT-ALARY-HOUIN (C) et MONSÉRIÉ (M.-H.), *Nullités de droit et nullités facultatives*, J.-cl. com., fasc. 2502

SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La date de naissance des créances en procédures collectives*, in *La date de naissance des créances*, Les Petites Affiches, 9 nov. 2004, n° 116, p. 16

SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La légitimité des tribunaux de commerce*, in *La légitimité des juges*, UFR Droit, PU Toulouse, 2002, p. 173.

SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La loi de sauvegarde des entreprises : de nouvelles procédures pour de nouvelles stratégies*, Rev. proc. coll. 2007, p. 13.



SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La moralisation des procédures collectives, regards sur la jurisprudence récente*, in *Philosophie du droit et droit économique*, Mélanges offerts à G. FARJAT, p. 503.

SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La procédure de conciliation*, Rev. proc. coll. 2006, p. 169

SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La réforme des plans de redressement*, in *La réforme du nouveau droit de l'entreprise*, Montchrestien, 1995, p. 173

SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La réforme des procédures collectives*, Dr. et patri. 1995, p. 41.

SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La réforme du droit des entreprises en difficulté, une réforme arrivée à maturité*, Dr et patri., mars 2009, p. 32.

SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation*, Rev. proc. coll. 1990, p. 1

SAINT-ALARY-HOUIN (C), *La situation des créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure*, Colloque Toulouse, févr. 1986, Ann. Univ. Toulouse 1986, p. 209.

SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Le nouveau droit des entreprises en difficulté*, JCP E 2005, n° 1509, p. 1730

SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Le projet de loi de sauvegarde des entreprises, continuité, rupture ou retour en arrière ?*, Droit et patri., janv. 2005/1, n° 133, p. 2

SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Le sort des contrats en cours dans le redressement judiciaire*, colloque Deauville juin 1992, RJ com., n° spéc. nov. 1992

SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Les créanciers face au redressement judiciaire*, colloque Toulouse, *Les Petites Affiches*, 18 mai 1992, p. 1

SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Les créanciers postérieurs*, Ann. Fac. Toulouse, 1986, t. 34, p. 211

SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Les dangers pour les créanciers de l'époux « in bonis » de l'ouverture d'une procédure collective contre son conjoint*, Les Petites affiches, 26 août 1998, p. 16

SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Les professions d'administrateurs et de mandataires judiciaires, des professions à haut risque*, Mél. A. HONORAT, p. 193

SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Rapport de synthèse au colloque de Nice 16/17 mai 2008, Procédure civile et procédures collectives*, Les Petites Affiches, 28 nov. 2008, n° 239, p. 89

SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Variations sur le plan de cession d'une entreprise en difficulté*, Mél. CHAMPAUD, D. 1997, p. 539

SAINT-ALARY-HOUIN (C.) et BLAQUIER-CIRELLI (PH.), *Le contentieux de la cession d'entreprise*, Ann. Univ., Toulouse, 1992, p. 195

SAINT-ALARY-HOUIN (C.) et BLAQUIER-CIRELLI (PH.), *Le paiement en procédure collective*, in *L'entreprise face à l'impayé*, p. 188, n° 7 et s., Pub. Cahier de Droit des affaires, Toulouse, Montchrestien, 1994

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *La gestion de l'entreprise*, in *Les innovations*, Sirey, 1986, t. 1

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *La responsabilité patrimoniale des dirigeants de société en difficulté*, Rev. proc. coll. 2001, p. 145

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Les dirigeants sociaux*, JCP supplément 14 juin 2001

SAINTOURENS (B), *Les conditions d'ouverture des procédures après l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté*, Rev. proc. coll. 2009, p. 40.

SAINTOURENS (B.), *Conditions d'ouverture de la sauvegarde: le recadrage de la cour d'appel de Paris*, Act. proc. coll. 2010, comm. 112

SAINTOURENS (B.), *Les conditions d'ouverture des procédures après l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté*, Rev. Proc. Coll. 2009, p. 40.

SALVAT (O), *La situation des garants*, Rev. proc. coll., juin 2006, p. 147

SANTOS (A), *L'immatriculation au nouveau registre du commerce et du crédit mobilier*, Rev. tog. dr. aff. arb., mars 2000, p. 2

SANTOS (A), *obs. in, OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, 3<sup>ème</sup> éd.*, Juriscope, 2008

SAVARY (C), *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, Defrénois, 1984, 961.

SAVATIER (J), *Le comité d'entreprise et la prévention des difficultés des entreprises*, JCP, 1987, éd. E, II, 15066

SAWADOGO (F. M.), *obs.*, in, *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, 3<sup>ème</sup> éd., Juriscope, 2008

SENECHAL (J.-P.), *La loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises et la pratique notariale*, JCP N 1986, I, 1

SÉNÉCHAL (M.), *chron. Les Petites Affiches*, 12 mai 2004, p. 4

SERE (S) *obs.*, in *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés*, 3<sup>ème</sup> éd., Juriscope, 2008

SERLOOTEN (P), *La défaillance d'entreprise, aspects fiscaux*, Dalloz, 1997, n° 296

SERLOOTEN (P), *La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté, le Trésor, créancier de l'entreprise*, Colloque Centre de droit des affaires de Toulouse 1998, p. 105

SERLOOTEN (P), *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, D. 1985, chron. 187

SERLOOTEN (P), *Remises de dettes par les créanciers publics : une libéralisation efficace ?* Rev. proc. coll. 2009, p. 11

SOINNE (B), *L'élaboration et la mise en œuvre des plans de cession*, in *L'application de la loi du 25 janvier 1985*, CRAJEFE-Nice, 1991, p. 185 et s.

SOINNE (B), *L'intervention du ministère public dans les procédures collectives de redressement et de liquidation ; commentaire de la loi n° 81-927 du 15 octobre 1981 et du décret n° 82-327 du 9 avril 1982*, D. 1983, chron. p. 11.

SOINNE (B), *La réforme des procédures collectives: la confusion des objectifs et des procédures*, Rev. proc. coll. 2004-2, p. 81

SOINNE (B), *La responsabilité des mandataires*, Rev. Proc. Coll., 1991, 419

SOINNE (B), *Le bateau ivre (à propos de l'évolution récente du droit des procédures collectives)*, Rev. proc. coll. 1997, 105

SOINNE (B), *obs.* Rev. proc. coll., 1991, p. 301

SOINNE (B), *obs. sous Versailles*, 19 mai 1988, Rev. proc. coll. 1989, p. 184 et s.

SOINNE (B), *Problématique du plan de cession d'entreprise*, Rev. Proc. Coll. 1989, 463

SOINNE (B), *Professions libérales et procédures collectives*, Rev. Proc. Coll., 1997, 377

SOINNE (B), *Règlement judiciaire – suspension provisoire des poursuites : La réalité ou l'illusion d'une dualité maintenue*, public. Université Lille III, coll. 1978

SOINNE (B), *Tableau général des aides aux entreprises en difficulté*, Rev. proc. coll. 1994, p. 204

SOINNE (B), *Une étrange décision*, Rev. proc. coll. 2002, 161

SOINNE (B), *Une péripétie : la loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003 portant modification du statut des administrateurs et des mandataires judiciaires*, Rev. proc. coll. 2003, p. 1

SORTAIS (J.-P.), *Entreprises en difficulté, Les mécanismes d'alerte et de conciliation*, Banque, 2007

SORTAIS (J.-P.), *La situation des créanciers titulaires des sûretés et de privilèges dans les procédures collectives*, RTD com. 1976, 269

SOUSI-ROUBI (B.), *La situation du banquier ayant consenti un découvert avant l'ouverture d'un redressement judiciaire*, Gaz. pal. 1986, 2, p. 515

STAËS (O), *Les aspects procéduraux de l'ordonnance du 18 décembre 2008*, Rev. proc. coll. 2009, n° 1, p. 44

STOLLE (L), *Nouvelle loi sur la continuité des entreprises (1<sup>ère</sup> partie)*, Meritius, février 2009

STORCK (M), *L'exécution sur les biens des époux*, les Petites affiches 2000, n° 8, p. 12

SUDREAU, *Rapp. Comm.*, fév. 1975, *Documentation française*, coll. 10-18, n° 967

TARDIEU-NAUDET (V), *Les CODEFI, un exemple d'intervention des pouvoirs publics en faveur des entreprises en difficulté*, JCP CI 1978, 12823

TEBOUL (G), *A propos de la cessation des paiements*, RJ com. 1998, 169

TEBOUL (G), *La cessation des paiements, point de convergence des intérêts contraires ?* Gaz. Pal. 25 et 26 juin 2008, p. 25.

TEBOUL (G), *Le sort des contrats pendant les procédures collectives, Quels choix opérer ?* Gaz. pal. 2004, doct. p. 938.

TEBOUL (G.), *L'affaire "Cœur Défense": du nouveau (à propos de CA Paris, 25 février 2010)*, Les Petites Affiches, 9 mars 2010, n° 48, p. 12

TEBOUL (G), *Procédures collectives et sanctions pécuniaires: peut-on transiger sur une action comblement de passif?* Gaz. pal. 5 sept. 2004, p. 9

TENIER, *La règle du droit de la faillite et le sort économique des entreprises en difficulté*, RTD com. 1985, 570

TERNEYRE (PH) et GUIBAL (M), *Le droit d'intervention directe des communes dans la loi du 2 mars 1982*, in *Les communes face aux entreprises en difficulté*, CREAM, Montpellier, 26 avr. 1985

THÉVENOT (C), *Une piste pour améliorer le plan de sauvegarde*, La Tribune, 30 août 2007

THYRAUD (à propos du règlement amiable), J.O. Sénat 1984, p. 1311

TIGER (Ph), *Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'OHADA*, Les Petites Affiches, 13 octobre 2004, n° 205, p. 35

TIGER (Ph.), *Douze questions sur le cautionnement et leur solution en droit OHADA*, Penant, n° spécial 840, "Sûretés et garanties bancaires", p. 416.

TOUJAS (G) et ARGENSON (J), *Le nouveau régime du règlement judiciaire et de la liquidation des biens*, JCP 1968, éd. G., I, 2179.

TOUJAS (G), *Du concordat amiable*, JCP. 1942, I, 255

TOUJAS et ARGENSON, *Procédure permettant le redressement de certaines entreprises*, JCP, 1968, I, 2130

TOURREIL (J.E.), *Licenciement économique : effet d'irrégularités dans la procédure de consultation du comité sur la demande en nullité des licenciements*, Jur. soc. Lamy, 13 février 2007, p. 22-24

TRICOT (D), *L'intérêt de la réforme du régime de la sauvegarde*, JCP E, 2009, 1575

TRICOT (D), *La cessation des paiements, une notion stable*, Gaz. Pal. 29-30 avr. 2005, p. 13

TRICOT (D), *Les critères de la gestion de fait*, Dr. et patri., janv. 1996, p. 24

TRICOT (D), *Statut du commerçant et de l'entrepreneur*, Dr. et patri., n° 201, mars 2011, Dossier: *Un nouveau droit commercial pour la zone OHADA*, p. 67

TROCKELS (F), *Aperçu du nouveau régime de l'insolvabilité en Allemagne*, Rev. Proc. Coll. 1996, p. 23.

URBAN (Q), *Quelle est l'implication des institutions représentatives du personnel dans le traitement juridique des difficultés des entreprises depuis la loi du 26 juillet 2005?*, Rev. proc. coll. 2008, n° 1, p. 35

VALLANSAN (J), *Le créancier oublié*, RJ com. 2000, p. 50

VALLANSAN (J), *Redressement et liquidation judiciaires, Arrêt des poursuites individuelles*, J-cl. com. 1993, fasc. 2355

VALLENS (J.-L.) et SORIEUL (R), *Codifier le droit international privé en matière de procédure collectives?*, D. 2007, p. 1225

VALLENS (J.-L.), *Droit de la faillite et droits de l'homme*, RTD com. 1997, 567

VALLENS (J.-L.), *Entreprises en difficulté*, in *Lamy Droit commercial 2008*, n° 2758

VALLENS (J.-L.), *L'effet du redressement judiciaire sur les instances en cours*, RTD com. 1991, 529

VALLENS (J.-L.), *Le juge-commissaire dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires*, JCP E 1985, II, 14450

VALLENS (J.-L.), *Le redressement judiciaire et les professions libérales*, LPA, 22 juill. 1998, n° 87

VALLENS (J.-L.), *Qu'est-ce qu'une ordonnance?*, obs. sous Com. 7 mars 2006, RTD com. 2006, 483

VALLENS (J.-L.), *Questions procédurales de droit international privé et de droit européen*, Les Petites affiches 1998, n° 129, p. 4

VALLENS (J.-L.), *L'effet du redressement judiciaire sur les instances en cours*, RTD com. 1991, 529

VALLENS J.-L., *La loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale*, D. 1998, p. 157

VALLIOT (V. R.), *La loi du 26 juillet 2005 portant réforme du droit des entreprises en difficulté : le point de vue de l'administrateur judiciaire – mandataire ad hoc et conciliateur*, JCP éd. E, 2005, p. 1775, n° 1515

VARIN (O), *Les professions libérales, aspects pratiques*, Rev. proc. coll. 2006, p. 156

VASSE (S), *La constitution de la masse*, in *Faillites*, sous la direction de R. RODIERE, D. 1970, p. 125

VASSEUR (M), *Le crédit menacé : brèves réflexions sur la nouvelle législation relative aux entreprises en difficulté*, JCP éd. G, 1985, I, 3201

VASSEUR (M), *Maintien des ouvertures de crédit bancaire en dépit du jugement de redressement judiciaire*, Banque 1986, p. 630

VATINET (R), *Les droits des salariés face aux difficultés économiques des entreprises*, JCP E, 1985, II, 14546

VATINET (R), *Sur la place faite aux salariés dans la procédure de sauvegarde*, JCP S, 2005, 1230).

VAUVILLE (F.), *L'arrêt de l'Assemblée plénière en date du 23 déc. 1994 relatif au sort des biens communs*, Rev. Proc. Coll. 1995.23.

VERDOT, *Faut-il supprimer le règlement judiciaire ?*, Etude Kaiser 1979, 2, 39.

VERDOT, *La double fonction du juge-commissaire dans les procédures collectives*, JCP 1974, I, 2606

VINCKEL (F), *L'exécution forcée du plan de sauvegarde*, Rev. proc. coll. 2009-3, p. 26

VOULET (J), *La suspension provisoire des poursuites*, Info. Chef d'entrepr., nov. 1967, p. 939

WAQUET (PH), *Le niveau d'appréciation des conditions du licenciement économique*, Dr. soc. 1995, 483

WICKERS (G), *La période suspecte après la loi de sauvegarde des entreprises*, Rev. proc. coll. 2006, p. 12

ZATARA (A.-F.), *L'homologation en droit privé*, R.R.J., 2004, p. 101

ZENNER (A), *Du concordat judiciaire à la continuité des entreprises*, Comm. Projet L. relatif à la continuité des entreprises, Freshfields Bruckhaus Deringer, janvier 2007.

#### **IV- INTERNET, AUTRES SOURCES**

Avant-projet d'Acte uniforme relatif au Droit du Travail (Douala final 4 - 24/11/2006)

Débat Sénat, J.O., 17 nov. 1983, p. 2954

Décret n° 80-37 du 7 mars 1980 pris en application de l'Ordonnance n° 80-11 du 9 janvier 1980 relative à l'exercice de la profession d'avocat.

Décret n° 82-50 du 15 mars 1982, portant Code de procédure civile, *J.O.R.T.* n° 8, du 15 mars 1982.

Directive 75/129/CEE du Conseil du 17 Février 1975, modifiée par la Directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs

Doc. Sénat, n° 135, *Etude de législations comparées*, juin 2004, La sauvegarde des entreprises en difficulté

Etude Juriscope, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté en Allemagne*, Janv. 1999, p.5

JOAN, Q. 22 juill. 1985, p. 3434.

J.O.R.T. n° 38 du 13 décembre 2006

La loi n° 85-98 du 25 janvier 1985

Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie

Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, de modernisation de l'économie, JO n° 0181 du 15 août 2008, p. 12471

Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010, portant régulation bancaire et financière.

Loi n° 22 /2003 du 9 juillet 2003 relative à la réforme du Concours, article 2, al. 3.

Loi n° 95-014 du 14 juillet 1995 et son décret d'application n° 96-038 du 10 avril 1996, portant réglementation des institutions mutualistes ou coopératives d'épargne et de crédit, *J.O.R.T.* 16 juillet 1995

Loi relative à la continuité des entreprises, *Moniteur belge du 9 févr. 2009*

Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *J.O.* 18 déc. 2008.

<http://archives.lesechos.fr/archives/2011/LesEchos/21069-095-ECH.htm>.

[http://fr.wikipedia.org/wiki/Delta\\_Airlines](http://fr.wikipedia.org/wiki/Delta_Airlines)

[http://fr.wikipedia.org/wiki/Licenciement\\_pour\\_motif\\_%C3%A9conomique#cite\\_note-1](http://fr.wikipedia.org/wiki/Licenciement_pour_motif_%C3%A9conomique#cite_note-1)



<http://lci.tf1.fr/economie/2002-12/faillite-geante-pour-united-airlines-4876071.html>

<http://www.latribune.fr/entreprises-finance/services/transport-logistique/20111129trib000667518/american-airlines-depose-le-bilan-.html>

<http://www.lefigaro.fr/societes/2010/07/27/04015-20100727ARTFIG00466-1-ue-autorise-le-mariage-entre-united-airlines-et-continental.php>

[http://www.lemonde.fr/ameriques/article/2010/05/03/fusion-annoncee-entre-continental-airlines-et-united-airlines\\_1345712\\_3222.html](http://www.lemonde.fr/ameriques/article/2010/05/03/fusion-annoncee-entre-continental-airlines-et-united-airlines_1345712_3222.html): La fusion entre Delta Air Lines et Northwest a eu lieu le 29 octobre 2008, et celle entre United Airlines et Continental Airlines, le 3 mai 2011.

<http://www.ohada.com>

## **ANNEXE:**

### **Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif**

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

## TITRE PRÉLIMINAIRE

**ART. 1er** - Le présent Acte uniforme a pour objet :

- d'organiser les procédures collectives de règlement préventif, de redressement judiciaire et de liquidation des biens du débiteur en vue de l'apurement collectif de son passif ;
- de définir les sanctions patrimoniales, professionnelles et pénales relatives à la défaillance du débiteur et des dirigeants de l'entreprise débitrice.

**ART. 2** - 1. Le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif.

Le règlement préventif est applicable à toute personne physique ou morale commerçante et à toute personne morale de droit privé non commerçante, à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé qui, quelle que soit la nature de ses dettes, connaît une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise.

2. Le redressement judiciaire est une procédure destinée à la sauvegarde de l'entreprise et à l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement.

3. La liquidation des biens est une procédure qui a pour objet la réalisation de l'actif du débiteur pour apurer son passif.

4. Le redressement judiciaire et la liquidation des biens sont applicables à toute personne physique ou morale commerçante, à toute personne morale de droit privé non commerçante, à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé qui cesse ses paiements.

**ART. 3** - Le règlement préventif, le redressement judiciaire et la liquidation des biens relèvent de la juridiction compétente en matière commerciale.

Cette juridiction est également compétente pour 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 et sociales.

**ART. 4** - La juridiction territorialement compétente pour connaître des procédures collectives est celle dans le ressort de laquelle le débiteur a son principal établissement ou, s'il s'agit d'une personne morale, son siège ou, à défaut de siège sur le territoire national, son principal établissement. Si le siège social est à l'étranger, la procédure se déroule devant la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve le principal centre d'exploitation situé sur le territoire national.

La juridiction du siège ou du principal établissement de la personne morale est également compétente pour prononcer le règlement préventif, le redressement judiciaire ou la liquidation des biens des personnes solidairement responsables du passif de celle-ci.

Toute contestation sur la compétence de la juridiction saisie doit être tranchée par celle-ci dans les quinze jours de sa saisine et, en cas d'appel, dans le délai d'un mois par la juridiction d'appel.

Lorsque sa compétence est contestée en raison du lieu, la juridiction, si elle se déclare compétente, doit statuer aussi sur le fond dans la même décision; celle-ci ne peut être attaquée sur la compétence et sur le fond que par la voie de l'appel.

## TITRE I RÈGLEMENT PRÉVENTIF

### CHAPITRE I OUVERTURE DU RÈGLEMENT PRÉVENTIF

**ART. 5** - La juridiction compétente est saisie par requête du débiteur exposant sa situation économique et financière et présentant les perspectives de redressement de l'entreprise et d'apurement du passif.

La requête est adressée au Président de la juridiction compétente et déposée au greffe de cette juridiction contre récépissé. Elle indique les créances pour lesquelles le débiteur demande la suspension des poursuites individuelles.

Aucune requête en règlement préventif ne peut être présentée par le débiteur avant l'expiration d'un délai de cinq ans suivant une précédente requête ayant abouti à une décision de règlement préventif.

**ART. 6** - En même temps que la requête, le demandeur d'un règlement préventif doit déposer :

- 1° un extrait d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier;
- 2° les états financiers de synthèse comprenant, notamment, le bilan, le compte de résultat, un tableau financier des ressources et des emplois ;
- 3° un état de la trésorerie ;
- 4° l'état chiffré des créances et des dettes avec indication du nom et du domicile des créanciers et des débiteurs ;
- 5° l'état détaillé, actif et passif, des sûretés personnelles et réelles données ou reçues par l'entreprise et ses dirigeants;
- 6° l'inventaire des biens du débiteur avec indication des biens mobiliers soumis à revendication par leurs propriétaires et de ceux affectés d'une clause de réserve de propriété;
- 7° le nombre des travailleurs et le montant des salaires et des charges salariales ;
- 8° le montant du chiffre d'affaires et des bénéfices imposés des trois dernières années ;
- 9° le nom et l'adresse des représentants du personnel ;
- 10° s'il s'agit d'une personne morale, la liste des membres solidairement responsables des dettes de celle-ci, avec indication de leurs noms et domiciles ainsi que les noms et adresses de ses dirigeants.

Tous ces documents doivent être datés, signés et certifiés conformes et sincères par le requérant.

Dans le cas où l'un de ces documents ne peut être fourni, ou ne peut l'être qu'incomplètement, la requête doit contenir l'indication des motifs de cet empêchement.

**ART. 7** - En même temps que le dépôt prévu par l'article 6 ci-dessus ou, au plus tard, dans les trente jours qui suivent celui-ci, le débiteur doit, à peine d'irrecevabilité de sa requête, déposer une offre de concordat préventif précisant les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise, notamment:

- les modalités de continuation de l'entreprise telles que la demande de délais et de remises; la cession partielle d'actif avec indication précise des biens à céder ; la cession ou la location-gérance d'une branche d'activité formant un fonds de commerce; la cession ou la location-gérance de la totalité de l'entreprise, sans que ces modalités soient limitatives et exclusives les unes des autres ;
- les personnes tenues d'exécuter le concordat et l'ensemble des engagements souscrits par elles et nécessaires au redressement de l'entreprise ; les modalités du maintien et du financement de l'entreprise, du règlement du passif né antérieurement à la décision prévue à l'article 8 ci-dessous, ainsi que, s'il y a lieu, les garanties fournies pour en assurer l'exécution ; ces engagements et garanties peuvent consister, notamment, en la souscription d'une augmentation du capital social par les anciens associés ou par de nouveaux, l'ouverture de crédits par des établissements bancaires ou financiers, la poursuite de l'exécution de contrats conclus antérieurement à la requête, la fourniture de cautions ;
- les licenciements pour motif économique qui doivent intervenir dans les conditions prévues par les dispositions du droit du travail.
- le remplacement de dirigeants.

**ART. 8** - 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 redressement compte tenu des délais et remises consentis ou susceptibles de l'être par les créanciers et toutes autres mesures contenues dans les propositions du concordat préventif.

L'expert ainsi désigné est soumis aux dispositions des articles 41 et 42 du présent Acte uniforme.

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

**ART. 9** - La décision prévue par l'article 8 suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement des créances désignées par le débiteur et nées antérieurement à ladite décision.

La suspension concerne aussi bien les voies d'exécution que les mesures conservatoires.

Elle s'applique à tous les créanciers chirographaires et munis de privilèges généraux ou de sûretés réelles spéciales telles que, notamment, un privilège mobilier spécial, un gage, un nantissement ou une hypothèque, à l'exception des créanciers de salaires.

La suspension des poursuites individuelles ne s'applique ni aux actions tendant à la reconnaissance des droits ou des créances contestées ni aux actions cambiales dirigées contre les signataires d'effets de commerce autres que le bénéficiaire de la suspension des poursuites individuelles.

Les délais impartis aux créanciers à peine de déchéance, prescription ou résolution de leurs droits sont, en conséquence, suspendus pendant toute la durée de suspension des poursuites elles-mêmes.

**ART. 10** - Sauf remise par les créanciers, les intérêts légaux ou conventionnels ainsi que les intérêts moratoires et les majorations continuent à courir mais ne sont pas exigibles.

**ART. 11** - Sauf autorisation motivée du Président de la juridiction compétente, la décision de règlement préventif interdit au débiteur, sous peine d'inopposabilité de droit :

- de payer, en tout ou en partie, les créances nées antérieurement à la décision de suspension des poursuites individuelles et visées par celle-ci ;
- de faire aucun acte de disposition étranger à l'exploitation normale de l'entreprise, ni consentir aucune sûreté.

Il est également interdit au débiteur de désintéresser les cautions qui ont acquitté des créances nées antérieurement à la décision prévue à l'article 8 ci-dessus.

**ART. 12** - 1. L'expert apprécie la situation du débiteur.

A cet effet, il peut, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication par les commissaires aux comptes, les comptables, les représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociales, les établissements bancaires ou financiers, ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur.

2. L'expert a la charge de signaler à la juridiction compétente les manquements à l'article 11 ci-dessus.

3. L'expert entend le débiteur et les créanciers et leur prête ses bons offices pour parvenir à la conclusion d'un accord sur les modalités de redressement de l'entreprise et l'apurement de son passif.

**ART. 13** - L'expert commis dépose au greffe, en double exemplaire, son rapport contenant le concordat préventif proposé par le débiteur ou conclu entre lui et ses créanciers, dans les deux mois de sa saisine, au plus tard, sauf autorisation motivée du Président de la juridiction compétente de proroger ce délai d'un mois.

L'expert est tenu de respecter le délai prévu par l'alinéa précédent, sous peine d'engager sa responsabilité auprès du débiteur ou des créanciers.

Un exemplaire du rapport est transmis au représentant du Ministère Public par le greffier en chef.

**ART. 14** - Dans les huit jours du dépôt du rapport, le Président saisit la juridiction compétente et convoque le débiteur à comparaître devant cette juridiction pour y être entendu en audience non publique. Il doit, également convoquer à cette audience l'expert rapporteur ainsi que tout créancier qu'il juge utile d'entendre.

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

**ART. 15** - La juridiction compétente statue en audience non publique.

1. Si elle constate la cessation des paiements, elle prononce, d'office, et à tout moment, le redressement judiciaire ou la liquidation des biens sans préjudice des dispositions de l'article 29 ci-dessous.

2. Lorsque la situation du débiteur le justifie, elle rend une décision de règlement préventif et homologue le concordat préventif en constatant les délais et remises consentis par les créanciers et en donnant acte au débiteur des mesures proposées pour le redressement de l'entreprise. Les délais et remises consentis par les créanciers peuvent être différents.

La juridiction compétente homologue le concordat préventif si :

- les conditions de validité du concordat sont réunies ;
- aucun motif tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public ne paraît de nature à empêcher le concordat;
- le concordat offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise, de règlement du passif et des garanties suffisantes d'exécution ;
- les délais consentis n'excèdent pas trois ans pour l'ensemble des créanciers et un an pour les créanciers de salaires.

Dans le cas où le concordat préventif comporte une demande de délai n'excédant pas deux ans, la juridiction compétente peut rendre ce délai opposable aux créanciers qui ont refusé tout délai et toute remise sauf si ce délai met en péril l'entreprise de ces créanciers.

Les créanciers de salaires ne peuvent consentir aucune remise ni se voir imposer un délai qu'ils n'ont pas consenti eux-mêmes.

3. Si la juridiction compétente estime que la situation du débiteur ne relève d'aucune procédure collective ou si elle rejette le concordat préventif proposé par le débiteur, elle annule la décision prévue à l'article 8 ci-dessus. Cette annulation remet les parties en l'état antérieur à cette décision.

4. La juridiction compétente doit se prononcer dans le mois de sa saisine.

**ART. 16** - La décision de la juridiction compétente homologuant le concordat préventif met fin à la mission de l'expert rapporteur sous réserve des dispositions de l'article 17 ci-après. Toutefois, la juridiction compétente peut désigner un syndic et des contrôleurs chargés de surveiller l'exécution du concordat préventif dans les mêmes conditions que celles prévues pour le concordat de redressement judiciaire.

Elle désigne également un Juge-commissaire.

**ART. 17** - La décision de règlement préventif est publiée dans les conditions prévues par les articles 36 et 37 ci-dessous.

La vérification de la publicité est faite par l'expert dans les conditions prévues par l'article 38 ci-dessous.

## CHAPITRE II

### ORGANES ET EFFETS DU RÈGLEMENT PRÉVENTIF

**ART. 18** - L'homologation du concordat préventif rend celui-ci obligatoire pour tous les créanciers antérieurs à la décision de règlement préventif, que leurs créances soient chirographaires ou garanties par une sûreté dans les conditions de délais et de remises qu'ils ont consenties au débiteur sans préjudice des dispositions de l'article 15.2 ci-dessus. Il en est de même à l'égard des cautions ayant acquitté des dettes du débiteur nées antérieurement à cette décision.

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 préventif auquel ils ont consenti ou qui leur a été imposé.

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

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

Dès que la décision de règlement préventif est passée en force de chose jugée, le débiteur recouvre la liberté d'administration et de disposition de ses biens.

**ART. 19** - L'expert désigné en application de l'article 8 rend compte de sa mission au président de la juridiction compétente dans le délai d'un mois à compter de la décision admettant le concordat préventif.

Le président de la juridiction compétente vise le compte rendu.

A défaut de retrait, par le débiteur, des papiers et effets remis par lui à l'expert, celui-ci en est dépositaire pendant seulement deux ans à compter de son compte rendu.

**ART. 20** - Le syndic désigné en application de l'article 16 ci-dessus contrôle l'exécution du concordat préventif. Il signale aussitôt tout manquement au Juge-commissaire.

Il rend compte, tous les trois mois, au Juge-commissaire du déroulement des opérations et en avertit le débiteur. Celui-ci dispose d'un délai de quinze jours pour formuler, s'il y a lieu, ses observations et contestations.

Le syndic qui cesse ses fonctions dépose ses comptes au greffe dans le mois suivant la cessation de ses fonctions.

La rémunération du syndic en qualité de contrôleur est fixée par la juridiction qui l'a nommé.

**ART. 21** - A la demande du débiteur et sur rapport du syndic chargé du contrôle de l'exécution du concordat préventif, s'il en a été désigné un, la juridiction compétente peut décider toute modification de nature à abrégé ou à favoriser cette exécution.

Les dispositions des articles 139 à 143 ci-dessous sont applicables à la résolution et à l'annulation du concordat préventif.

### CHAPITRE III VOIES DE RECOURS

**ART. 22** - La décision de suspension des poursuites individuelles prévue par l'article 8 ci-dessus n'est susceptible d'aucune voie de recours.

**ART. 23** - Les décisions de la juridiction compétente relatives au règlement préventif sont exécutoires par provision et ne peuvent être attaquées que par la voie de l'appel qui doit être interjeté dans le délai de quinze jours à compter de leur prononcé. Les dispositions de l'article 218 ci-dessous relatives à la computation des délais sont applicables au règlement préventif.

La juridiction d'appel doit statuer dans le mois de sa saisine.

Si la juridiction d'appel confirme la décision de règlement préventif, elle admet le concordat préventif.

Si la juridiction d'appel constate la cessation des paiements, elle fixe la date de celle-ci et prononce le redressement judiciaire ou la liquidation des biens et renvoie la procédure devant la juridiction compétente.

Dans les trois jours de la décision de la juridiction d'appel, le greffier de cette juridiction en adresse un extrait au greffier de la juridiction du premier ressort qui procède à la publicité prescrite par l'article 17 ci-dessus.

**ART. 24** - Les décisions du Président de la juridiction compétente visées à l'article 11 ci-dessus ne peuvent faire l'objet que d'une opposition devant la dite juridiction dans le délai de huit jours. Les dispositions de l'article 218 ci-après relatives à la computation des délais sont applicables au règlement préventif.

A cet effet, ces décisions sont déposées au greffe le jour où elles sont rendues. Elles sont notifiées aussitôt au débiteur par lettre recommandée ou tout moyen laissant trace écrite.

La juridiction compétente doit statuer dans le délai de huit jours à compter du jour où l'opposition est formée. L'opposition est faite par déclaration au greffe. Le greffier convoque l'opposant, par lettre recommandée ou tout moyen laissant trace écrite, à la plus prochaine audience pour y être entendu en Chambre du Conseil.

Les décisions de la juridiction statuant sur l'opposition ne sont susceptibles d'aucune voie de recours autre que le pourvoi en cassation.

## TITRE II REDRESSEMENT JUDICIAIRE ET LIQUIDATION DES BIENS

### CHAPITRE I OUVERTURE DU REDRESSEMENT JUDICIAIRE ET DE LA LIQUIDATION DES BIENS

**ART. 25** - Le débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible doit faire une déclaration de cessation des paiements aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, quelle que soit la nature de ses dettes.

La déclaration doit être faite dans les trente jours de la cessation des paiements et déposée au greffe de la juridiction compétente contre récépissé.

**ART. 26** - A la déclaration prévue par l'article 25 ci-dessus, doivent être joints, arrêtés à la date de celle-ci :

- 1° un extrait d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier ;
- 2° les états financiers de synthèse comprenant, notamment, le bilan, le compte de résultat, un tableau financier des ressources et des emplois ;
- 3° un état de la trésorerie ;
- 4° l'état chiffré des créances et des dettes avec indication du nom et du domicile des créanciers et des débiteurs ;
- 5° l'état détaillé, actif et passif, des sûretés personnelles et réelles données ou reçues par l'entreprise ou ses dirigeants ;
- 6° l'inventaire des biens du débiteur avec indication des biens mobiliers soumis à revendication par leurs propriétaires et de ceux affectés d'une clause de réserve de propriété ;
- 7° le nombre des travailleurs et le montant des salaires et des charges salariales impayés ;
- 8° le montant du chiffre d'affaires et des bénéfices imposés des trois dernières années ;
- 9° le nom et l'adresse des représentant du personnel ;
- 10° s'il s'agit d'une personne morale, la liste des membres solidairement responsables des dettes de celle-ci avec indication de leurs noms et domiciles ainsi que les noms et adresses de ses dirigeants.

Tous ces documents doivent être datés, signés et certifiés conformes et sincères par le déclarant.

Dans le cas où l'un de ces documents ne peut être fourni, ou ne peut l'être qu'incomplètement, la déclaration doit contenir l'indication des motifs de cet empêchement.

**ART. 27** - En même temps que la déclaration prévue par l'article 25 ci-dessus ou, au plus tard, dans les quinze jours qui suivent celle-ci, le débiteur doit déposer une offre de concordat précisant les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise, notamment :

- les modalités de continuation de l'entreprise telles que la demande ou l'octroi de délais et de remises ; la cession partielle d'actif avec indication précise des biens à céder ; la cession ou la location-gérance d'une branche d'activité formant un fonds de commerce ; la cession ou la location-gérance de la totalité de l'entreprise, sans que ces modalités soient limitatives et exclusives les unes des autres ;
- les personnes tenues d'exécuter le concordat et l'ensemble des engagements souscrits par elles et nécessaires au redressement de l'entreprise ; les modalités du maintien et du financement de l'entreprise, du règlement du passif né antérieurement à la décision d'ouverture ainsi que, s'il y a lieu, les garanties fournies pour en assurer l'exécution ; ces engagements et garanties peuvent consister, notamment, en la souscription d'une augmentation du capital social par les anciens associés ou par de nouveaux, l'ouverture de crédits par des établissements bancaires ou financiers, la poursuite de l'exécution de contrats conclus antérieurement à la décision d'ouverture, la fourniture de cautions ;
- les licenciements pour motif économique qui doivent intervenir dans les conditions prévues par les articles 110 et 111 du présent Acte uniforme.
- le remplacement de dirigeants.

**ART. 28** - La procédure collective peut être ouverte sur la demande d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance, pourvu qu'elle soit certaine, liquide et exigible.

L'assignation du créancier doit préciser la nature et le montant de sa créance et viser le titre sur lequel elle se fonde.

Le débiteur a la possibilité de faire la déclaration et la proposition de concordat prévues aux articles 25, 26 et 27 ci-dessus dans le délai d'un mois suivant l'assignation.

**ART. 29** - 1. La juridiction compétente peut se saisir d'office, notamment sur la base des informations fournies par le représentant du Ministère Public, les commissaires aux comptes des personnes morales de droit privé lorsque celles-ci en comportent, les associés ou membres de ces personnes morales ou les institutions représentatives du personnel qui lui indiquent les faits de nature à motiver cette saisine.

Le Président fait convoquer le débiteur, par les soins du greffier, par acte extrajudiciaire, à comparaître devant la juridiction compétente siégeant en audience non publique. L'acte extrajudiciaire doit contenir la reproduction intégrale du présent article.



2. Si le débiteur comparaît, le Président l'informe des faits de nature à motiver la saisine d'office et reçoit ses observations. Si le débiteur reconnaît être en cessation des paiements ou en difficulté ou si le Président acquiert l'intime conviction qu'il est dans une telle situation, ce dernier lui accorde un délai de trente jours pour faire la déclaration et la proposition de concordat de redressement prévues aux articles 25, 26 et 27 ci-dessus. Le même délai est accordé aux membres d'une personne morale indéfiniment et solidairement responsables du passif de celle-ci.

Passé ce délai, la juridiction compétente statue en audience publique.

3. Si le débiteur ne comparaît pas, il en est pris acte et la juridiction compétente statue à la première audience publique utile.

**ART. 30** - Lorsqu'un commerçant est décédé en état de cessation des paiements, la juridiction compétente est saisie dans le délai d'un an à partir du décès, soit sur déclaration d'un héritier, soit sur l'assignation d'un créancier.

La juridiction compétente peut se saisir d'office dans le même délai, les héritiers connus du débiteur étant entendus ou dûment appelés. Dans ce cas, la procédure de l'article 29 ci-dessus est applicable.

En cas de saisine de la juridiction compétente par les héritiers, ceux-ci doivent souscrire une déclaration de cessation des paiements et déposer une offre de concordat dans les conditions prévues aux articles 25, 26 et 27 ci-dessus.

En cas de saisine de la juridiction compétente sur assignation des créanciers, les dispositions de l'article 28 ci-dessus sont applicables.

**ART. 31** - L'ouverture d'une procédure collective peut être demandée, dans le délai d'un an à partir de la radiation du débiteur du Registre du commerce et du crédit immobilier, lorsque la cessation des paiements est antérieure à cette radiation.

Elle peut également 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 Registre du commerce et du crédit immobilier lorsque la cessation des paiements de la société est antérieure à cette mention.

Dans les deux cas, la juridiction compétente est saisie sur assignation des créanciers ou se saisit d'office dans les conditions prévues aux articles 28 et 29 ci-dessus.

**ART. 32** - 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.

Avant la décision d'ouverture d'une procédure collective, le Président de la juridiction compétente peut désigner un juge du siège ou toute personne qu'il estime qualifiée, à charge de dresser et lui remettre un rapport dans un délai qu'il détermine, pour recueillir tous renseignements sur la situation et les agissements du débiteur et la proposition de concordat faite par lui.

La juridiction compétente statue à la première audience utile et, s'il y a lieu, sur le rapport prévu à l'alinéa précédent; elle ne peut rendre sa décision avant l'expiration d'un délai de trente jours à compter de sa saisine, quel que soit le mode de saisine.

La juridiction compétente saisie ne peut inscrire l'affaire au rôle général.

**ART. 33** - La juridiction compétente qui constate la cessation des paiements doit prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens.

Elle prononce le redressement judiciaire s'il lui apparaît que le débiteur a proposé un concordat sérieux. Dans le cas contraire, elle prononce la liquidation des biens.

La décision qui constate la cessation des paiements d'une personne morale produit ses effets à l'égard de tous les membres indéfiniment et solidairement responsables du passif de celle-ci et prononce, contre chacun d'eux, soit le redressement judiciaire, soit la liquidation des biens.

A toute époque de la procédure de redressement judiciaire, la juridiction compétente peut convertir celle-ci en liquidation des biens s'il se révèle que le débiteur n'est pas ou n'est plus dans la possibilité de proposer un concordat sérieux.

La décision de la juridiction compétente est susceptible d'appel. La juridiction d'appel qui annule ou infirme la décision de première instance peut prononcer, d'office, le redressement judiciaire ou la liquidation des biens.

**ART. 34** - La juridiction compétente doit fixer provisoirement la date de cessation des paiements, faute de quoi celle-ci est réputée avoir lieu à la date de la décision qui la constate.

La date de cessation des paiements ne peut être antérieure de plus de dix-huit mois au prononcé de la décision d'ouverture.

La juridiction compétente peut modifier, dans les limites fixées au précédent alinéa, la date de cessation des paiements par une décision postérieure à la décision d'ouverture.

Aucune demande tendant à faire fixer la date de cessation des paiements à une autre date que celle fixée par la décision d'ouverture ou une décision postérieure, n'est recevable après l'expiration du délai d'opposition prévu à l'article 88 ci-dessus. A partir de ce jour, la date de cessation des paiements demeure irrévocablement fixée.

**ART. 35** - La décision d'ouverture nomme un Juge-commissaire parmi les juges de la juridiction, à l'exclusion de son Président sauf en cas de juge unique. Il désigne le ou les syndics sans que le nombre de ceux-ci puisse excéder trois. Le cas échéant, l'expert désigné pour le règlement préventif d'un débiteur ne peut être désigné comme syndic.

Le greffier adresse immédiatement un extrait de la décision au représentant du Ministère Public. Cet extrait mentionne les principales dispositions de la décision.

**ART. 36** - Toute décision d'ouverture de procédure collective est mentionnée, sans délai, au registre du commerce et du crédit mobilier. Si le débiteur est une personne morale de droit privé non commerçante, la mention est portée au registre chronologique ; en outre, une fiche est établie au nom de l'intéressé au fichier alphabétique avec mention de la décision la concernant ; il est indiqué, de plus, les nom et adresse du ou des dirigeants ainsi que le siège de la personne morale.

La décision est, en outre, insérée par extrait, avec les mêmes indications, dans un journal habilité à recevoir des annonces légales au lieu du siège de la juridiction compétente. Une deuxième insertion doit être faite, dans les mêmes conditions, quinze jours plus tard. Outre les indications prévues par le présent article, les deux extraits doivent contenir avertissement fait aux créanciers de produire leurs créances auprès du syndic et reproduction intégrale des dispositions de l'article 78 du présent Acte uniforme.

La même publicité doit être faite au lieu où le débiteur ou la personne morale a des établissements principaux.

La publicité ci-dessus est faite, d'office, par le greffier.

**ART. 37** - Les mentions faites au registre du commerce et du crédit mobilier sont adressées, pour insertion, au Journal officiel, dans les quinze jours du prononcé de la décision. Cette insertion contient, d'une part, indication du débiteur ou de la personne morale débitrice, de son domicile ou siège social, de son numéro d'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier, de la date de la décision qui prononce le règlement préventif, le redressement judiciaire ou la liquidation des biens et, d'autre part, l'indication des numéros du journal d'annonces légales où ont été publiés les extraits prévus à l'article 36 ci-dessus ; elle indique également le nom et l'adresse du syndic auprès duquel les créanciers doivent produire leurs créances et reproduit intégralement les dispositions de l'article 78 du présent Acte uniforme.

L'insertion au Journal officiel est faite, d'office, par le greffier ou, à défaut, le syndic.

Elle est facultative si la publicité dans un journal d'annonces légales a été faite conformément aux dispositions de l'article 36 ci-dessus. Elle est obligatoire dans le cas contraire.

**ART. 38** - Le syndic est tenu de vérifier si les mentions et publicités prévues par les articles 36 et 37 du présent Acte uniforme ont été accomplies.

Il est également tenu d'inscrire la décision d'ouverture conformément aux dispositions organisant la publicité foncière.

## CHAPITRE II

### ORGANES DU REDRESSEMENT JUDICIAIRE ET DE LA LIQUIDATION DES BIENS

#### Section 1 : Juge-Commissaire

**ART. 39** - Le Juge-commissaire, placé sous l'autorité de la juridiction compétente, veille au déroulement rapide de la procédure et aux intérêts en présence.

Il recueille tous les éléments d'information qu'il juge utiles. Il peut, notamment, entendre le débiteur ou les dirigeants de la personne morale, leurs préposés, les créanciers ou toute autre personne, y compris le conjoint ou les héritiers connus du débiteur décédé en état de cessation des paiements.

Nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, il peut obtenir communication, par les commissaires aux comptes, les comptables, les membres et représentants du personnel, par les administrations et organismes publics, les organismes de prévoyance et de sécurité sociales, les établissements de crédit ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une information exacte sur la situation économique et financière de l'entreprise.

Le Juge-commissaire fait rapport à la juridiction compétente de toutes contestations nées de la procédure collective.

La juridiction compétente peut, à tout moment, procéder au remplacement du Juge-commissaire.

**ART. 40** - Le Juge-commissaire statue sur les demandes, contestations et revendications relevant de sa compétence, dans le délai de huit jours à partir de sa saisine. Passé ce délai, s'il n'a pas statué, il est réputé avoir rendu une décision de rejet de la demande.

Les décisions du Juge-commissaire sont immédiatement déposées au greffe et notifiées par les soins du greffier, par lettre recommandée ou tout moyen laissant trace écrite, à toutes personnes à qui elles sont susceptibles de faire grief.

Elles peuvent être frappées d'opposition formée par simple déclaration au greffe dans les huit jours de leur dépôt ou de leur notification ou suivant le délai prévu à l'alinéa premier du présent article. Pendant le même délai, la juridiction compétente peut se saisir d'office et réformer ou annuler les décisions du Juge-commissaire.

La juridiction compétente statue à la première audience.

Lorsque la juridiction compétente statue sur une opposition formée contre une décision du Juge-commissaire, ce dernier ne peut siéger.

## **Section 2 : Syndic**

**ART. 41** - Aucun parent ou allié du débiteur jusqu'au quatrième degré inclusivement ne peut être nommé syndic.

Lorsqu'il y a lieu de procéder à l'adjonction ou au remplacement d'un ou de plusieurs syndics, il en est référé par le Juge-commissaire à la juridiction compétente qui procède à la nomination.

**ART. 42** - La juridiction compétente peut prononcer la révocation d'un ou de plusieurs syndics sur proposition du Juge-commissaire agissant, soit d'office, soit sur les réclamations qui lui sont adressées par le débiteur, par les créanciers ou par les contrôleurs.

Si une réclamation tend à la révocation du syndic, le Juge-commissaire doit statuer, dans les huit jours, en rejetant la demande ou en proposant à la juridiction compétente la révocation du syndic.

Si, à l'expiration de ce délai, le Juge-commissaire n'a pas statué, la réclamation peut être portée devant la juridiction compétente; s'il a statué, sa décision peut être frappée d'opposition dans les conditions prévues par l'article 40 ci-dessus.

La juridiction compétente entend, en audience non publique, le rapport du Juge-commissaire et les explications du syndic. Sa décision est prononcée en audience publique.

**ART. 43** - Le ou les syndics sont chargés de représenter les créanciers sous réserve des dispositions des articles 52 et 53 ci-après. Ils ont la qualité de mandataires rémunérés et sont civilement responsables de leurs fautes dans les termes du droit commun, sans préjudice de leur responsabilité pénale.

S'il a été nommé plusieurs syndics, ils agissent collectivement. Toutefois, le Juge-commissaire peut, selon les circonstances, donner à un ou plusieurs d'entre eux, le pouvoir d'agir individuellement; dans ce cas, seuls les syndics ayant reçu ce pouvoir sont responsables en cas de faute de leur part.

Si une réclamation est formée contre l'une quelconque des opérations du syndic, le Juge-commissaire est saisi et statue dans les conditions prévues à l'article 40 ci-dessus. Le syndic a l'obligation de rendre compte de sa mission et du déroulement de la procédure collective au

Juge-commissaire selon une périodicité définie par ce magistrat. A défaut, il doit rendre compte une fois par mois et, dans tous les cas, chaque fois que le Juge-commissaire le lui demande.

**ART. 44** - Le syndic qui cesse ses fonctions doit rendre ses comptes au nouveau syndic, en présence du Juge-commissaire, le débiteur dûment appelé par lettre recommandée ou tout moyen laissant trace écrite.

**ART. 45** - Les deniers éventuellement recueillis par le syndic, quelle qu'en soit la provenance, sont versés immédiatement à un compte spécialement ouvert pour chaque procédure collective auprès d'un établissement bancaire ou postal ou au Trésor. Dans les huit jours des recettes, le syndic doit justifier lesdits versements au Juge-commissaire. En cas de retard, le syndic doit les intérêts des sommes qu'il n'a pas versées. Le Juge-commissaire arbitre les sommes nécessaires aux dépenses et frais de la procédure.

Si des fonds dus au débiteur ont été déposés à un compte spécial par des tiers, il en est fait transfert à un compte ouvert par le syndic au nom de la procédure collective, à charge par lui d'obtenir mainlevée des oppositions éventuelles.

Les fonds ainsi versés ne peuvent être retirés qu'en vertu d'une décision du Juge-commissaire.

**ART. 46** - Le syndic est responsable des livres, papiers et effets remis par le débiteur ou appartenant à celui-ci ainsi que par les créanciers ou par tout apporteur pendant cinq ans à partir du jour de la reddition des comptes.

### **Section 3 : Ministère Public**

**ART. 47** - 1. Le représentant du Ministère Public est informé du déroulement de la procédure collective par le Juge-commissaire. Il peut, à toute époque, requérir communication de tous actes, livres ou documents relatifs à la procédure collective.

Le défaut de communication d'information ou de document ne peut être invoqué que par le représentant du Ministère Public.

2. Le représentant du Ministère Public communique au Juge-commissaire, sur sa demande ou même d'office, les renseignements utiles à l'administration de la procédure collective et provenant de toute procédure pénale, nonobstant le secret de l'instruction.

### **Section 4 : Contrôleurs**

**ART. 48** - A toute époque, le Juge-commissaire peut nommer un ou plusieurs contrôleurs choisis parmi les créanciers, sans que leur nombre puisse excéder trois.

Toutefois, la nomination de contrôleurs est obligatoire à la demande des créanciers représentant, au moins, la moitié du total des créances même non vérifiées.

Dans ce cas, le Juge-commissaire désigne trois contrôleurs choisis respectivement parmi les créanciers munis de sûretés réelles spéciales mobilières ou immobilières, les représentants du personnel et les créanciers chirographaires.

Aucun parent ou allié du débiteur ou des dirigeants de la personne morale, jusqu'au quatrième degré inclusivement, ne peut être nommé contrôleur ou représentant d'une personne morale désignée comme contrôleur.

Les contrôleurs peuvent être révoqués par la juridiction compétente sur proposition du Juge-commissaire. Après révocation, le Juge-commissaire nomme leurs remplaçants.

**ART. 49** - Les contrôleurs assistent le Juge-commissaire dans sa mission de surveillance du déroulement de la procédure collective et veillent aux intérêts des créanciers.

Ils ont toujours le droit de vérifier la comptabilité et l'état de situation présenté par le débiteur, de demander compte de l'état de la procédure, des actes accomplis par le syndic ainsi que des recettes faites et des versements effectués.

Ils sont obligatoirement consultés pour la continuation de l'activité de l'entreprise au cours de la procédure de vérification des créances et à l'occasion de la réalisation des biens du débiteur.

Ils peuvent saisir de toutes contestations le Juge-commissaire qui statue conformément aux dispositions de l'article 40 ci-dessus.

Les fonctions des contrôleurs sont gratuites et doivent être exercées personnellement. Les contrôleurs ne répondent que de leurs fautes lourdes.

## **Section 5 : Dispositions Générales**

**ART. 50** - Lorsque les deniers du débiteur ne peuvent suffire immédiatement aux frais de la décision de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, de signification, d'affiche et d'insertions de cette décision dans les journaux, d'apposition, de garde et de levée des scellés ou d'exercice des actions en déclaration d'inopposabilité, de comblement du passif, d'extension des procédures collectives et de faillite personnelle des dirigeants des personnes morales, l'avance de ces frais est faite, sur décision du Juge-commissaire, par le Trésor public qui en sera remboursé, par privilège, sur les premiers recouvrements.

Cette disposition est applicable à la procédure d'appel de la décision prononçant le redressement judiciaire ou la liquidation des biens.

**ART. 51** - Il est interdit au syndic et à tous ceux qui ont participé à l'administration de toute procédure collective, d'acquiescer personnellement, soit directement, soit indirectement, à l'amiable ou par vente de justice, tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier du débiteur en état de règlement préventif, redressement judiciaire ou liquidation des biens.

### CHAPITRE III

#### EFFETS DE LA DÉCISION D'OUVERTURE A L'ÉGARD DU DÉBITEUR

### **Section 1 : Assistance ou dessaisissement du débiteur**

**ART. 52** - La décision qui prononce le redressement judiciaire emporte, de plein droit, à partir de sa date, et jusqu'à l'homologation du concordat ou la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens, assistance obligatoire du débiteur pour tous les actes concernant l'administration et la disposition de ses biens, sous peine d'inopposabilité de ces actes.

Toutefois, le débiteur peut accomplir, valablement, seul, les actes conservatoires et ceux de gestion courante entrant dans l'activité habituelle de l'entreprise, conformément aux usages de la profession, à charge d'en rendre compte au syndic.

Si le débiteur ou les dirigeants de la personne morale refusent de faire un acte nécessaire à la sauvegarde du patrimoine, le syndic peut y procéder seul, à condition d'y être autorisé par le Juge-commissaire. Il en est ainsi, notamment, lorsqu'il s'agit de prendre des mesures conservatoires, de procéder au recouvrement des effets et des créances exigibles, de vendre des objets dispendieux à conserver ou soumis à déperissement prochain ou à dépréciation imminente, d'intenter ou de suivre une action mobilière ou immobilière.

Si le syndic refuse son assistance pour accomplir des actes d'administration ou de disposition au débiteur ou aux dirigeants de la personne morale, ceux-ci ou les contrôleurs peuvent l'y contraindre par décision du Juge-commissaire obtenue dans les conditions prévues par les articles 40 et 43 ci-dessus.

**ART. 53** - La décision qui prononce la liquidation des biens d'une personne morale emporte, de plein droit, dissolution de celle-ci.

La décision qui prononce la liquidation des biens emporte, de plein droit, à partir de sa date, et jusqu'à la clôture de la procédure, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens présents et de ceux qu'il peut acquiescer à quelque titre que ce soit, sous peine d'inopposabilité de tels actes, sauf s'il s'agit d'actes conservatoires.

Les actes, droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont accomplis ou exercés, pendant toute la durée de la liquidation des biens, par le syndic agissant seul en représentation du débiteur.

Si le syndic refuse d'accomplir un acte ou d'exercer un droit ou une action concernant le patrimoine du débiteur, celui-ci ou les dirigeants de la personne morale ou les contrôleurs s'il en a été nommé, peuvent l'y contraindre par décision du

Juge-commissaire obtenue dans les conditions prévues par les articles 40 et 43 ci-dessus.

**ART. 54** - Dès son entrée en fonction, le syndic est tenu de faire tous actes nécessaires pour la conservation des droits du débiteur contre les débiteurs de celui-ci.

Il est tenu, notamment, de requérir au nom de la masse, les inscriptions des sûretés mobilières et immobilières soumises à publicité qui n'ont pas été requises par le débiteur lui-même. Le syndic joint à sa requête, un certificat constatant sa nomination.

**ART. 55** - Dans les trois jours de la décision d'ouverture, le débiteur doit se présenter au syndic avec ses livres comptables en vue de leur examen et de leur clôture. Tout tiers détenteur de ces livres est tenu de les remettre au syndic sur sa demande.

Le débiteur ou le tiers détenteur peut se faire représenter s'il justifie de causes d'empêchement reconnues légitimes.

Dans le cas où le bilan ne lui a pas été remis par le débiteur, le syndic dresse, à l'aide des livres, documents comptables, papiers et renseignements qu'il se procure, un état de situation.

**ART. 56** - En cas de liquidation des biens, les lettres adressées au débiteur sont remises au syndic, sauf celles ayant un caractère personnel. Le débiteur, s'il est présent, assiste à leur ouverture.

**ART. 57** - A partir de la décision d'ouverture d'une procédure collective contre une personne morale, les dirigeants de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non, ne peuvent, à peine de nullité, céder les parts sociales, actions ou tous autres droits sociaux qu'avec l'autorisation du Juge-commissaire et dans les conditions fixées par lui.

La juridiction compétente prononce l'incessibilité des droits sociaux de toute personne qui s'est immiscée dans la gestion de la personne morale à quelque moment que cette immixtion ait été constatée.

Les titres constatant les droits sociaux sont déposés entre les mains du syndic. A défaut de remise volontaire, le syndic met en demeure les dirigeants de procéder au dépôt entre ses mains. La non remise de ces titres est constitutive de l'infraction prévue à l'article 231, 7° ci-après.

Le syndic fait, le cas échéant, mentionner sur les registres de la personne morale et au Registre du commerce et du crédit mobilier, l'incessibilité des droits sociaux des dirigeants.

Le syndic dresse un état des droits sociaux et délivre aux dirigeants un certificat de dépôt ou d'inscription d'incessibilité pour leur permettre de participer aux assemblées de la personne morale.

**ART. 58** - Le syndic assure, sous sa responsabilité, la garde des titres qui lui sont remis par les dirigeants sociaux.

Il ne peut les restituer qu'après homologation du concordat ou après clôture des opérations de liquidation des biens, sauf à les remettre, à tout moment, à qui la justice l'ordonnera.

**ART. 59** - La décision d'ouverture peut prescrire l'apposition des scellés sur les caisses, coffres, portefeuilles, livres, papiers, meubles, effets, magasins et comptoirs du débiteur et, s'il s'agit d'une personne morale comportant des membres indéfiniment responsables, sur les biens de chacun des membres. L'apposition des scellés peut également être prescrite sur les biens des dirigeants des personnes morales.

Le greffier adresse immédiatement avis de la décision au Juge-commissaire qui appose les scellés.

Avant même cette décision, le Président de la juridiction compétente peut désigner, parmi les membres de celle-ci, soit d'office, soit sur réquisition d'un ou plusieurs créanciers, un juge qui appose les scellés, mais uniquement dans le cas de disparition du débiteur ou de détournement de tout ou partie de son actif.

Le Juge-commissaire ou le juge désigné selon les dispositions de l'alinéa précédent, donne, sans délai, avis de l'apposition des scellés au Président de la juridiction qui l'a ordonnée.

**ART. 60** - Si la juridiction compétente a ordonné l'apposition des scellés, le Juge-commissaire peut, sur proposition du syndic, le dispenser de faire placer sous scellés ou l'autoriser à en faire extraire :

1° les objets mobiliers et effets indispensables au débiteur et à sa famille sur l'état qui lui est soumis;

2° les objets soumis à dépérissement prochain ou à dépréciation imminente ;

3° 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.

**ART. 61** - Les livres et documents comptables sont extraits des scellés et remis au syndic par le Juge-commissaire après que ce magistrat les a arrêtés et qu'il a constaté sommairement, dans son procès-verbal, l'état dans lequel il les a trouvés.

Les effets en portefeuille à courte échéance ou susceptibles d'acceptation ou pour lesquels il faut faire des actes conservatoires, sont extraits des scellés par le Juge-commissaire, décrits et remis au syndic pour en faire le recouvrement.

**ART. 62** - Dans les trois jours de leur apposition, le syndic requiert la levée des scellés en vue des opérations d'inventaire.

**ART. 63** - Il est procédé, par le syndic, à l'inventaire des biens du débiteur, lui présent ou dûment appelé par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite.

En même temps qu'il est procédé à l'inventaire, il est fait récolement des objets mobiliers échappant à l'apposition des scellés ou extraits de ceux-ci après inventaire et prisée.

Le syndic peut se faire aider par telle personne qu'il juge utile pour la rédaction de l'inventaire comme pour l'estimation des biens.

Les marchandises placées sous sujétion douanière font l'objet, si le syndic en a connaissance, d'une mention spéciale.

Lorsque la procédure collective est ouverte après le décès du débiteur et qu'il n'a pas été fait d'inventaire, celui-ci est dressé ou poursuivi en présence des héritiers connus ou dûment appelés par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite.

Le représentant du Ministère Public peut assister à l'inventaire.

L'inventaire est dressé 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, 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.

**ART. 64** - Le débiteur peut obtenir sur l'actif, pour lui et pour sa famille, des secours fixés par le Juge-commissaire. Celui-ci prend sa décision après avoir entendu le syndic.

**ART. 65** - 1° En cas de redressement judiciaire, le syndic doit immédiatement requérir le débiteur de souscrire toutes les déclarations lui incombant en matière fiscale, douanière et de sécurité sociale.

Le syndic surveille la production de ces déclarations.

2° En cas de liquidation des biens, le syndic doit immédiatement requérir le débiteur de lui fournir tous les éléments d'information ne résultant pas des livres de commerce, nécessaires à la détermination de tous impôts, droits et cotisations de sécurité sociales dus.

Le syndic transmet aux administrations fiscales, douanières et de sécurité sociale, les éléments d'information fournis par le débiteur et ceux qu'il a à sa disposition.

3° Dans l'un et l'autre des cas visés ci-dessus, si le débiteur n'a pas déféré, dans les vingt jours, à la réquisition du syndic, celui-ci constate cette défaillance et en avise le Juge-commissaire ; il en informe, dans les dix jours, les administrations fiscales, douanières et de sécurité sociale en leur fournissant les éléments d'information dont il dispose sur les affaires réalisées et sur les salaires payés par le débiteur.

**ART. 66** - Le syndic, dans le mois de son entrée en fonction, sauf prorogation exceptionnelle de délai accordée par décision dûment motivée du Juge-commissaire, remet à ce magistrat un rapport sommaire de la situation apparente du débiteur, des causes et caractères de cette situation faisant apparaître un bilan économique et social de l'entreprise et les perspectives de redressement résultant des propositions concordataires du débiteur.

L'avis des contrôleurs, s'il en a été nommé, doit être joint au rapport.

Le Juge-commissaire transmet immédiatement le rapport avec ses observations au représentant du Ministère Public.

Si ce rapport ne lui a pas été remis dans le délai prescrit, il doit en aviser le représentant du Ministère Public et lui expliquer les causes du retard.

## Section 2 : Production et vérification des créances

**ART. 78** - A partir de la décision d'ouverture et jusqu'à l'expiration d'un délai de trente jours suivant la deuxième insertion dans un journal d'annonces légales prévu par l'article 36 ci-dessus, ou suivant celle faite au journal officiel prévue par l'article 37 ci-dessus, lorsque celle-ci est obligatoire, tous les créanciers chirographaires ou munis de sûretés composant la masse doivent, sous peine de forclusion, produire leurs créances auprès du syndic. Ce délai est de soixante jours pour les créanciers domiciliés hors du territoire national où la procédure collective a été ouverte.

La même obligation est faite au créancier qui, muni d'un titre de créance, a introduit, avant la décision d'ouverture une procédure en condamnation en vertu d'un titre ou, à défaut d'un titre, pour faire reconnaître son droit.

Les titulaires d'un droit de revendication doivent également produire en précisant s'ils entendent exercer leur droit de revendication. A défaut de cette précision, ils sont considérés comme créanciers chirographaires.

La production interrompt la prescription extinctive de la créance.

**ART. 79** - Tous les créanciers connus, notamment ceux inscrits au bilan et ceux bénéficiant d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publicité qui n'ont pas produit leurs créances dans les quinze jours de la première insertion de la décision d'ouverture dans un journal d'annonces légales, doivent être avertis personnellement par le syndic d'avoir à le faire, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite adressé, s'il y a lieu, à domicile élu.

Le même avertissement est adressé, dans tous les cas, au contrôleur représentant du personnel s'il en a été nommé un.

Faute de production de leurs créances ou de leurs revendications dans le délai de quinze jours suivant la réception de l'avertissement ou, au plus tard, dans celui prévu par l'article 78 ci-dessus, les créanciers et revendiquants sont forclos. Ce délai est de trente jours pour les créanciers et revendiquants domiciliés hors du territoire national où la procédure collective a été ouverte.

**ART. 80** - Les créanciers remettent au syndic, directement ou par pli recommandé, une déclaration indiquant le montant de la créance due au jour de la décision d'ouverture, des sommes à échoir et des dates de leurs échéances.

Elle précise la nature de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie. Le créancier doit, en outre, fournir tous les éléments de nature à prouver l'existence et le montant de la créance si elle ne résulte pas d'un titre, évaluer la créance si elle n'est pas liquide, mentionner la juridiction saisie si la créance fait l'objet d'un litige.

A cette déclaration sont joints, sous bordereau, les documents justificatifs qui peuvent être produits en copie. Le syndic donne aux créanciers récépissé de leur dossier.

**ART. 81** - Les productions des créances du Trésor, de l'Administration des Douanes et des Organismes de sécurité et de prévoyance sociales sont toujours faites sous réserve des créances non encore établies et des redressements ou rappels individuels.

Ces créances sont admises par provision si elles résultent d'une taxation d'office ou d'un redressement, même contestés par le débiteur dans les conditions de l'article 85 ci-après.

**ART. 82** - Après l'assemblée concordataire en cas de redressement judiciaire ou après la clôture des opérations en cas de liquidation des biens, le syndic, sur demande des créanciers, restitue les pièces qui lui ont été confiées.

Cette restitution peut être faite dès la vérification terminée si, s'agissant de titres cambiaires, le créancier entend exercer les recours cambiaires contre les signataires autres que le débiteur.

**ART. 83** - A défaut de production dans les délais prévus par les articles 78 et 79 ci-dessus, les défaillants ne peuvent être relevés de leur forclusion par décision motivée du Juge-commissaire que tant que l'état des créances n'a pas été arrêté et déposé dans les conditions prévues à l'article 86 ci-après et s'ils démontrent que leur défaillance n'est pas due à leur fait.

En cas de redressement judiciaire, la forclusion éteint les créances, sauf clause de retour à meilleure fortune et sous réserve des remises concordataires.



Jusqu'à l'assemblée concordataire, le défaut de production ne peut être opposé aux créanciers privilégiés de salaires.

Si la juridiction compétente relève de la forclusion les créanciers et les revendiquants défaillants, mention en est portée par le greffier sur l'état des créances. Les frais de l'instance en relevé de forclusion sont supportés intégralement par eux, sauf s'il s'agit de créanciers privilégiés de salaires.

Les créanciers défaillants relevés de la forclusion ne peuvent concourir que pour les répartitions de dividendes postérieures à leur demande.

**ART. 84** - La vérification des créances et revendications est obligatoire quelle que soit l'importance de l'actif et du passif.

Elle a lieu dans les trois mois suivant la décision d'ouverture.

La vérification 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.

**ART. 85** - Si la créance ou la sûreté ou la revendication est discutée ou contestée en tout ou en partie, le syndic en avise, d'une part, le Juge-commissaire et, d'autre part, le créancier ou le revendiquant concerné par pli recommandé avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite; cet avis doit préciser l'objet et le motif de la discussion ou de la contestation, le montant de la créance dont l'admission est proposée et contenir la reproduction intégrale du présent article.

Le créancier ou le revendiquant a un délai de quinze jours à compter de la réception de cet avis pour fournir ses explications écrites ou verbales au Juge-commissaire.

Passé ce délai, il ne peut plus contester la proposition du syndic. Ce délai est de trente jours pour les créanciers domiciliés hors du territoire national où la procédure collective a été ouverte.

Toutefois, les créances fiscales, douanières et sociales ne peuvent être contestées que dans les conditions résultant des textes qui leur sont respectivement applicables.

**ART. 86** - Immédiatement après l'expiration du délai prévu par l'article 78 ci-dessus en l'absence de discussion ou de contestation, ou de celui prévu par l'article 85 ci-dessus s'il y a eu discussion ou contestation, le syndic dresse un état des créances contenant ses propositions d'admission définitive ou provisoire ou de rejet, avec indication de leur nature chirographaire ou garantie par une sûreté et laquelle.

Le créancier dont seule la sûreté est contestée est admis, provisoirement, à titre chirographaire. L'état des créances est déposé au greffe après vérification et signature par le Juge-commissaire qui mentionne, face à chaque créance : le montant et le caractère définitif ou provisoire 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 par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite.

**ART. 87** - Le greffier avertit immédiatement les créanciers et revendiquants du dépôt de l'état des créances par une insertion dans un ou plusieurs journaux d'annonces légales et par une insertion au Journal officiel contenant indication du numéro du journal d'annonces légales dans lequel a été faite la première insertion. En outre, il adresse aux créanciers, une copie intégrale de l'état des créances.

Il adresse également, pour être reçu quinze jours au moins avant l'expiration du délai prévu par l'article 88 ci-après pour former une réclamation, aux créanciers et revendiquants dont la créance ou la revendication est rejetée totalement ou partiellement ou la sûreté refusée, un avis les informant de ce rejet ou de ce refus, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite. Cet avis doit contenir la reproduction intégrale des dispositions de l'article 88 ci-après.

**ART. 88** - Tout revendiquant ou créancier porté au bilan ou dont la sûreté est régulièrement publiée ou dont la créance a été produite est recevable, pendant quinze jours à dater de l'insertion dans un journal d'annonces légales ou de la réception de l'avis prévu par l'article 87 ci-dessus, à formuler des

réclamations par voie d'opposition, formée directement auprès du greffe ou par acte extrajudiciaire adressé au greffe, contre la décision du Juge-commissaire.

Le débiteur ou toute personne intéressée a le même droit, dans les mêmes conditions. La décision du Juge-commissaire est irrévocable à l'égard des personnes qui n'ont pas formé opposition.

**ART. 89** - Les revendications et les créances contestées ou admises provisoirement sont renvoyées à la juridiction compétente en matière de procédures collectives, par les soins du greffier, à la première audience, pour être jugées sur rapport du Juge-commissaire, si la matière est de la compétence de cette juridiction.

Le greffier donne avis de ce renvoi aux parties par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite, huit jours au moins avant l'audience.

Si la juridiction compétente ne peut statuer, au fond, sur les réclamations avant la clôture de la procédure collective, le créancier ou le revendiquant est admis à titre provisoire.

Dans les trois jours, le greffier avise les intéressés, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite, de la décision prise par la juridiction compétente à leur égard. En outre, il mentionne la décision de la juridiction compétente sur l'état des créances.

**ART. 90** - Si la juridiction compétente en matière de procédures collectives constate que la réclamation du créancier ou du revendiquant relève de la compétence d'une autre juridiction, elle se déclare incompétente et admet provisoirement la créance.

Le greffier avise les intéressés de cette décision dans les conditions prévues par le dernier alinéa de l'article 89 ci-dessus.

Faute d'avoir saisi la juridiction compétente dans le délai d'un mois à compter de la réception de l'avis du greffe prévu par le dernier alinéa de l'article 89 ci-dessus, le créancier est forclo et la décision du Juge-commissaire devient irrévocable à son égard.

Nonobstant toute disposition contraire, les litiges individuels relevant de la compétence des juridictions sociales ne sont pas soumises aux tentatives de conciliation prévues par la loi nationale de chaque État-partie.

### **Section 3 : Cautions et coobligés**

**ART. 91** - Le créancier porteur d'engagements souscrits, endossés ou garantis solidairement par deux ou plusieurs coobligés qui ont cessé leurs paiements, peut produire dans toutes les masses, pour le montant intégral de sa créance et participer aux distributions jusqu'à parfait paiement s'il n'avait reçu aucun paiement partiel avant la cessation des paiements de ses coobligés.

**ART. 92** - Si le créancier porteur d'engagements solidairement souscrits par le débiteur en état de redressement judiciaire ou de liquidation des biens et d'autres coobligés, a reçu un acompte sur sa créance avant la cessation des paiements, il n'est compris dans la masse que sous déduction de cet acompte et conserve, sur ce qui lui reste dû, ses droits contre le coobligé ou la caution.

Le coobligé ou la caution qui a fait le paiement partiel est compris dans la même masse pour tout ce qu'il a payé et qui était à la charge du débiteur.

**ART. 93** - Nonobstant le concordat, les créanciers conservent leur action pour la totalité de leur créance contre les coobligés de leur débiteur.

**ART. 94** - Si le créancier a reçu paiement d'un dividende dans la masse de l'un ou plusieurs coobligés en état de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, ces derniers n'ont aucun recours entre eux, sauf si la réunion des dividendes donnés par ces procédures excède le montant total de la créance en principal et accessoires ; en ce cas, cet excédent est dévolu, suivant l'ordre des engagements, à ceux des coobligés qui auraient les autres pour garants et, à défaut d'ordre, au marc le franc entre eux.

### **Section 4 : Privilège des salaires**

**ART. 95** - Les créances résultant du contrat de travail ou du contrat d'apprentissage sont garanties, en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens par le privilège des salaires établi pour les causes et le montant définis par la législation du Travail et les dispositions relatives aux sûretés.

**ART. 96** - Au plus tard, dans les dix jours qui suivent la décision d'ouverture et sur simple décision du Juge-commissaire, le syndic paie toutes les créances super privilégiées des travailleurs sous déduction des acomptes déjà perçus.

Au cas où il n'aurait pas les fonds nécessaires, ces créances doivent être acquittées sur les premières rentrées de fonds avant toute autre créance.

Au cas où lesdites créances sont payées grâce à une avance faite par le syndic ou toute autre personne, le prêteur est, par la même, subrogé dans les droits des travailleurs et doit être remboursé dès la rentrée des fonds nécessaires sans qu'aucune autre créance puisse y faire obstacle.

#### CHAPITRE IV

#### EFFETS DE LA DÉCISION D'OUVERTURE A L'ÉGARD DES CRÉANCIERS

##### **Section 5 : Droit de résiliation et privilège du bailleur d'immeuble**

**ART. 97** - L'ouverture de la procédure collective n'entraîne pas, de plein droit, la résiliation du bail des immeubles affectés à l'activité professionnelle du débiteur, y compris les locaux qui, dépendant de ces immeubles, servent à l'habitation du débiteur ou de sa famille. Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

Le syndic, en cas de liquidation des biens, ou le débiteur assisté du syndic, en cas de redressement judiciaire, peut continuer le bail ou le céder aux conditions éventuellement prévues au contrat conclu avec le bailleur et avec tous les droits et obligations qui s'y rattachent.

Si le syndic, en cas de liquidation des biens ou le débiteur, assisté du syndic en cas de redressement judiciaire, décide de ne pas poursuivre le bail, celui-ci est résilié sur simple congé formulé par acte extrajudiciaire. La résiliation prend effet à l'expiration du délai de préavis notifié dans cet acte, qui ne saurait être inférieur à trente jours. Le bailleur qui entend demander ou faire constater la résiliation pour des causes antérieures à la décision d'ouverture, doit, s'il ne l'a déjà fait, introduire sa demande dans le mois suivant la deuxième insertion au journal d'annonces légales prévue par l'article 36 ci-dessus ou l'insertion au Journal Officiel prévue par l'article 37 alinéa 3 ci-dessus.

Le bailleur qui entend former une demande en résiliation du bail pour des causes nées postérieurement à la décision d'ouverture, doit l'introduire dans un délai de quinze jours à dater de la connaissance par lui de la cause de résiliation. Celle-ci est prononcée lorsque les garanties offertes sont jugées insuffisantes par la juridiction compétente pour garantir le privilège du bailleur.

**ART. 98** - Si le bail est résilié, le bailleur a privilège pour les douze derniers mois de loyers échus avant la décision d'ouverture ainsi que pour les douze mois échus ou à échoir postérieurement à cette décision et pour les dommages-intérêts qui pourront lui être alloués dont il peut demander le paiement dès le prononcé de la résiliation. Il est, en outre, créancier de la masse pour tous les loyers échus et les dommages-intérêts prononcés postérieurement à la décision d'ouverture.

Si le bail n'est pas résilié, le bailleur a privilège pour les douze derniers mois de loyers échus avant la décision d'ouverture ainsi que pour les douze mois de loyers échus ou à échoir postérieurement à cette décision. Il ne peut exiger le paiement des loyers échus ou à échoir, après la décision d'ouverture, pour lesquels il est, en outre, créancier de la masse, qu'au fur et à mesure de leurs échéances, si les sûretés qui lui ont été données lors du contrat sont maintenues ou celles qui lui ont été accordées depuis la décision d'ouverture sont jugées suffisantes.

Si le bail n'est pas résilié et qu'il y a vente ou enlèvement des meubles garnissant les lieux loués, le privilège du bailleur d'immeuble garantit les mêmes créances et s'exerce de la même façon qu'en cas de résiliation ; le bailleur peut, en outre, demander la résiliation du bail qui est de droit.

En cas de conflit entre le privilège du bailleur d'immeuble et celui du vendeur de fonds de commerce sur certains éléments mobiliers, le privilège de ce dernier l'emporte.

##### **Section 6 : Droits du conjoint**

**ART. 99** - La consistance des biens personnels du conjoint du débiteur déclaré en état de redressement judiciaire ou de liquidation des biens est établie par lui, conformément aux règles de son régime matrimonial.

La masse pourra, en prouvant par tous moyens que les biens acquis par le conjoint du débiteur l'ont été avec des valeurs fournies par celui-ci, demander que les acquisitions ainsi faites soient réunies à l'actif.

Les reprises faites en application de ces règles ne sont exercées par l'époux intéressé qu'à charge des dettes et sûretés dont les biens sont grevés.

**ART. 100** - L'époux, dont le conjoint était commerçant à l'époque de la célébration du mariage ou l'est devenu dans l'année de cette célébration, ne peut exercer, dans la procédure collective, aucune action à raison des avantages faits par l'un des époux à l'autre dans le contrat de mariage ou pendant le mariage ; les créanciers ne peuvent, de leur côté, se prévaloir des avantages faits par l'un des époux à l'autre.

## **Section 7 : Revendications**

**ART. 101** - Les actions en revendication ne peuvent être reprises ou exercées que si le revendiquant a produit et respecté les formes et délais prévus par les articles 78 à 88 ci-dessus.

Les revendications admises par le syndic, le Juge-commissaire ou la juridiction compétente doivent être exercées, à peine de forclusion, dans un délai de trois mois à compter de l'information prévue par l'article 87 alinéa 3 ci-dessus ou de la décision de justice admettant les revendications.

**ART. 102** - Peuvent être revendiqués, s'ils se trouvent encore dans le portefeuille du débiteur, les effets de commerce ou autres titres non payés remis par leur propriétaire pour être spécialement affectés à des paiements déterminés.

**ART. 103** - Peuvent être revendiqués, à condition qu'ils se retrouvent en nature, les marchandises consignées et les objets mobiliers remis au débiteur, soit pour être vendus pour le compte du propriétaire, soit à titre de dépôt, de prêt, de mandat ou de location ou de tout autre contrat à charge de restitution.

Peuvent être également revendiqués les marchandises et les objets mobiliers, s'ils se retrouvent en nature, vendus avec une clause subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix, lorsque cette clause a été convenue entre les parties dans un écrit et a été régulièrement publiée au Registre du commerce et du crédit mobilier.

Toutefois, s'agissant de marchandises et d'objets mobiliers consignés au débiteur pour être vendus ou vendus avec clause de réserve de propriété, il n'y a pas lieu à revendication si, avant la restitution des marchandises et objets mobiliers, le prix est payé intégralement et immédiatement par le syndic assistant ou représentant le débiteur, selon le cas.

En cas d'aliénation de ces marchandises et objets mobiliers, peut être revendiqué, contre le sous-acquéreur, le prix ou 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.

## **Section 8 : Droits du vendeur de meubles**

**ART. 104** - Peuvent être retenus par le vendeur les marchandises et objets mobiliers qui ne sont pas délivrés ou expédiés au débiteur ou à un tiers agissant pour son compte.

Cette exception est recevable même si le prix est stipulé payable à crédit et le transfert de propriété opéré avant la délivrance ou l'expédition.

**ART. 105** - Peuvent être revendiqués les marchandises et les objets mobiliers expédiés au débiteur tant que la tradition n'en a point été effectuée dans ses magasins ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour son compte ou d'un mandataire chargé de les recevoir.

Néanmoins, la revendication n'est pas recevable si, avant leur arrivée, les marchandises et objets mobiliers ont été revendus, sans fraude, sur factures ou titres de transport réguliers.

**ART. 106** - Peuvent être revendiqués, s'ils existent en nature en tout ou en partie, les marchandises et objets mobiliers dont la vente a été résolue antérieurement à la décision ouvrant la procédure, soit par décision de justice, soit par le jeu d'une clause ou d'une condition résolutoire acquise.

La revendication doit pareillement être admise, bien que la résolution de la vente ait été prononcée ou constatée postérieurement à la décision ouvrant la procédure, lorsque l'action en résolution a été intentée antérieurement à la décision d'ouverture par le vendeur non payé.

Toutefois, il n'y a pas lieu à revendication si, avant la restitution des marchandises et objets mobiliers, outre les frais et les dommages-intérêts prononcés, le prix est payé intégralement et immédiatement par le syndic assistant ou représentant le débiteur, selon le cas.

## **Section 9 : Exécution des contrats en cours**

**ART. 107** - Hormis pour les contrats conclus en considération de la personne du débiteur et ceux prévus expressément par la loi de chaque Etat-partie, la cessation des paiements déclarée par décision de justice n'est pas une cause de résolution et toute clause de résolution pour un tel motif est réputée non écrite.

**ART. 108** - Le syndic conserve seul, quelle que soit la procédure ouverte, la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours à charge de fournir la prestation promise à l'autre partie.

Si le contrat est synallagmatique et si le syndic n'a pas fourni la prestation promise, l'autre partie peut soulever l'exception d'inexécution. Si l'autre partie s'exécute sans avoir reçu la prestation promise, elle devient créancière de la masse.

Le syndic peut être mis en demeure, par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite, d'exercer son option ou de fournir la prestation promise, dans un délai de trente jours, sous peine de résolution, de plein droit, du contrat.

**ART. 109** - Faute par le syndic d'user de sa faculté d'option ou de fournir la prestation promise dans le délai imparti par la mise en demeure, son inexécution peut donner lieu, outre la résolution, à des dommages-intérêts dont le montant sera produit au passif au profit de l'autre partie.

Le cocontractant ne peut compenser les acomptes reçus pour des prestations non encore fournies par lui avec les dommages-intérêts dus pour la résolution. Toutefois, la juridiction compétente saisie de son action en résolution contre le syndic, peut prononcer la compensation ou l'autoriser à différer la restitution des acomptes jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les dommages-intérêts.

**ART. 110** - Lorsque des licenciements pour motif économique présentent un caractère urgent et indispensable, le syndic peut être autorisé à y procéder par le Juge-commissaire selon la procédure prévue par le présent article et le suivant, nonobstant toute disposition contraire mais sans préjudice du droit au préavis et aux indemnités liées à la résiliation du contrat de travail.

Avant la saisine du Juge-commissaire, le syndic établit l'ordre des licenciements conformément aux dispositions du droit du travail applicable.

Sont proposés, en premier lieu, les licenciements des travailleurs présentant les moindres aptitudes professionnelles pour les emplois maintenus et, en cas d'égalité d'aptitudes professionnelles, les travailleurs les moins anciens dans l'entreprise, l'ancienneté étant calculée selon les dispositions du droit du travail applicable.

En vue de recueillir leur avis et leurs suggestions, le syndic informe, par écrit, les délégués du personnel des mesures qu'il a l'intention de prendre en leur fournissant la liste des travailleurs dont il envisage le licenciement et en précisant les critères qu'il a retenus. Les délégués du personnel doivent répondre, par écrit, sous huit jours.

L'employeur doit communiquer à l'Inspection du travail sa lettre de consultation des délégués du personnel et la réponse écrite de ces derniers ou préciser que ceux-ci n'ont pas répondu dans le délai de huitaine.

**ART. 111** - L'ordre des licenciements établi par le syndic, l'avis des délégués du personnel s'il a été donné et la lettre de communication à l'Inspection du travail sont remis au Juge-commissaire.

Le Juge-commissaire autorise les licenciements envisagés ou certains d'entre eux s'ils s'avèrent nécessaires au redressement de l'entreprise, par décision signifiée aux travailleurs dont le licenciement est autorisé et au contrôleur représentant les travailleurs s'il en est nommé.

La décision autorisant ou refusant les licenciements est susceptible d'opposition dans les quinze jours de sa signification devant la juridiction ayant ouvert la procédure, laquelle doit rendre sa décision sous quinzaine.

La décision de la juridiction compétente est sans appel.

## Section 10 : Continuation de l'activité

**ART. 112** - En cas de redressement judiciaire, l'activité est continuée avec l'assistance du syndic pour une durée indéterminée sauf décision contraire du Juge-commissaire.

Le syndic doit, à la fin de chaque période fixée par le Juge-commissaire et au moins tous les trois mois, communiquer les résultats de l'exploitation au Juge-commissaire et au représentant du Ministère Public. Il indique, en outre, le montant des deniers déposés au compte de la procédure collective ouvert dans les conditions prévues par l'article 45 ci-dessus.

Le Juge-commissaire peut, à tout moment, mettre un terme à la continuation de l'activité après avoir entendu le syndic qu'il convoque dans les formes et délais laissés à sa convenance.

Il peut également, au besoin, entendre les créanciers et les contrôleurs qui en feraient la demande par une déclaration motivée déposée au greffe qui doit l'en aviser immédiatement. S'il l'estime nécessaire, le Juge-commissaire fait convoquer, par les soins du greffier, ces créanciers et contrôleurs, au plus tard à huitaine par lettre recommandée ou tout moyen laissant trace écrite. Il procède à leur audition et il est dressé procès-verbal de leurs déclarations.

Le Juge-commissaire doit statuer, au plus tard, dans les huit jours de l'audition du syndic, des créanciers et des contrôleurs.

**ART. 113** - En cas de liquidation des biens, la continuation de l'activité ne peut être autorisée par la juridiction compétente que pour les besoins de la liquidation et uniquement si cette continuation ne met pas en péril l'intérêt public ou celui des créanciers.

La juridiction compétente statue sur rapport du syndic communiqué au représentant du Ministère Public.

La continuation de l'exploitation ou de l'activité cesse trois mois après l'autorisation à moins que la juridiction compétente ne la renouvelle une ou plusieurs fois.

Elle prend fin un an après le prononcé de la liquidation des biens sauf décision spécialement motivée de la juridiction compétente pour cause grave, dans des cas exceptionnels.

Le syndic doit, tous les trois mois, communiquer les résultats de l'exploitation au Président de la juridiction compétente et au représentant du Ministère Public. Il indique, en outre, le montant des deniers déposés au compte de la procédure collective ouvert dans les conditions prévues par l'article 45 ci-dessus.

**ART. 114** - En cas de redressement judiciaire, le Juge-commissaire, sur requête du syndic, décide si le débiteur ou les dirigeants de la personne morale participeront à la continuation de l'exploitation et fixe, dans ce cas, les conditions dans lesquelles ils seront rémunérés.

En cas de liquidation des biens, le débiteur ou les dirigeants de la personne morale ne peuvent être employés pour faciliter la gestion qu'avec l'autorisation de la juridiction compétente et dans les conditions prévues par celle-ci.

**ART. 115** - La juridiction compétente, à la demande du représentant du Ministère Public, du syndic ou d'un contrôleur s'il en a été nommé, peut autoriser la conclusion d'un contrat de location-gérance lorsque la disparition ou la cessation d'activité, même provisoire, de l'entreprise est de nature à compromettre son redressement ou à causer un trouble grave à l'économie nationale, régionale ou locale dans la production et la distribution de biens et de services.

La conclusion d'un contrat de location-gérance est possible même en présence d'une clause contraire dans le bail de l'immeuble.

La juridiction compétente refuse son autorisation si elle n'estime pas suffisantes les garanties offertes par le locataire-gérant ou si celui-ci ne présente pas une indépendance suffisante à l'égard du débiteur.

Les conditions de durée d'exploitation du fonds de commerce par le débiteur pour conclure une location-gérance ne reçoivent pas application.

La durée du contrat de location-gérance ne peut excéder deux ans ; elle est renouvelable.

La décision statuant sur l'autorisation de la location-gérance fait l'objet des mêmes communications et publicités que celles prévues par les articles 36 et 37 ci-dessus.

**ART. 116** - Le syndic veille au respect des engagements du locataire-gérant. Il peut se faire communiquer, par le locataire-gérant, tous les documents et informations utiles à sa mission. Il doit

rendre compte, au Juge- commissaire, de l'exécution de ses obligations par le locataire-gérant, au moins tous les trois mois, en précisant le montant des sommes reçues et déposées au compte de la procédure collective, les atteintes aux éléments pris en location-gérance et les mesures de nature à résoudre toute difficulté d'exécution.

A toute époque, la résiliation du contrat de location-gérance peut être décidée par la juridiction compétente, soit d'office, soit à la demande du syndic ou du représentant du Ministère Public, soit à la demande d'un contrôleur, sur rapport du Juge-commissaire lorsque, par son fait, le preneur diminue les garanties qu'il avait données ou compromet la valeur du fonds.

**ART. 117** - Toutes les dettes nées régulièrement, après la décision d'ouverture, de la continuation de l'activité et de toute activité régulière du débiteur ou du syndic, sont des créances contre la masse, sauf celles nées de l'exploitation du locataire-gérant qui restent exclusivement à sa charge sans solidarité avec le propriétaire du fonds.

### **Section 11 : Responsabilité des tiers**

**ART. 118** - Les tiers, créanciers ou non, qui, par leurs agissements fautifs, ont contribué à retarder la cessation des paiements ou à diminuer l'actif ou à aggraver le passif du débiteur peuvent être condamnés à réparer le préjudice subi par la masse sur action du syndic agissant dans l'intérêt collectif des créanciers.

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

## CHAPITRE V

### SOLUTIONS DU REDRESSEMENT JUDICIAIRE ET DE LA LIQUIDATION DES BIENS

#### **Section 1 : Solution du redressement judiciaire**

##### **Sous-Section 1 - Formation du concordat de redressement**

**ART. 119** - Le débiteur propose un concordat de redressement dans les conditions prévues par les articles 27, 28 et 29 ci-dessus. A défaut de proposition de concordat ou en cas de retrait de celle-ci, la juridiction compétente prononce l'ouverture de la liquidation des biens ou convertit le redressement judiciaire en liquidation des biens.

Dès le dépôt de la proposition de concordat par le débiteur, le greffier la communique au syndic qui recueille l'avis des contrôleurs s'il en a été nommé. Le greffier avise les créanciers de cette proposition par insertion dans un journal d'annonces légales, en même temps que du dépôt de l'état des créances dans les conditions prévues par l'article 87 ci-dessus.

En outre, le greffier avertit immédiatement les créanciers munis d'une sûreté réelle spéciale d'avoir à faire connaître, au plus tard à l'expiration du délai prévu par l'article 88, s'ils acceptent ces propositions concordataires ou entendent accorder des délais et des remises différents de ceux proposés et lesquels. Ces créanciers doivent être avertis personnellement par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite contenant un exemplaire des propositions concordataires. Le délai prévu par l'article 88 ci-dessus court de la réception de cet avertissement.

Le syndic met à profit les délais de production et de vérification des créances pour rapprocher les positions du débiteur et des créanciers sur l'élaboration du concordat.

**ART. 120** - Les créanciers munis de sûretés réelles spéciales, même si leur sûreté, quelle qu'elle soit, est contestée, déposent au greffe ou adressent au greffier, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite, leurs réponses à l'avertissement prévu à l'article précédent.

Le greffier transmet en copie certifiée conforme, au fur et à mesure de leur réception, les déclarations des créanciers, au Juge-commissaire et au syndic.

**ART. 121** - Les créanciers dont la créance est garantie par une sûreté réelle spéciale conservent le bénéfice de leur sûreté, qu'ils aient ou non souscrit la déclaration prévue à l'article 120 ci-dessus et quelle que soit la teneur de cette déclaration, sauf renonciation expresse de leur part à leur sûreté.

**ART. 122** - Dans les quinze jours qui suivent l'expiration du délai prévu à l'article 88 ci-dessus, le Juge-commissaire saisit le Président de la juridiction compétente qui fait convoquer, par avis insérés dans les journaux et par lettres adressées individuellement par le greffier, les créanciers dont les créances ont été admises à titre chirographaire, définitivement ou par provision.

A cette convocation individuelle, comportant reproduction intégrale de l'article 125 ci-après, il est joint :

- un état établi par le syndic et déposé au greffe dressant la situation active et passive du débiteur avec ventilation de l'actif mobilier et immobilier, du passif privilégié ou garanti par une sûreté réelle et du passif chirographaire ;
- le texte définitif des propositions concordataires du débiteur avec indication des garanties offertes et des mesures de redressement, telles que prévues, notamment, par l'article 27 ci-dessus ;
- l'avis des contrôleurs s'il en a été nommé ;
- l'indication que chaque créancier muni d'une sûreté réelle a souscrit ou non la déclaration prévue aux articles 119 et 120 ci-dessus et, dans l'affirmative, la précision des délais et remises consentis.

Dans le cas où la proposition de concordat de redressement ne comporte aucune demande de remise ni des demandes de délai excédant deux ans, il n'y a pas lieu à convocation de l'assemblée concordataire, même si d'autres mesures juridiques, techniques et financières, telles que prévues par l'article 27 ci-dessus sont proposées. Seuls le syndic, le Juge-commissaire, le représentant du Ministère Public et les contrôleurs, s'il en a été nommé, sont entendus.

**ART. 123** - Aux lieu, jour et heure fixés par la juridiction compétente, l'assemblée se réunit, le Juge-commissaire et le représentant du Ministère Public étant présents et entendus.

Les créanciers admis s'y présentent en personne ou s'y font représenter par un mandataire muni d'une procuration régulière et spéciale.

Le créancier dont seulement la sûreté réelle, quelle qu'elle soit, est contestée, est admis dans les délibérations à titre chirographaire.

Le débiteur ou les dirigeants des personnes morales appelés à cette assemblée par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite du greffier, doivent s'y présenter en personne ; ils ne peuvent s'y faire représenter que pour des motifs reconnus légitimes par la juridiction compétente.

**ART. 124** - Le syndic fait à l'assemblée un rapport sur l'état du redressement judiciaire, les formalités qui ont été remplies, les opérations qui ont eu lieu ainsi que sur les résultats obtenus pendant la durée de la continuation de l'activité.

A l'appui de ce rapport est présenté un état de situation établi et arrêté au dernier jour du mois écoulé.

Cet état mentionne l'actif disponible ou réalisable, le passif chirographaire et celui garanti par une sûreté réelle spéciale ou un privilège général ainsi que l'avis du syndic sur les propositions concordataires.

Le rapport du syndic est remis signé à la juridiction compétente qui le reçoit après avoir entendu le Juge-commissaire en ses observations sur les caractères du redressement judiciaire et sur l'admissibilité du concordat.

Le représentant du Ministère Public est entendu en ses conclusions orales ou écrites.

**ART. 125** - Après remise du rapport du syndic, la juridiction compétente fait procéder au vote.

Le vote par correspondance et le vote par procuration sont admis.

Les créanciers titulaires d'une sûreté réelle spéciale qui n'ont pas fait la déclaration prévue à l'article 120 ci-dessus peuvent prendre part au vote sans renoncer à leur sûreté et consentir des délais et remises différents de ceux proposés par le débiteur.

Les créanciers chirographaires et ceux munis de sûreté réelle n'ayant pas fait la déclaration prévue à l'article 120 ci-dessus sont présumés accepter le concordat si, dûment appelés, ils ne participent pas au vote de l'assemblée concordataire.

Le concordat est voté par la majorité en nombre des créanciers admis définitivement ou provisoirement représentant la moitié, au moins, du total des créances.



Si une seule de ces deux conditions est acquise, la délibération est continuée à huitaine pour tout délai et sans autre formalité. Dans ce cas, les créanciers présents ou régulièrement représentés ayant signé le procès-verbal de la première assemblée, ne sont pas tenus d'assister à la seconde ; les résolutions par eux prises et les adhésions données restent définitivement acquises.

**ART. 126** - La juridiction compétente dresse procès-verbal de ce qui a été dit et décidé au cours de l'assemblée ; la signature, par le créancier ou son représentant, des bulletins de vote joints au procès-verbal, vaut signature du procès-verbal.

La juridiction compétente constatant la réunion des conditions prévues à l'article 125 ci-dessus vaut homologation du concordat de redressement.

Dans le cas contraire, la décision constate le rejet du concordat et convertit le redressement judiciaire en liquidation des biens.

**ART. 127** - La juridiction compétente n'accorde l'homologation du concordat que :

1° si les conditions de validité du concordat sont réunies ;

2° si, aucun motif, tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public, ne paraît de nature à empêcher le concordat ;

3° si le concordat offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise et de règlement du passif ;

4° 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 ou contre lesquels ont été prononcées, soit la faillite personnelle, soit l'interdiction de diriger, gérer ou administrer une entreprise commerciale.

En aucun cas, l'homologation du concordat ne peut valider les avantages particuliers tels que définis et réprimés par les articles 244 et 245 ci-après. Ne sont pas considérés comme des avantages particuliers les délais et remises particuliers consentis par les créanciers munis de sûretés réelles spéciales dans les conditions prévues aux articles 120 et 125 ci-dessus. La nullité de la stipulation d'avantages particuliers n'entraîne pas l'annulation du concordat, sous réserve des dispositions de l'article 140 ci-après.

Dans le cas où le concordat de redressement ne comporte aucune remise ni des délais excédant deux ans, la juridiction compétente peut prononcer l'homologation après avoir reçu communication des rapports du syndic et du Juge-commissaire et entendu les contrôleurs, s'il en a été nommé, en leurs observations sans que les créanciers soient appelés à voter.

**ART. 128** - La juridiction compétente peut désigner ou maintenir en fonction les contrôleurs pour surveiller l'exécution du concordat de redressement ou, à défaut de contrôleurs, le syndic. Les fonctions de contrôleurs sont gratuites, sauf si elles sont assurées par le syndic ; la rémunération du syndic en qualité de contrôleur est fixée par la juridiction compétente.

**ART. 129** - La décision d'homologation du concordat de redressement fait l'objet des communications et publicités prévues aux articles 36 et 37 ci-dessus. L'extrait inséré dans un journal d'annonces légales mentionne le nom et l'adresse des contrôleurs du concordat ou du syndic désigné comme tel. Il ne peut faire l'objet que d'un appel formé dans les quinze jours par le représentant du Ministère Public uniquement.

La décision de rejet du concordat de redressement fait l'objet des communications et publicités prévues par les articles 36 et 37 ci-dessus. Il ne peut faire l'objet que d'un appel formé dans les quinze jours par le représentant du Ministère Public ou le débiteur.

La décision de la juridiction d'appel fait l'objet des communications et publicités prévues au présent article.

**ART. 130** - Lorsqu'une personne morale comportant des membres tenus indéfiniment et solidairement au passif social est admise au redressement judiciaire, les créanciers peuvent ne consentir le concordat qu'en faveur d'un ou plusieurs membres.

Lorsque la liquidation des biens de la personne morale est prononcée, l'actif social demeure sous le régime de l'union. Les biens personnels de ceux auxquels le concordat a été consenti en sont exclus et le concordat ne peut contenir l'engagement de payer un dividende que sur des valeurs étrangères à l'actif social. Le membre qui a obtenu un concordat particulier est déchargé de toute obligation au passif social dès lors qu'il a réglé les dividendes promis.

## Sous-Section 2 - **Concordat comportant une cession partielle d'actif**

**ART. 131** - Lorsque le concordat comporte des offres de cession partielle d'actif, le délai prévu à l'article 122 alinéa 1<sup>er</sup> ci-dessus pour la convocation de l'assemblée concordataire est d'un mois.

La cession partielle d'actif peut concerner un certain nombre de biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles.

La cession d'entreprise ou d'établissement est toute cession de biens susceptibles d'exploitation autonome permettant d'assurer le maintien d'une activité économique, des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif.

Lorsque la cession partielle d'actif ou d'entreprise ou d'établissement est envisagée dans le concordat de redressement, le syndic doit établir un état descriptif des biens meubles et immeubles dont la cession est envisagée, la liste des emplois qui y sont éventuellement attachés, les sûretés réelles dont ils sont affectés et la quote-part de chaque bien dans le prix de cession. Cet état est joint à la convocation individuelle prévue par l'article 122 ci-dessus.

Le syndic est chargé de faire connaître ces offres de cession par tous moyens, notamment par la voie d'annonces légales, dès le moment où elles sont définitivement arrêtées par lui et le débiteur et approuvées par une décision du Juge-commissaire.

**ART. 132** - Les offres d'acquisition sont reçues par le débiteur assisté du syndic et portées à la connaissance de l'assemblée concordataire qui décide, aux conditions de majorité prévues par l'article 125 ci-dessus, de retenir l'offre d'acquisition la plus avantageuse.

La juridiction compétente ne peut homologuer la cession partielle d'actif que :

- si le prix est suffisant pour désintéresser les créanciers munis de sûretés réelles spéciales sur les biens cédés, sauf renonciation par eux à cette condition et acceptation des dispositions de l'article 168 ci-dessous;

- si le prix est payable au comptant ou si, dans le cas où des délais de paiement sont accordés à l'acquéreur, ceux-ci n'excèdent pas deux ans et sont garantis par le cautionnement solidaire d'un établissement bancaire.

Le débiteur, assisté du syndic, accomplit toutes les formalités de cession.

Au cas où aucune offre d'acquisition n'est exprimée avant l'assemblée concordataire ou reconnue satisfaisante par celle-ci, le débiteur peut retirer son offre de cession. S'il la maintient, la cession sera réalisée ultérieurement dans les conditions prévues aux articles 160 et suivants ci-dessous.

**ART. 133** - Le prix de la cession partielle d'actif est versé dans l'actif du débiteur.

Lorsque l'ensemble cédé comporte des biens grevés d'une sûreté réelle spéciale, la cession n'emporte purge de cette sûreté que si le prix est intégralement payé et le créancier garanti par cette sûreté désintéressé.

L'acquéreur ne peut céder, à peine de nullité, les éléments d'actif qu'il a acquis, sauf en ce qui concerne les marchandises, tant que le prix n'est pas intégralement payé. L'inaliénabilité de ces éléments doit être publiée au Registre du commerce et du crédit mobilier dans les mêmes conditions que celles prévues pour le privilège du vendeur de fonds de commerce et au livre foncier conformément aux dispositions organisant la publicité foncière pour les éléments immobiliers.

Le droit de préférence des créanciers munis de sûretés réelles spéciales sur le prix des biens cédés s'exerce dans l'ordre prévu par les articles 166 et 167 ci-après.

En cas de non paiement intégral du prix, le débiteur a le choix entre la résolution de la cession et la mise en œuvre de la garantie prévue à l'article 132, alinéa 2 ci-dessus.

## Sous-Section 3 - **Effets et exécution du concordat**

**ART. 134** - L'homologation du concordat rend celui-ci obligatoire pour 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 bénéficiant de sûretés réelles spéciales ne sont obligés que par les délais et remises particuliers consentis par eux ; si le concordat comporte des délais n'excédant pas deux ans, ceux-ci peuvent leur être opposés si les délais par eux consentis sont inférieurs.

Les travailleurs ne peuvent se voir imposer aucune remise ni des délais excédant deux ans sans préjudice des dispositions de l'article 96 ci-dessus.

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.

Le concordat de redressement accordé au débiteur principal ou à un coobligé ne profite pas à la caution ni aux autres coobligés.

**ART. 135** - A moins qu'il en ait été décidé autrement par le concordat de redressement, l'homologation conserve à chacun des créanciers, sur les immeubles du débiteur, l'hypothèque inscrite en vertu de l'article 74 ci-dessus. Dans ce cas, le syndic est tenu de requérir, en vertu de la décision d'homologation, une nouvelle inscription sur les mêmes immeubles spécifiant les sommes garanties, conformément aux règles de la publicité foncière.

**ART. 136** - Dès que la décision d'homologation est passée en force de chose jugée, le débiteur recouvre la libre administration et disposition de ses biens à l'exception de ceux qui ont fait l'objet d'une cession conformément aux articles 131 à 133 ci-dessus.

**ART. 137** - Le syndic rend compte au Juge-commissaire de sa mission d'assistance.

A défaut de retrait par le débiteur des papiers et effets remis par lui au syndic, celui-ci en est dépositaire pendant seulement deux ans à dater du compte rendu.

Le Juge-commissaire vise le compte rendu écrit ; ses fonctions et celles du syndic cessent à ce moment, sauf en cas de maintien de la cession d'actif prévue à l'article 132, dernier alinéa ci-dessus.

En cas de contestation, la juridiction compétente se prononce.

**ART. 138** - Lorsqu'il a été désigné un ou plusieurs contrôleurs de l'exécution du concordat, conformément à l'article 128 ci-dessus, ceux-ci doivent, aussitôt, faire rapport sur tout retard ou autre manquement à l'exécution du concordat au Président de la juridiction compétente qui peut ordonner enquête par le syndic qui sera chargé de lui rendre compte.

Lorsque leur mission comporte le paiement des dividendes aux créanciers, les contrôleurs de l'exécution du concordat doivent faire ouvrir, dans une banque, à leur nom et en leur qualité de contrôleur de l'exécution du concordat, un compte de dépôt spécial pour le concordat ou pour chaque concordat, s'ils sont nommés pour plusieurs procédures collectives.

Les contrôleurs communiquent au Président de la juridiction compétente à la fin de chaque semestre civil, la situation des soldes créditeurs qu'ils détiennent au titre des concordats qu'ils contrôlent.

Les contrôleurs doivent, en cette qualité, être titulaires d'une police d'assurance couvrant leur responsabilité civile; ils doivent en justifier auprès du Président de la juridiction compétente.

#### Sous-Section 4 - Résolution et annulation du concordat préventif ou de redressement

**ART. 139** - La résolution du concordat peut être prononcée :

1° en cas d'inexécution, par le débiteur, de ses engagements concordataires ou des remises et délais consentis ; toutefois, la juridiction compétente apprécie si ces manquements sont suffisamment graves pour compromettre définitivement l'exécution du concordat et, dans le cas contraire, peut accorder des délais de paiement qui ne sauraient excéder, de plus de six mois, ceux déjà consentis par les créanciers;

2° lorsque le débiteur est frappé, pour quelque cause que ce soit, de l'interdiction d'exercer une activité commerciale, sauf si la durée et la nature de cette interdiction sont compatibles avec la poursuite de l'activité de l'entreprise par location-gérance, aux fins, éventuellement, d'une cession d'entreprise dans des conditions satisfaisantes pour l'intérêt collectif ;

3° lorsque, s'agissant d'une personne morale à qui le concordat a été accordé, les dirigeants contre lesquels a été prononcée la faillite personnelle ou l'interdiction de diriger, gérer ou administrer une entreprise commerciale, assument de nouveau, en fait ou en droit, la direction de cette personne morale ; si l'interdiction frappe les dirigeants en cours d'exécution du concordat, celui-ci est résolu à moins que ces dirigeants ne cessent, en fait, d'exercer les fonctions qu'il leur est interdit de remplir ; toutefois, la juridiction compétente peut accorder un délai raisonnable, qui ne saurait excéder trois mois, pour procéder au remplacement de ces dirigeants.

La juridiction compétente peut être saisie à la requête d'un créancier ou des contrôleurs du concordat; elle peut également se saisir d'office, le débiteur entendu ou dûment appelé.

La résolution du concordat ne libère pas les cautions qui sont intervenues pour en garantir l'exécution totale ou partielle.

**ART. 140** - Le concordat est annulé en cas de dol résultant d'une dissimulation d'actif ou d'une exagération du passif si le dol a été découvert après l'homologation du concordat préventif ou du concordat de redressement.

Cette annulation libère, de plein droit, les cautions garantissant le concordat sauf si celles-ci avaient connaissance du dol lors de leurs engagements.

L'action en nullité n'appartient qu'au seul représentant du Ministère Public qui apprécie l'opportunité de l'exercer ou non. Elle ne peut être exercée que dans le délai d'un an suivant la découverte du dol.

La juridiction compétente apprécie souverainement l'opportunité de prononcer ou non l'annulation du concordat en fonction de l'intérêt collectif des créanciers et des travailleurs.

**ART. 141** - 1. En cas de résolution ou d'annulation du concordat préventif, la juridiction compétente doit prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens, si elle constate la cessation des paiements.

2. En cas de résolution ou d'annulation du concordat de redressement, la juridiction compétente convertit le redressement judiciaire en liquidation des biens et nomme un syndic. Il est constitué une seule masse de créanciers antérieurs et postérieurs au concordat.

Le syndic procède sans retard, sur la base de l'ancien inventaire et avec l'assistance du Juge-commissaire, si des scellés ont été apposés conformément à l'article 59 ci-dessus, au récolement des valeurs, actions et papiers ; s'il y a lieu, il procède à inventaire et dresse un bilan supplémentaire.

Il fait immédiatement publier par le greffier un extrait de la décision rendue et une invitation aux créanciers nouveaux, s'il en existe, de produire leurs titres de créance à la vérification dans les conditions prévues aux articles 78 et suivants ci-dessus.

Il est procédé, sans retard, à la vérification des nouveaux titres de créance produits. Les créances antérieurement admises sont reportées d'office au nouvel état des créances, sous déduction des sommes qui auraient été perçues par les créanciers au titre des dividendes.

**ART. 142** - Si, avant la résolution ou l'annulation du concordat, le débiteur n'a payé aucun dividende, les remises concordataires sont anéanties et les créanciers antérieurs au concordat recouvrent l'intégralité de leurs droits.

Si le débiteur a déjà payé une partie du dividende, les créanciers antérieurs au concordat ne peuvent réclamer, à l'encontre des nouveaux créanciers, que la part de leurs créances primitives correspondant à la portion du dividende promis qu'ils n'ont pu toucher.

Les titulaires de créances contre la première masse conservent leur droit de préférence par rapport aux créanciers composant cette masse.

**ART. 143** - Les actes faits par le débiteur entre l'homologation du concordat et sa résolution ou son annulation ne peuvent être déclarés inopposables qu'en cas de fraude aux droits des créanciers et conformément aux dispositions relatives à l'action paulienne.

#### Sous-Section 5 - **Survenance d'une seconde procédure collective**

**ART. 144** - Les dispositions des articles 141, 142 et 143 ci-dessus sont applicables au cas où un second redressement judiciaire ou une liquidation des biens est prononcée sans qu'il y ait, au préalable, annulation ou résolution du concordat.

**ART. 145** - La juridiction compétente convertit le redressement judiciaire en liquidation des biens si le débiteur ne propose pas de concordat ou ne l'obtient pas ou si le concordat a été annulé ou résolu.

Il en est de même si une personne physique se trouve dans l'incapacité de continuer son activité en raison des déchéances dont elle est frappée, sans préjudice des dispositions de l'article 139-2° ci-dessus.

La décision convertissant le redressement judiciaire en liquidation des biens est soumise aux règles de publicité prévues par les articles 36 à 38 ci-dessus.

### **Section 2 : Solution de la liquidation des biens**

**ART. 146** - Dès que la liquidation des biens est prononcée, les créanciers sont constitués en état d'union.

Sauf s'il l'a déjà fait dans le cadre de l'article 124 ci-dessus, le syndic, dans le mois de son entrée en fonction, remet au Juge-commissaire un état établi d'après les éléments en sa possession et mentionnant, à titre évaluatif, l'actif disponible ou réalisable et le passif chirographaire et garanti par une sûreté réelle spéciale ou un privilège avec, s'il s'agit d'une personne morale, tous renseignements sur une éventuelle responsabilité pécuniaire du ou des dirigeants de celle-ci.

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, le syndic procède à l'établissement de l'état des créances.

#### Sous-Section 1 - **Réalisation de l'actif**

**ART. 147** - Le syndic poursuit seul la vente des marchandises et meubles du débiteur, le recouvrement des créances et le règlement des dettes de celui-ci.

Les créances à long terme du débiteur peuvent faire l'objet de cessions, afin de ne pas retarder les opérations de liquidation, dans les conditions prévues par l'article 148 pour les compromis et transactions.

Les deniers provenant des ventes et des recouvrements sont, sous la déduction des sommes arbitrées par le Juge-commissaire pour le montant des dépenses et des frais, versés immédiatement à un compte spécialement ouvert auprès d'un établissement bancaire ou postal ou au Trésor dans les conditions de l'article 45 ci-dessus. Le syndic justifie au Juge-commissaire desdits versements ; en cas de retard, il doit les intérêts des sommes qu'il n'a pas versées.

Aucune opposition sur les deniers versés au compte spécial de la procédure collective n'est recevable.

**ART. 148** - Le syndic peut, avec l'autorisation du Juge-commissaire, compromettre et transiger sur toutes les contestations qui intéressent la masse, même sur celles qui sont relatives à des droits et actions immobiliers.

Si l'objet du compromis ou de la transaction est d'une valeur indéterminée ou excède la compétence de la juridiction compétente en dernier ressort, le compromis ou la transaction doit, en outre, être homologuée par décision de la juridiction compétente.

Dans tous les cas, le greffier, trois jours avant la décision du Juge-commissaire, appelle le débiteur par lettre recommandée ou tout moyen laissant trace écrite précisant l'étendue du compromis ou de la transaction envisagée, les conditions et les motifs juridiques et économiques d'un tel acte.

**ART. 149** - Le syndic, autorisé par le Juge-commissaire peut, en remboursant la dette, retirer au profit de la masse, le gage ou le nantissement constitué sur un bien du débiteur.

Si, dans le délai de trois mois suivant la décision de liquidation des biens, le syndic n'a pas retiré le gage ou le nantissement ou entrepris la procédure de réalisation du gage ou du nantissement, le créancier gagiste ou nanti peut exercer ou reprendre son droit de poursuite individuelle à charge d'en rendre compte au syndic.

Le Trésor public, l'Administration des douanes et les organismes de sécurité et de prévoyance sociales disposent du même droit pour le recouvrement de leurs créances privilégiées, qu'ils exercent dans les mêmes conditions que les créanciers gagistes et nantis.

#### Paragraphe 1. **Dispositions communes à la réalisation des immeubles**

**ART. 150** - Les ventes d'immeubles ont lieu suivant les formes prescrites en matière de saisie immobilière. Toutefois, le Juge-commissaire fixe, après avoir recueilli les observations des contrôleurs, s'il en a été nommé, le débiteur et le syndic entendus ou dûment appelés, la mise à prix et les conditions essentielles de la vente et détermine les modalités de la publicité.

Dans les mêmes conditions, le Juge-commissaire peut, si la consistance des biens, leur situation ou les offres reçues sont de nature à permettre une cession amiable, autoriser la vente, soit par adjudication amiable sur la mise à prix qu'il fixe, soit de gré à gré aux prix et conditions qu'il détermine.

Si, dans le délai de trois mois suivant la décision de liquidation des biens, le syndic n'a pas entrepris la procédure de réalisation des immeubles, le créancier hypothécaire peut exercer ou reprendre son droit de poursuite individuelle à charge d'en rendre compte au syndic.

Le Trésor public, l'Administration des douanes et les organismes de sécurité et de prévoyance sociales disposent du même droit pour le recouvrement de leurs créances privilégiées qu'ils exercent dans les mêmes conditions que les créanciers hypothécaires.

Les adjudications réalisées en application des alinéas précédents emportent purge des hypothèques.

Le syndic répartit le produit des ventes et règle l'ordre entre les créanciers sous réserve des contestations qui sont portées devant la juridiction compétente.

**ART. 151** - A la requête du syndic ou du créancier poursuivant, le Juge-commissaire qui autorise la vente des immeubles, en application de l'article 150 ci-dessus, détermine, dans la décision :

1° la mise à prix de chacun des biens à vendre et les conditions de la vente ; lorsque la vente est poursuivie par un créancier, la mise à prix est déterminée en accord avec le créancier poursuivant, le syndic dûment entendu;

2° le ou les numéros des titres fonciers et la situation des immeubles faisant l'objet de la vente ou, s'il s'agit d'immeubles non encore immatriculés, leur désignation précise ainsi que la copie de la décision ou de l'acte autorisant le poursuivant à requérir l'immatriculation.

3° les modalités de la publicité compte-tenu de la valeur, de la nature et de la situation des biens.

4° s'il y a lieu, le notaire commis.

Le Juge-commissaire peut préciser qu'à défaut d'enchères atteignant cette mise à prix, la vente pourra se faire sur une mise à prix inférieure qu'il fixe. Il peut, si la valeur et la consistance des biens le justifient, faire procéder à leur estimation totale ou partielle.

**ART. 152** - La décision du Juge-commissaire se substitue au commandement tendant à saisie réelle.

Elle est notifiée par acte extrajudiciaire, à la diligence du greffier, au conservateur de la propriété foncière, au débiteur, au syndic et aux créanciers inscrits à domicile élu dont les noms sont indiqués dans la décision.

Elle est publiée par le conservateur de la propriété foncière dans les conditions prévues pour le commandement tendant à saisie réelle. Le conservateur de la propriété foncière procède à la formalité de publicité de la décision même si des commandements ont été antérieurement publiés, lesquels cessent de produire effet à compter de la publication de cette décision.

Il délivre un état des droits réels inscrits sur les titres fonciers concernés au syndic, au créancier poursuivant ou au notaire s'il y a lieu.

**ART. 153** - Le poursuivant ou le notaire commis établit un cahier des charges qui indique la décision autorisant la vente, désigne les biens à vendre, mentionne la mise à prix, les conditions de la vente et les modalités de paiement du prix.

## Paragraphe 2. Dispositions particulières à la vente sur saisie immobilière

**ART. 154** - 1° La vente sur saisie immobilière est soumise aux dispositions relatives à la matière sauf celles auxquelles il est dérogé par le présent Acte uniforme.

La décision qui autorise la vente par voie de saisie immobilière comporte, outre les indications mentionnées à l'article 151 ci-dessus :

- l'indication de la juridiction compétente devant laquelle l'expropriation sera poursuivie ;
- la constitution de l'avocat chez lequel le domicile du créancier poursuivant est élu de droit et en l'étude duquel pourront être notifiés les actes d'opposition au commandement et offres réelles et toutes significations relatives à la vente.

2° Le Juge-commissaire peut autoriser le syndic ou le créancier à poursuivre simultanément la vente de plusieurs ou de tous les immeubles, même s'ils sont situés dans des ressorts de juridictions différentes.

Il décide si la vente des immeubles sera poursuivie devant les juridictions dans le ressort desquels ils se trouvent ou devant celle dans le ressort de laquelle est situé le domicile du débiteur ou le siège de l'entreprise.

## Paragraphe 3 - Dispositions particulières à la vente d'immeubles par voie d'adjudication amiable

**ART. 155** - La vente d'immeuble par voie d'adjudication amiable est soumise aux dispositions relatives à la matière sauf celles auxquelles il est dérogé par la présent Acte uniforme.

La décision qui autorise la vente par voie d'adjudication amiable désigne le notaire qui procédera à l'adjudication.

Le notaire informe, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite, les créanciers inscrits portés sur l'état des droits réels délivré après publication de la décision, d'avoir à prendre communication du cahier des charges déposé en son étude deux mois au moins avant la date fixée pour l'adjudication et d'y faire inscrire leur dires et observations un mois, au moins, avant cette date. Par la même lettre ou par le même moyen laissant trace écrite, le notaire convoque les créanciers à la vente.

Le syndic et le débiteur sont convoqués à la vente par le notaire un mois, au moins, à l'avance.

**ART. 156** - Les enchères peuvent être faites sans ministère d'avocat.

Si aucune enchère n'atteint le montant de la mise à prix, le notaire constate l'offre la plus élevée et peut adjuger le bien à titre provisoire pour le montant de cette offre. Le Juge-commissaire qui a fixé la mise à prix, saisi à la requête du notaire ou de tout intéressé peut, soit déclarer l'adjudication définitive et la vente réalisée, soit ordonner qu'une nouvelle vente aura lieu selon l'une des formes prévues à l'article 150 ci-dessus. Si la nouvelle vente est une vente aux enchères, il fixe le délai de la nouvelle vente sans que ce délai puisse être inférieur à quinze jours, la mise à prix ainsi que les modalités de publicité.

**ART. 157** - Dans les dix jours qui suivent l'adjudication, toute personne peut faire surenchère du dixième par déclaration au greffe de la juridiction dans le ressort de laquelle réside le notaire qui a procédé à la vente. Le greffier saisit, aussitôt le Juge-commissaire de la déclaration.

Le surenchérisseur dénonce cette déclaration par acte extrajudiciaire à la personne ou au domicile de l'adjudicataire dans les dix jours et informe le notaire de cette déclaration.

Le Juge-commissaire, par décision validant la surenchère, renvoie la nouvelle adjudication devant le même notaire qui procède selon le cahier des charges précédemment dressé.

Lorsqu'une seconde adjudication a lieu après surenchère, aucune autre surenchère ne peut avoir lieu sur les mêmes biens.

**ART. 158** - S'il y a eu folle enchère, la procédure est poursuivie devant la juridiction compétente dans le ressort de laquelle réside le notaire qui a procédé à la vente. Le certificat constatant que l'adjudicataire n'a pas exécuté les clauses et conditions de l'adjudication est délivré par le syndic.

Le procès-verbal de l'adjudication est déposé au greffe de la juridiction compétente.

Paragraphe 4 - Dispositions particulières à la vente d'immeuble de gré à gré

**ART. 159** - L'autorisation de vente de gré à gré d'un ou plusieurs immeubles détermine le prix de chaque immeuble et les conditions essentielles de la vente.

Elle est notifiée, à la diligence du greffier, par acte extrajudiciaire au débiteur et aux créanciers inscrits, à domicile élu, dont les noms sont indiqués dans la décision.

Les créanciers inscrits, si le prix est insuffisant à les désintéresser tous, ont un délai de trente jours à compter de la notification de la décision pour faire surenchère du dixième sur le prix, par lettre recommandée avec accusé de réception ou tout moyen laissant trace écrite adressé au syndic.

Passé ce délai, le syndic passe les actes nécessaires à la réalisation de la vente, soit avec l'acquéreur de son choix en l'absence de surenchère, soit avec le surenchérisseur le plus disant en cas de surenchère.

#### Paragraphe 5 - Cession globale d'actif

**ART. 160** - Tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier comprenant, éventuellement, des unités d'exploitation, peut faire l'objet d'une cession globale.

A cet effet, le syndic suscite des offres d'acquisition et fixe le délai pendant lequel elles sont reçues. Toute personne intéressée peut soumettre une offre d'acquisition au syndic, à l'exclusion des dirigeants de la personne morale en liquidation, des parents ou alliés de ces dirigeants ou du débiteur personne physique jusqu'au deuxième degré.

Toute offre d'acquisition doit être écrite et préciser, notamment :

1° le prix et ses modalités de paiement ; au cas où des délais de paiement sont sollicités, ceux-ci ne peuvent excéder douze mois et doivent être garantis par le cautionnement solidaire d'un établissement bancaire;

2° la date de réalisation de la cession.

Elle est déposée au greffe de la juridiction compétente où tout intéressé peut en prendre connaissance et communiquée au syndic, au Juge-commissaire et au représentant du Ministère Public.

**ART. 161** - Le syndic consulte le débiteur et, s'il en a été nommé, les contrôleurs, pour recueillir leur avis sur les offres d'acquisition faites.

Il choisit l'offre qui lui paraît la plus sérieuse et la soumet, ainsi que les avis du débiteur et des contrôleurs, au Juge-commissaire.

**ART. 162** - Le Juge-commissaire ordonne la cession en affectant une quote-part du prix de cession à chacun des biens cédés pour la répartition du prix et l'exercice des droits de préférence.

Le syndic passe les actes nécessaires à la réalisation de la cession.

#### Paragraphe 6 - Effets de la réalisation de l'actif

**ART. 163** - Les effets de la cession globale sont ceux définis par l'article 133 ci-dessus.

Le syndic est chargé de procéder aux formalités de radiation des inscriptions des sûretés.

#### Sous-Section 2 - Apurement du passif

**ART. 164** - Le Juge-commissaire ordonne, s'il y a lieu, une répartition des deniers entre les créanciers, en fixe la quotité et veille à ce que tous les créanciers en soient avertis.

Dès la répartition ordonnée, le syndic adresse à chaque créancier admis, en règlement de son dividende, un chèque à son ordre tiré sur le compte ouvert spécialement à cet effet dans un établissement bancaire ou postal ou au Trésor public.

**ART. 165** - Le montant de l'actif, distraction faite des frais et dépens de la liquidation des biens, ainsi que des secours qui auraient été accordés au débiteur ou à sa famille, est réparti entre tous les créanciers dont la créance est vérifiée et admise.

La part correspondant aux créances sur l'admission desquelles il n'aurait pas encore été statué définitivement et, notamment, les rémunérations des dirigeants des personnes morales tant qu'il n'aura pas été statué sur leur cas, est mise en réserve.

Les frais et dépens de la liquidation des biens, dont les honoraires du syndic, sont prélevés sur l'actif en proportion de la valeur de chaque élément d'actif par rapport à l'ensemble.

**ART. 166** - Les deniers provenant de la réalisation des immeubles sont distribués ainsi :

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

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

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

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

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

6° aux créanciers chirographaires.

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

**ART. 167** - Les deniers provenant de la réalisation des meubles sont distribués ainsi :

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

2° aux créanciers de frais engagés pour la conservation du bien du débiteur dans l'intérêt du créancier dont les titres sont antérieurs en date;



- 3° aux créanciers de salaires super privilégiés en proportion de la valeur du meuble par rapport à l'ensemble de l'actif ;
- 4° aux créanciers garantis par un gage selon la date de constitution du gage ;
- 5° aux créanciers garantis par un nantissement ou par un privilège soumis à publicité, chacun suivant le rang de son inscription au registre du commerce et du crédit mobilier;
- 6° aux créanciers munis d'un privilège mobilier spécial, chacun sur le meuble supportant le privilège ;
- 7° aux créanciers de la masse tels que définis par l'article 117 ci-dessus ;
- 8° aux créanciers munis d'un privilège général selon l'ordre établi par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés;
- 9° aux créanciers chirographaires.

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

**ART. 168** - Si le prix de vente d'un bien spécialement affecté à une sûreté est insuffisant à payer la créance en principal et intérêts, le créancier titulaire de cette sûreté est traité, pour le reliquat non payé de sa créance, comme un créancier chirographaire.

**ART. 169** - Le syndic dresse, chaque semestre, un rapport sur l'état de la liquidation des biens. Ce rapport est déposé au greffe et, sauf dispense du Juge-commissaire, notifié en copie au débiteur, à tous les créanciers et aux contrôleurs, s'il en a été nommé.

Le syndic informe le débiteur des opérations de liquidation au fur et à mesure de leur réalisation.

### Sous-Section 3 : Clôture de l'union

**ART. 170** - Lorsque les opérations de liquidation des biens sont terminées, le syndic, le débiteur présent ou dûment appelé par le greffier par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite, rend ses comptes au Juge-commissaire qui, par procès-verbal, constate la fin des opérations de liquidation.

Le procès-verbal est communiqué à la juridiction compétente qui prononce la clôture de la liquidation des biens et tranche, par la même occasion, les contestations des comptes du syndic par le débiteur ou les créanciers.

L'union est dissoute de plein droit et les créanciers recouvrent l'exercice individuel de leurs actions.

**ART. 171** - Si leurs créances ont été vérifiées et admises, le Président de la juridiction compétente prononçant la décision de clôture vise l'admission définitive des créanciers, la dissolution de l'union, le montant de la créance admise et celui du reliquat dû.

La décision est revêtue de la formule exécutoire par le greffier. Elle n'est susceptible d'aucune voie de recours.

**ART. 172** - Le greffier adresse immédiatement un extrait de la décision de clôture au représentant du Ministère Public.

### Section 3 : Clôture pour insuffisance d'actif

**ART. 173** - Si les fonds manquent pour entreprendre ou terminer les opérations de la 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.

La décision est publiée dans les conditions prévues aux articles 36 et 37 ci-dessus.

**ART. 174** - La décision de clôture pour insuffisance d'actif fait recouvrer à chaque créancier l'exercice individuel de ses actions.

A cet effet, les dispositions de l'article 171 ci-dessus sont applicables.

**ART. 175** - 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.

**ART. 176** - Dans tous les cas où il aurait à exercer des actions en responsabilité, le syndic est autorisé à demander le bénéfice de l'assistance judiciaire par décision du Juge-commissaire rendue sur requête exposant le but recherché et les moyens à l'appui et avant la décision de clôture de la liquidation des biens.

**ART. 177** - Le syndic dépose ses comptes au greffe dans les trois mois de la clôture pour insuffisance d'actif.

Le greffier avertit immédiatement le débiteur, contre décharge, qu'il dispose d'un délai de huit jours pour formuler, s'il y a lieu, des contestations.

En cas de contestation, la juridiction compétente se prononce.

#### **Section 4 : Clôture pour extinction du passif**

**ART. 178** - Après l'arrêté des créances et tant que la procédure de redressement judiciaire n'est pas close par une décision d'homologation du concordat ou l'union par une décision intervenue dans les conditions prévues à l'article 170 ci-dessus, la juridiction compétente prononce, à toute époque, à la demande du débiteur ou du syndic, ou même d'office, la clôture de la procédure collective lorsqu'il n'existe plus de passif exigible ou lorsque le syndic dispose de deniers suffisants ou lorsque sont consignées les sommes dues en capital, intérêts et frais.

En cas de disparition, d'absence ou de refus de recevoir d'un ou de plusieurs créanciers, la somme due est déposée à un compte spécialement ouvert auprès d'un établissement bancaire ou postal ou au Trésor; la justification du dépôt vaut quittance.

Les créanciers ne peuvent exiger plus de trois années d'intérêts au taux légal échus à compter de la décision constatant la cessation des paiements.

Cette clôture est prononcée sur le rapport du Juge-commissaire constatant l'existence des conditions prévues aux alinéas 1 et 2 du présent article.

La publicité de la décision est soumise aux articles 36 et 37 ci-dessus.

**ART. 179** - Après règlement de l'intégralité du passif exigible, le syndic rend ses comptes dans les conditions prévues à l'article 177 ci-dessus.

### **CHAPITRE VI**

#### **DISPOSITIONS PARTICULIÈRES AUX DIRIGEANTS DES PERSONNES MORALES**

**ART. 180** - Les dispositions du présent chapitre sont applicables, en cas de cessation des paiements d'une personne morale, aux dirigeants personnes physiques ou morales, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non et aux personnes physiques représentants permanents des personnes morales dirigeantes.

**ART. 181** - Les associés indéfiniment et solidairement responsables du passif social, s'ils ne sont pas dirigeants, sont soumis aux procédures collectives conformément aux articles 31 et 33 ci-dessus.

**ART. 182** - Les dispositions relatives aux scellés et aux secours du débiteur sont étendues aux dirigeants des personnes morales soumises aux dispositions du présent chapitre.

#### **Section 1 : Comblement du passif**

**ART. 183** - Lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale 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.

L'assignation du syndic doit être signifiée à chaque dirigeant mis en cause huit jours au moins avant l'audience. Lorsque la juridiction compétente se saisit d'office, le Président les fait convoquer, par acte extrajudiciaire, à la diligence du greffier, dans les mêmes délais.

La juridiction compétente statue dans les moindres délais, après avoir entendu le Juge-commissaire en son rapport et les dirigeants en audience non publique.

**ART. 184** - La juridiction compétente est celle qui a prononcé le redressement judiciaire ou la liquidation des biens de la personne morale.

**ART. 185** - La juridiction compétente peut 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 ordonner leur cession forcée par les soins du syndic, au besoin après expertise ; le produit de la vente est affecté au paiement de la part des dettes de la personne morale mise à la charge de ces dirigeants.

**ART. 186** - L'action en comblement du passif se prescrit par trois ans à compter de l'arrêté définitif de l'état des créances. En cas de résolution ou d'annulation du concordat de la personne morale, la prescription, suspendue pendant le temps qu'a duré le concordat, recommence à courir. Toutefois, le syndic dispose à nouveau, pour exercer l'action, d'un délai qui ne peut, en aucun cas, être inférieur à un an.

**ART. 187** - Lorsqu'un dirigeant d'une personne morale est déjà déclaré en état de cessation des paiements, le montant du passif mis à la charge de ce dirigeant est déterminé par la juridiction compétente qui a prononcé le redressement judiciaire ou la liquidation des biens de la personne morale.

Dans ce cas, le syndic de la procédure collective de la personne morale produit au redressement judiciaire ou à la liquidation des biens du dirigeant.

**ART. 188** - La décision intervenue en application de l'article 183 ci-dessus est soumise aux dispositions des articles 36 et 37 ci-dessus.

La publication est faite en ce qui concerne les associés responsables du passif social ou les dirigeants d'une personne morale commerçante, sous le numéro d'immatriculation de cette personne morale au Registre du commerce et du crédit mobilier et s'ils sont eux-mêmes commerçants, la publication au Journal officiel est faite, en outre, sous le numéro personnel des dirigeants.

## **Section 2 : Extension des procédures collectives aux dirigeants**

**ART. 189** - En cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens d'une personne morale, peut être déclaré personnellement en redressement judiciaire ou en liquidation des biens, tout dirigeant qui a, sans être en cessation des paiements lui-même :

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

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

**ART. 190** - La juridiction compétente est celle qui a prononcé le redressement judiciaire ou la liquidation des biens de la personne morale.

**ART. 191** - Les créanciers admis dans la procédure collective ouverte contre la personne morale sont admis, de plein droit, dans le redressement judiciaire ou la liquidation des biens du dirigeant. Le passif comprend, outre le passif personnel du dirigeant, celui de la personne morale.

**ART. 192** - La date de la cessation des paiements du dirigeant ne peut être postérieure à celle fixée par la décision prononçant le redressement judiciaire ou la liquidation des biens de la personne morale.

**ART. 193** - Les dispositions de l'article 188 ci-dessus sont applicables à la décision prononçant l'extension des procédures collectives aux dirigeants des personnes morales.

### **TITRE III FAILLITE PERSONNELLE ET RÉHABILITATION**

**ART. 194** - Les dispositions du présent titre s'appliquent :

- 1° aux commerçants personnes physiques ;
- 2° aux personnes physiques dirigeantes de personnes morales assujetties aux procédures collectives;
- 3° aux personnes physiques représentants permanents de personnes morales dirigeantes des personnes morales visées au 2° ci-dessus.

Les dirigeants des personnes morales visés au présent article sont les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, apparents ou occultes.

**ART. 195** - Le représentant Ministère Public surveille l'application des dispositions du présent titre et en poursuit l'exécution.

#### **CHAPITRE I FAILLITE PERSONNELLE**

##### **Section 1 : Cas de faillite personnelle**

**ART. 196** - A toute époque de la procédure, la juridiction compétente prononce la faillite personnelle des personnes qui ont :

- 1° soustrait la comptabilité de leur entreprise, détourné ou dissimulé une partie de son actif ou reconnu frauduleusement des dettes qui n'existaient pas ;
- 2° exercé une activité commerciale dans leur intérêt personnel, soit par personne interposée, soit sous couvert d'une personne morale masquant leurs agissements ;
- 3° usé du crédit ou des biens d'une personne morale comme des leurs propres ;
- 4° par leur dol, obtenu pour eux-mêmes ou pour leur entreprise, un concordat annulé par la suite ;
- 5° commis des actes de mauvaise foi ou des imprudences inexcusables ou qui ont enfreint gravement les règles et usages du commerce tels que définis par l'article 197.

Sont également déclarés en faillite personnelle, les dirigeants d'une personne morale condamnés pour banqueroute simple ou frauduleuse.

**ART. 197** - Sont présumés actes de mauvaise foi, imprudences inexcusables ou infractions graves aux règles et usages du commerce :

- 1° l'exercice d'une activité commerciale ou d'une fonction de gérant, administrateur, président, directeur général ou liquidateur, contrairement à une interdiction prévue par les Actes uniformes ou par la loi de chaque Etat-partie;
- 2° l'absence d'une comptabilité conforme aux règles comptables et aux usages reconnus de la profession, eu égard à l'importance de l'entreprise ;
- 3° les achats pour revendre au-dessous du cours dans l'intention de retarder la constatation de la cessation des paiements ou l'emploi, dans la même intention, de moyens ruineux pour se procurer des fonds ;
- 4° la souscription, pour le compte d'autrui, sans contrepartie, d'engagements jugés trop importants au moment de leur conclusion, eu égard à la situation du débiteur ou de son entreprise;
- 5° la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire l'entreprise qu'à la cessation des paiements.

**ART. 198** - La juridiction compétente peut prononcer la faillite personnelle des dirigeants qui :

- 1° ont commis des fautes graves autres que celles visées à l'article 197 ci-dessus ou ont fait preuve d'une incompétence manifeste ;
- 2° n'ont pas déclaré, dans les trente jours, la cessation des paiements de la personne morale ;

3° n'ont pas acquitté la partie du passif social mise à leur charge.

**ART. 199** - La faillite personnelle des dirigeants des personnes morales prive ceux-ci du droit de vote dans les assemblées de ces personnes morales contre lesquelles est ouverte une procédure collective, ce droit étant exercé par un mandataire désigné par le Juge-commissaire à cet effet à la requête du syndic.

## **Section 2 : Procédure**

**ART. 200** - Lorsqu'il a connaissance des faits susceptibles de justifier la faillite personnelle, le syndic en informe immédiatement le représentant du Ministère Public et le Juge-commissaire à qui il fait rapport dans les trois jours.

Le Juge-commissaire adresse ce rapport au Président de la juridiction compétente. A défaut d'un tel rapport du syndic, le Juge-commissaire peut faire lui-même rapport au Président de la juridiction compétente.

Dès qu'il est saisi du rapport du syndic ou du Juge-commissaire, le Président de la juridiction compétente fait aussitôt citer à comparaître à jour fixe, huit jours au moins à l'avance, par acte extrajudiciaire, à la diligence du greffier, le débiteur ou les dirigeants de la personne morale pour être entendus par la juridiction compétente siégeant en audience non publique en présence du syndic ou lui dûment appelé par le greffier, par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite.

**ART. 201** - Le débiteur ou les dirigeants de la personne morale mis en cause doivent comparaître en personne ; en cas d'empêchement dûment justifié, ils peuvent se faire représenter par une personne habilitée à assister ou à représenter les parties devant la juridiction saisie.

Si le débiteur ou les dirigeants de la personne morale ne se présentent pas ou ne sont pas représentés, la juridiction compétente les cite à nouveau à comparaître, dans les mêmes formes et délais que ceux prévus à l'article 200 ci-dessus; en cas d'itératif défaut, la juridiction compétente statue contradictoirement à leur égard.

**ART. 202** - Indépendamment des mentions prévues au casier judiciaire par le code de procédure pénale, les décisions prononçant la faillite personnelle sont mentionnées au Registre du commerce et du crédit mobilier.

En ce qui concerne les dirigeants des personnes morales non commerçantes, ces décisions sont mentionnées sur le registre ainsi qu'en marge de l'inscription relatant le redressement judiciaire ou la liquidation des biens.

Ces décisions sont, en outre, à la diligence du greffier, publiées par extraits au Journal Officiel et dans un journal habilité à recevoir des annonces légales dans le ressort de la juridiction ayant statué, dans les conditions prévues aux articles 36 et 37 ci-dessus.

## **Section 3 : Effets de la faillite personnelle**

**ART. 203** - La décision qui prononce la faillite personnelle 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 aucune fonction, administrative, judiciaire ou de représentation professionnelle.

Lorsque la juridiction compétente prononce la faillite personnelle, elle en fixe la durée qui ne peut être inférieure à trois ans et supérieure à dix ans.

Les déchéances, incapacités et interdictions résultant de la faillite personnelle cessent, de plein droit, au terme fixé.

## CHAPITRE II RÉHABILITATION

### **Section 1 : Cas de réhabilitation**

**ART. 204** - La décision de clôture pour extinction du passif entraîne la réhabilitation du débiteur si le passif est éteint dans les conditions prévues par l'article 178 ci-dessus.

Pour être réhabilité de plein droit, l'associé solidairement responsable des dettes d'une personne morale déclarée en cessation des paiements doit justifier qu'il a acquitté, dans les mêmes conditions, toutes les dettes de la personne morale, alors même qu'un concordat particulier lui aurait été consenti.

**ART. 205** - Peut être réhabilitée si sa probité est reconnue :

1° toute personne qui a obtenu des créanciers un concordat particulier et qui a intégralement payé les dividendes promis ;

2° toute personne qui justifie de la remise entière de sa dette par ses créanciers ou de leur consentement unanime à sa réhabilitation.

Peuvent également être réhabilités les dirigeants de personnes morales :

- contre qui a été prononcé le redressement judiciaire ou la liquidation des biens et qui se trouvent personnellement dans le cas prévu à l'article 204, alinéa 1er ci-dessus ;

- contre qui a été prononcée seulement la faillite personnelle si la personne morale à l'égard de qui a été prononcée le redressement judiciaire ou la liquidation des biens se trouve dans le cas prévu à l'article 204, alinéa 1er ci-dessus.

**ART. 206** - La personne déclarée en état de faillite personnelle peut être réhabilitée après sa mort si, de son vivant, elle remplissait les conditions prévues par les articles 204 et 205 ci-dessus.

**ART. 207** - Ne sont point admises à la réhabilitation les personnes condamnées pour crime ou délit, tant que la condamnation a pour conséquence de leur interdire l'exercice d'une profession commerciale, industrielle ou artisanale.

## **Section 2 : Procédure**

**ART. 208** - Toute demande en réhabilitation est adressée, avec les quittances et les pièces qui la justifient au représentant du Ministère Public dans le ressort duquel la cessation des paiements a été constatée.

Ce magistrat communique toutes les pièces au Président de la juridiction compétente qui a statué et au représentant du Ministère Public du domicile du requérant, en les chargeant de recueillir tous les renseignements possibles et utiles sur la véracité des faits exposés. Le syndic reçoit les mêmes pièces et la même mission de ce magistrat avec obligation de déposer un rapport dans le mois de sa saisine.

**ART. 209** - Avis de la demande est donné par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite, par les soins du greffier de la juridiction compétente, à chacun des créanciers admis ou reconnus, même par décision judiciaire postérieure.

**ART. 210** - Tout créancier non intégralement payé dans les conditions des articles 178 et 204 ci-dessus peut, pendant le délai d'un mois à partir de cet avis, faire opposition à la réhabilitation par simple déclaration au greffe appuyée des pièces justificatives.

Le créancier opposant peut également intervenir dans la procédure de réhabilitation par requête présentée au Président de la juridiction compétente et signifiée au débiteur.

**ART. 211** - Après expiration des délais prévus aux articles 208 et 210 ci-dessus, le résultat des enquêtes et rapports prescrits ci-dessus et les oppositions formées par les créanciers sont communiqués au représentant du Ministère Public saisi de la demande qui les transmet à la juridiction compétente avec ses réquisitions écrites.

**ART. 212** - La juridiction compétente appelle, s'il y a lieu, le demandeur et les opposants et les entend contradictoirement en audience non publique.

**ART. 213** - Si la demande est rejetée, elle ne peut être renouvelée qu'après une année.

Si elle est admise, la décision est transcrite sur le registre de la juridiction compétente qui a statué et de celle du domicile du demandeur.

La décision est, en outre, adressée au représentant du Ministère Public qui a reçu la demande et, par les soins de ce dernier, au représentant du Ministère Public du lieu de naissance du demandeur qui en fait mention au casier judiciaire, en regard de la déclaration du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens.

**ART. 214** - La procédure de réhabilitation est dispensée de timbre et d'enregistrement.

### **Section 3 : Effets de la réhabilitation**

**ART. 215** - Le débiteur réhabilité est rétabli dans tous les droits dont il avait été privé par la décision prononçant sa faillite personnelle.

## **TITRE IV**

### **VOIES DE RECOURS EN MATIÈRE DE REDRESSEMENT JUDICIAIRE ET DE LIQUIDATION DES BIENS**

**ART. 216** - Ne sont susceptibles ni d'opposition ni d'appel :

- 1° les décisions relatives à la nomination ou au remplacement du Juge-commissaire, à la nomination ou à la révocation des syndics, à la nomination ou à la révocation des contrôleurs;
- 2° les décisions par lesquelles la juridiction compétente statue sur le recours formé contre les décisions rendues par le Juge-commissaire dans les limites de ses attributions, à l'exception de celles statuant sur les revendications et sur les décisions prévues aux articles 162 et 164 ci-dessus ;
- 3° la décision rendue par la juridiction compétente en application de l'article 111 dernier alinéa ci-dessus ;
- 4° les décisions autorisant la continuation de l'exploitation sauf dans le cas prévu par l'article 113, alinéa 4 ci-dessus.

**ART. 217** - Les décisions rendues en matière de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, sont exécutoires par provision, nonobstant opposition ou appel, à l'exception de la décision homologuant le concordat, ainsi que des décisions prononçant la faillite personnelle.

**ART. 218** - Dans les délais prévus en matière de règlement préventif, de redressement judiciaire, de liquidation des biens, de faillite personnelle, le jour de l'acte, de l'événement ou de la décision qui les font courir, d'une part, et le dernier jour, d'autre part, ne sont pas comptés.

Tout délai qui expirerait normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, sera prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Il en sera de même pour les significations en mairie ou à parquet lorsque les services seront fermés au public le dernier jour du délai.

**ART. 219** - L'opposition, lorsqu'elle est recevable, est formée contre la décision rendue en matière de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, par déclaration au greffe, dans le délai de quinze jours à compter de la signification de ladite décision.

Toutefois, pour les décisions soumises aux formalités d'affichage et d'insertion dans les journaux d'annonces légales ou dans le Journal officiel, ce délai ne court que du jour où la formalité requise en dernier lieu a été effectuée. Il est statué sur l'opposition dans le mois.

**ART. 220** - L'opposition, lorsqu'elle est recevable, est formée contre les décisions rendues en matière de faillite personnelle, par déclaration au greffe dans un délai de quinze jours à compter de la signification de la décision.

Le débiteur ou les dirigeants des personnes morales sont cités à comparaître dans les formes, délais et conditions prévus par les articles 200 et 201 du présent Acte uniforme.

Il est statué sur l'opposition dans le mois.

**ART. 221** - L'appel, lorsqu'il est recevable pour une décision rendue en matière de redressement judiciaire ou de liquidation des biens ou de faillite personnelle est formé dans le délai de quinze jours à compter du prononcé de la décision.

L'appel est jugé, sur pièces, par la juridiction d'appel, dans le mois. La décision d'appel est exécutoire sur minute.

**ART. 222** - En matière de faillite personnelle, le greffier avise, dans les trois jours, le représentant du Ministère Public de la décision rendue.

Le représentant du Ministère Public peut, dans le délai de quinze jours à compter de cet avis, interjeter appel de la décision rendue.

L'appel du Ministère Public est formé par déclaration au greffe de la juridiction qui a rendu la décision. Notification en est faite par le greffier au débiteur et au syndic contre décharge.

**ART. 223** - En cas de faillite personnelle ou d'autres sanctions, l'appel du débiteur ou des dirigeants est formé par requête adressée au Président de la juridiction d'appel.

Le syndic est appelé en cause par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite adressé par le greffier de la juridiction d'appel à la requête du représentant du Ministère Public près cette juridiction.

**ART. 224** - L'appel, en cas de mise de tout ou partie du passif d'une personne morale à la charge d'un ou des dirigeants de celle-ci, est formé comme prévu à l'article 221 ci-dessus.

**ART. 225** - Dans tous les cas, le greffier de la juridiction d'appel adresse expédition de la décision d'appel au greffe de la juridiction compétente pour mention en marge de la décision et pour accomplissement, le cas échéant, des mesures de publicité prescrites à l'article 202 ci-dessus.

## **TITRE V**

### **BANQUEROUTE ET AUTRES INFRACTIONS**

#### **CHAPITRE I**

#### **BANQUEROUTE ET INFRACTIONS ASSIMILÉS**

**ART. 226** - Les personnes déclarées coupables de banqueroute et de délits assimilés à la banqueroute sont passibles des peines prévues pour ces infractions par les dispositions du droit pénal en vigueur dans chaque Etat- partie.

#### **Section 1 : Banqueroute simple et banqueroute frauduleuse**

**ART. 227** - Les dispositions de la présente section s'appliquent :

- aux commerçants, personnes physiques ;
- aux associés des sociétés commerciales qui ont la qualité de commerçants.

**ART. 228** - Est coupable de banqueroute simple toute personne physique en état de cessation des paiements qui se trouve dans un des cas suivants :

- 1° si elle a contracté sans recevoir des valeurs en échange, des engagements jugés trop importants eu égard à sa situation lorsqu'elle les a contractés ;
- 2° si, dans l'intention de retarder la constatation de la cessation de ses paiements, elle a fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou si, dans la même intention, elle a employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds ;
- 3° si, sans excuse légitime, elle ne fait pas au greffe de la juridiction compétente la déclaration de son état de cessation des paiements dans le délai de trente jours;
- 4° si sa comptabilité est incomplète ou irrégulièrement tenue ou si elle n'a tenu aucune comptabilité conforme aux règles comptables et aux usages reconnus de la profession eu égard à l'importance de l'entreprise ;
- 5° si, ayant été déclarée deux fois en état de cessation des paiements dans un délai de cinq ans, ces procédures ont été clôturées pour insuffisance d'actif.

**ART. 229** - 1. Est coupable de banqueroute frauduleuse toute personne physique visée à l'article 227 ci-dessus, en cas de cessation des paiements, qui :

- 1° a soustrait sa comptabilité ;
- 2° a détourné ou dissipé tout ou partie de son actif ;
- 3° soit dans ses écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous seing privé, soit dans son bilan, s'est frauduleusement reconnue débitrice de sommes qu'elle ne devait pas ;
- 4° a exercé la profession commerciale contrairement à une interdiction prévue par les



Actes uniformes ou par la loi de chaque Etat-partie ;

5° après la cessation des paiements, a payé un créancier au préjudice de la masse ;

6° a stipulé avec un créancier des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la masse ou qui a fait avec un créancier un traité particulier duquel il résulterait pour ce dernier un avantage à la charge de l'actif du débiteur à partir du jour de la décision d'ouverture.

2. Est également coupable de banqueroute frauduleuse toute personne physique visée à l'article 227 ci-dessus qui, à l'occasion d'une procédure de règlement judiciaire :

1° a, 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 ;

2° a, sans autorisation du Président de la juridiction compétente, accompli un des actes interdits par l'article 11 ci-dessus.

## **Section 2 : Infractions assimilées aux banqueroutes**

**ART. 230** - Les dispositions de la présente section sont applicables :

1° aux personnes physiques dirigeantes de personnes morales assujetties aux procédures collectives;

2° aux personnes physiques représentantes permanentes de personnes morales dirigeantes, des personnes morales visées au 1° ci-dessus.

Les dirigeants visés au présent article s'entendent de tous les dirigeants de droit ou de fait et, d'une manière générale, de toute personne ayant directement ou par personne interposée, administré, géré ou liquidé la personne morale sous le couvert ou aux lieu et place de ses représentants légaux.

**ART. 231** - Sont punis des peines de la banqueroute simple les dirigeants visés à l'article 230 ci-dessus qui ont, en cette qualité et de mauvaise foi :

1° consommé des sommes appartenant à la personne morale en faisant des opérations de pur hasard ou des opérations fictives ;

2° dans l'intention de retarder la constatation de la cessation des paiements de la personne morale, fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours ou, dans la même intention, employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds ;

3° après cessation des paiements de la personne morale, payé ou fait payer un créancier au préjudice de la masse ;

4° fait contracter par la personne morale, pour le compte d'autrui, sans qu'elle reçoive de valeurs en échange, des engagements jugés trop importants eu égard à sa situation lorsque ceux-ci ont été contractés;

5° tenu ou fait tenir ou laissé tenir irrégulièrement ou incomplètement la comptabilité de la personne morale dans les conditions prévues à l'article 228-4° ci-dessus ;

6° omis de faire au greffe de la juridiction compétente, dans le délai de trente jours, la déclaration de l'état de cessation des paiements de la personne morale ;

7° en vue de soustraire tout ou partie de leur 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, détourné ou dissimulé, tenté de détourner ou de dissimuler une partie de leurs biens ou qui se sont frauduleusement reconnus débiteurs de sommes qu'ils ne devaient pas.

**ART. 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 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.

**ART. 233** - 1. Sont punis des peines de la banqueroute frauduleuse, les dirigeants visés à l'article 230 ci-dessus qui ont frauduleusement:

1° soustrait les livres de la personne morale ;

2° détourné ou dissimulé une partie de son actif ;

3° reconnu la personne morale débitrice de sommes qu'elle ne devait pas, soit dans les écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signature privée, soit dans le bilan;

4° exercé la profession de dirigeant contrairement à une interdiction prévue par les

Actes uniformes ou par la loi de chaque Etat-partie;

5° 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.

2. Sont également punis des peines de la banqueroute frauduleuse, les dirigeants visés à l'article 230 qui, à l'occasion d'une procédure de règlement préventif, ont :

1° 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 ;

2° sans autorisation du Président de la juridiction compétente, accompli un des actes interdits par l'article 11 ci-dessus.

**ART. 234** - La juridiction répressive est saisie, soit sur la poursuite du représentant du Ministère Public, soit sur la constitution de partie civile, soit par voie de citation directe du syndic ou de tout créancier agissant en son nom propre ou au nom de la masse.

Le syndic ne peut agir au nom de la masse qu'après y avoir été autorisé par le Juge-commissaire, les contrôleurs, s'il en a été nommé, étant entendus.

Tout créancier peut intervenir à titre individuel dans une poursuite en banqueroute si celle-ci est intentée par le syndic au nom de la masse.

**ART. 235** - Le syndic est tenu de remettre au représentant du Ministère Public les pièces, titres, papiers et renseignements qui lui sont demandés.

Les pièces, titres et papiers délivrés par le syndic sont, pendant le cours de l'instance, tenus en état de communication par la voie du greffe.

Cette communication a lieu sur la réquisition du syndic qui peut y prendre des extraits privés ou en requérir d'authentiques, qui lui sont expédiés par le greffier.

Les pièces, titres et papiers dont le dépôt judiciaire n'aurait pas été ordonné sont, après la décision, remis au syndic qui en donne décharge.

**ART. 236** - 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.

**ART. 237** - Les frais de la poursuite intentée par le représentant du Ministère Public ne peuvent être mis à la charge de la masse.

S'il y a condamnation, le Trésor public ne peut exercer son recours en recouvrement des frais contre le débiteur qu'après l'exécution du concordat en cas de redressement judiciaire ou après la clôture de l'union en cas de liquidation des biens.

**ART. 238** - Les frais de la poursuite intentée par le syndic au nom des créanciers sont supportés par la masse s'il y a relaxe et, s'il y a condamnation, par le Trésor public sauf recours de celui-ci contre le débiteur dans les conditions de l'article 237, alinéa 2 ci-dessus.

**ART. 239** - Les frais de la poursuite intentée par un créancier sont supportés par lui s'il y a relaxe et, s'il y a condamnation, par le Trésor public sauf recours de celui-ci contre le débiteur dans les conditions de l'article 237, alinéa 2 ci-dessus.

## CHAPITRE II AUTRES INFRACTIONS

**ART. 240** - Sont punies des peines de la banqueroute frauduleuse :

1° les personnes convaincues d'avoir, dans l'intérêt du débiteur, soustrait, recélé ou dissimulé tout ou partie de ses biens meubles ou immeubles, le tout sans préjudice des dispositions pénales relatives à la complicité ;

2° les personnes convaincues d'avoir frauduleusement produit dans la procédure collective, soit en leur nom, soit par interposition ou supposition de personne, des créances supposées ;

3° les personnes qui, faisant le commerce sous le nom d'autrui ou sous un nom supposé, ont, de mauvaise foi, détourné ou dissimulé, tenté de détourner ou de dissimuler une partie de leurs biens.

**ART. 241** - Le conjoint, les descendants, les ascendants ou les collatéraux du débiteur ou ses alliés qui, à l'insu du débiteur, auraient détourné, diverti ou recelé des effets dépendant de l'actif du débiteur en état de cessation des paiements, encourent les peines prévues par le droit pénal en vigueur dans chaque Etat-partie pour les infractions commises au préjudice d'un incapable.

**ART. 242** - Alors même qu'il y aurait relaxe dans les cas prévus aux articles 240 et 241 ci-dessus, la juridiction saisie statue sur les dommages-intérêts et sur la réintégration, dans le patrimoine du débiteur, des biens, droits ou actions soustraits.

**ART. 243** - Est puni des peines prévues par le droit pénal en vigueur dans chaque Etat-partie pour les infractions commises par une personne faisant appel au public au préjudice d'un loueur, dépositaire, mandataire, constituant de nantissement, prêteur à usage ou maître d'ouvrage, tout syndic d'une procédure collective qui :

- 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 et de mauvaise foi, dans son intérêt personnel, soit directement, soit indirectement, une exploitation déficitaire de l'entreprise du débiteur;
- en violation des dispositions de l'article 51 ci-dessus, se rend acquéreur pour son compte, directement ou indirectement, des biens du débiteur.

**ART. 244** - Est puni des peines prévues par le droit pénal en vigueur dans chaque Etat-partie pour les infractions commises au préjudice d'un incapable, le créancier qui a :

- stipulé avec le débiteur ou avec toutes personnes, des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la masse ;
- fait un traité particulier duquel il résulterait en sa faveur un avantage à la charge de l'actif du débiteur à partir du jour de la décision d'ouverture de la procédure collective.

**ART. 245** - Les conventions prévues à l'article précédent sont, en outre, déclarées nulles par la juridiction répressive, à l'égard de toutes personnes, même du débiteur.

Dans le cas où l'annulation de ces conventions est poursuivie par la voie civile, l'action est portée devant la juridiction compétente pour l'ouverture de la procédure collective.

Le créancier est tenu de rapporter, à qui de droit, les sommes ou valeurs qu'il a reçues en vertu des conventions annulées. L'annulation d'un avantage particulier n'entraîne pas l'annulation du concordat sous réserve des dispositions de l'article 140 ci-dessus.

**ART. 246** - Sans préjudice des dispositions relatives au casier judiciaire, toutes décisions de condamnation rendues en vertu des dispositions du présent Titre sont, aux frais des condamnés, affichées et publiées dans un journal habilité à recevoir les annonces légales ainsi que, par extrait sommaire, au Journal Officiel mentionnant le numéro du journal d'annonces légales où la première insertion a été publiée.

## **TITRE VI**

### **PROCÉDURES COLLECTIVES INTERNATIONALES**

**ART. 247** - Lorsqu'elles sont devenues irrévocables, les décisions d'ouverture et de clôture des procédures collectives ainsi que celles qui règlent les contestations nées de ces procédures et celles sur lesquelles les procédures collectives exercent une influence juridique, prononcées dans le territoire d'un Etat-partie ont autorité de la chose jugée sur le territoire des autres États- parties.

**ART. 248** - A la demande du syndic, le contenu essentiel des décisions relatives à une procédure collective et, le cas échéant, la décision qui le nomme sont publiées dans tout Etat-partie où cette publication peut être utile à la sécurité juridique ou aux intérêts des créanciers.

La même publicité peut être décidée d'office, par la juridiction compétente ayant ouvert la procédure collective.

Le syndic peut également publier, si besoin est, les décisions relatives à la procédure collective au livre foncier, au Registre du commerce et du crédit mobilier ou à tout autre registre public tenu dans les États parties.

**ART. 249** - Le syndic désigné par une juridiction compétente peut exercer, sur le territoire d'un autre Etat-partie tous les pouvoirs qui lui sont reconnus par le présent Acte uniforme aussi longtemps qu'aucune autre procédure collective n'est ouverte dans cet Etat.

La nomination du syndic est établie par la présentation d'une copie, certifiée conforme à l'original de la décision qui le nomme ou par tout autre certificat établi par la juridiction compétente. Il peut être exigé une traduction de ce document dans la langue officielle de l'Etat-partie sur le territoire duquel le syndic veut agir.

**ART. 250** - Le créancier qui, après l'ouverture d'une procédure collective ouverte par la juridiction compétente d'un Etat-partie obtient, par tout moyen, règlement total ou partiel de sa créance sur les biens du débiteur situés sur le territoire d'un autre Etat-partie, doit restituer au syndic ce qu'il a obtenu, sans préjudice des clauses de réserve de propriété et des actions en revendication.

Celui qui, sur le territoire d'un Etat-partie, exécute un engagement au profit du débiteur soumis à une procédure collective ouverte dans un autre Etat-partie alors qu'il aurait dû le faire au profit du syndic de cette procédure, est libéré s'il a exécuté cet engagement avant les mesures de publicité prévues à l'article 248 du présent Acte uniforme sauf s'il est prouvé qu'il a eu autrement connaissance de la procédure collective.

**ART. 251** - La reconnaissance des effets d'une procédure collective ouverte par la juridiction compétente d'un Etat-partie ne fait pas obstacle à l'ouverture d'une autre procédure collective par la juridiction compétente d'un autre Etat-partie.

Lorsqu'une procédure collective est ouverte sur le territoire d'un Etat-partie où le débiteur a son principal établissement ou la personne morale son siège, elle est dite procédure collective principale. La procédure est une procédure collective secondaire si elle est ouverte dans le territoire d'un Etat-partie où le débiteur n'a pas son principal établissement ou la personne morale son siège.

**ART. 252** - Les syndics de la procédure collective principale et des procédures collectives secondaires sont tenus d'un devoir d'information réciproque. Ils doivent communiquer, sans délai, tout renseignement qui peut être utile à une autre procédure, notamment l'état de la production et de la vérification des créances et les mesures visant à mettre fin à la procédure collective pour laquelle ils sont nommés.

Le syndic d'une procédure collective secondaire doit, en temps utile, permettre au syndic de la procédure collective principale de présenter des propositions relatives à la liquidation ou à toute utilisation des actifs de la procédure collective secondaire.

**ART. 253** - Tout créancier peut produire sa créance à la procédure collective principale et à toute procédure collective secondaire.

Les syndics de la procédure collective principale et d'une procédure collective secondaire sont également habilités à produire dans une autre procédure les créances déjà produites dans celle pour laquelle ils ont été désignés sous réserve du droit des créanciers de s'y opposer ou de retirer leur production.

Les dispositions du présent article sont applicables sous réserve de celles de l'article 255 ci-après.

**ART. 254** - Il ne peut être mis fin à une procédure collective secondaire par concordat préventif ou par concordat de redressement ou par liquidation des biens qu'après accord donné par le syndic de la procédure collective principale. Cet accord doit être donné dans le délai de trente jours à compter de la réception de la demande d'avis formulée par le syndic de la procédure collective secondaire par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite.

Le silence gardé par le syndic de la procédure collective principale pendant le délai de trente jours vaut accord.

Le syndic de la procédure collective principale ne peut refuser son accord que s'il établit que la solution proposée affecte les intérêts financiers des créanciers de la procédure pour laquelle il est désigné.

En cas de contestation, la juridiction compétente pour la clôture de la procédure collective secondaire statue comme en matière de concordat préventif ou de concordat de redressement ou de liquidation des biens.

**ART. 255** - Le créancier qui a obtenu, dans une procédure collective, un dividende sur sa créance, ne participe aux répartitions ouvertes dans une autre procédure que lorsque les créanciers de même rang ont obtenu, dans cette dernière procédure, un dividende équivalent.

**ART. 256** - Si la liquidation des actifs d'une procédure collective permet de payer toutes les créances admises dans cette procédure, le syndic désigné dans celle-ci transfère, sans délai, le surplus d'actif au syndic de l'autre procédure collective. En cas de pluralité de procédures collectives restantes, le surplus d'actif est réparti également entre elles.

## **TITRE VII DISPOSITIONS FINALES**

**ART. 257** - Sont abrogées toutes les dispositions antérieures contraires à celles du présent Acte uniforme. Celui-ci n'est applicable qu'aux procédures collectives ouvertes après son entrée en vigueur.

**ART. 258** - Le présent Acte Uniforme sera publié au Journal Officiel de l'OHADA et des Etats-parties. Il entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1999.

# INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des pages)

## A

**Accord**, 11, 12, 13, 14, 15, 18, 41, 69, 71, 72, 73, 75, 92, 98, 99, 101, 107, 108, 110, 111, 112, 113, 115, 120, 121, 123, 128, 129, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 150, 153, 154, 156, 158, 168, 169, 170, 171, 173, 176, 178, 180, 181, 182, 184, 185, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 199, 201, 206, 208, 212, 220, 221, 222, 224, 227, 228, 240, 253, 269, 283, 285, 295, 298, 299, 306, 307, 312, 317, 326, 330, 331, 334, 338, 339, 341, 342, 349, 354, 356, 358, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 390

**Actif**, 10, 13, 14, 23, 24, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 38, 41, 49, 50, 53, 60, 81, 118, 122, 161, 162, 173, 187, 203, 205, 236, 247, 249, 253, 254, 258, 265, 275, 277, 316, 341, 347, 351, 357, 358, 360, 361, 370, 371, 374, 375, 377, 378, 389

**Action**, 11, 20, 21, 95, 97, 105, 112, 118, 122, 130, 149, 150, 154, 159, 162, 164, 183, 186, 187, 189, 190, 193, 195, 196, 208, 211, 215, 218, 242, 269, 270, 272, 283, 284, 293, 344, 350, 352, 361, 362, 363, 366, 368, 369, 370, 371, 372, 375, 376, 377, 380, 382, 386, 391

**Activité**, 9, 14, 15, 19, 21, 24, 28, 42, 43, 44, 45, 46, 48, 49, 51, 60, 61, 62, 63, 79, 80, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 99, 101, 102, 103, 104, 110, 116, 117, 118, 120, 121, 123, 124, 125, 126, 128, 133, 146, 147, 152, 158, 159, 163, 170, 172, 173, 199, 201, 202, 203, 205, 213, 214, 215, 216, 217, 220, 233, 241, 245, 247, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 256, 260, 261, 262, 263, 267, 269, 272, 276, 278, 279, 280, 281, 283, 289, 290, 293, 297, 298, 305, 314, 315, 318, 319, 321, 326, 327, 328, 334, 341, 343, 345, 364, 367, 372, 378, 381, 384, 385, 386, 387, 391, 392

**Assignation**, 28, 97, 159, 369, 374, 376

**Association**, 63, 206, 315, 362, 364

**Associés**, 18, 21, 62, 102, 110, 121, 180, 244, 258, 275, 280, 281, 282, 284, 285, 287, 306, 333, 334, 343, 351, 360, 367, 370, 389, 390, 391

**Audition**, 54, 97, 98, 101, 180

**Augmentation de capital**, 102, 110, 121, 146, 275, 279, 280, 281, 284, 343

## B

**Bail**, 64, 65, 109, 162, 205, 206, 208, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 229, 230, 236, 263, 266, 267, 268, 269

**Banqueroute**, 10, 11, 156, 180, 349, 360

**Banques**, 65, 83, 84, 102, 137, 189, 256

**Biens**, 10, 13, 14, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 30, 33, 41, 44, 46, 47, 50, 52, 53, 54, 55, 67, 72, 73, 75, 79, 80, 83, 87, 88, 91, 102, 103, 105, 106, 107, 114, 117, 121, 122, 133, 134, 140, 144, 153, 158, 160, 165, 167, 168, 169, 173, 178, 179, 187, 188, 190, 193, 197, 201, 204, 205, 210, 211, 214, 216, 219, 228, 229, 230, 236, 239, 240, 241, 242, 245, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 256, 257, 258, 259, 261, 263, 269, 272, 275, 276, 277, 278, 285, 289, 309, 314, 318, 340, 345, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 376, 378, 379, 382, 383, 384, 386, 389, 390

**Bilan**, 13, 14, 15, 28, 31, 33, 51, 58, 59, 95, 102, 123, 127, 137, 138, 139, 144, 153, 252, 281, 305, 338, 388, 390, 391

## C

**Caution**, 153, 154, 155, 191, 192, 209, 221, 224, 285, 286, 349, 350, 379

**Cessation d'activité**, 43, 240

**Cessation des paiements**, 11, 14, 15, 16, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 54, 60, 69, 72, 73, 74, 81, 83, 92, 95, 96, 98, 101, 103, 104, 109, 110, 111, 120, 123, 134, 139, 140, 144, 166, 168, 169, 171, 172, 173, 176, 179, 187, 189, 193, 198, 202, 203, 206, 207, 211, 220, 265, 274, 276, 288, 307, 309, 330, 339, 340, 341, 351, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 361, 365, 367, 369, 374, 376, 378, 379, 384, 385, 386, 387, 391

**Cession**, 43, 53, 101, 103, 104, 118, 127, 146, 173, 203, 204, 233, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 262, 267, 268, 269, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 279, 287, 289, 310, 312, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 322, 323, 326, 327, 329, 330, 331, 334, 337, 339, 345, 346, 348, 358, 377

**Chef d'entreprise**, 49, 60, 92, 93, 94, 99, 100, 104, 105, 108, 139, 142, 199, 201, 216, 217, 230, 239, 241, 242, 246, 247, 273, 280, 282, 285, 286, 307, 312, 324, 337, 339, 340, 343, 345, 346, 359, 360, 388

**Compromis**, 84, 233, 344

**Comptabilité**, 56, 57, 59, 245, 267, 372

**Comptes**, 21, 23, 35, 56, 62, 68, 70, 77, 80, 92, 98, 127, 139, 161, 226, 240, 242, 256, 284, 302, 362, 372

**Conciliateur**, 66, 67, 68, 69, 91, 93, 100, 131, 136, 137, 139, 145, 171, 180

**Concordat préventif**, 11, 13, 14, 15, 18, 19, 21, 22, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 34, 35, 36, 38, 40, 42, 44, 47, 50, 51, 54, 55, 57, 59, 60, 62, 63, 64, 66, 69, 70, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 84, 85, 86, 88, 90, 94, 95, 98, 101, 102, 103, 104, 105, 107, 111, 112, 119, 120, 121, 122, 123, 127, 129, 130, 131, 132, 133, 135, 136, 139, 140, 141, 143, 145, 146, 149, 154, 155, 156, 157, 165, 167, 169, 170, 171, 173, 175, 176, 178, 182, 183, 186, 187, 188, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 207, 209, 210, 217, 221, 222, 224, 225, 226, 228, 229, 231, 232, 233, 237, 238, 239, 240, 241, 243, 245, 246, 247, 248, 252, 260, 261, 271, 272, 273, 274, 276, 277, 278, 279, 280, 282, 283, 284, 285, 286, 289, 290, 291, 302, 305, 307, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 316, 317, 321, 323, 324, 326, 328, 329, 330, 332, 335, 336, 337, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 346, 347, 350, 351, 352, 354, 355, 357, 358, 359, 363, 374, 376, 378, 379, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 392

**Concours**, 17, 21, 108, 110, 111, 116, 120, 121, 135, 198, 206, 207, 208, 209, 241, 253, 285, 286, 387

**Conseil d'administration**, 94, 95, 145, 284, 291, 292, 301

**Contrats en cours**, 24, 33, 36, 126, 151, 205, 206, 207, 208, 210, 211, 212, 213, 216, 220, 234, 323

**Contrôleurs**, 81, 191, 233, 237, 240, 243, 244, 245, 246, 247, 258, 259, 311, 312, 313, 330, 333, 347

**Coobligés**, 123, 155, 191, 222, 224, 285, 286, 333

**Créanciers**, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 23, 26, 28, 29, 34, 36, 41, 42, 46, 52, 53, 61, 65, 68, 69, 71, 72, 73, 75, 77, 80, 81, 87, 92, 93, 96, 98, 101, 102, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 129, 130, 131, 132, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 155, 156, 158, 162, 163, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 174, 175, 179, 180, 182, 186, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 201, 205, 206, 207, 209, 215, 221, 222, 223, 224, 226, 228, 229, 233, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 252, 253, 259, 260, 263, 270, 271, 273, 277, 278, 281, 283, 285, 286, 307, 309, 311, 312, 314, 319, 322, 324, 325, 326, 327, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 337, 339, 340, 342, 344, 347, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 360, 368, 369, 370, 374, 378, 379, 380, 382, 383, 384, 385, 388

**Crédit**, 10, 12, 33, 36, 37, 49, 50, 53, 61, 62, 64, 65, 66, 77, 81, 90, 99, 116, 120, 123, 147, 150, 151, 161, 162, 185, 199, 206, 207, 208, 209, 210,

218, 219, 226, 227, 229, 230, 233, 276, 284, 335, 367, 378, 387

## D

**Date de la cessation des paiements**, 111, 369

**Débiteur**, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 60, 61, 65, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 78, 81, 82, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 114, 117, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 170, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 179, 180, 181, 182, 184, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 195, 196, 197, 198, 199, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 226, 227, 228, 229, 230, 233, 234, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 249, 251, 252, 253, 254, 255, 257, 258, 259, 261, 262, 263, 264, 265, 270, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 283, 285, 286, 287, 288, 290, 299, 300, 301, 302, 304, 306, 307, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 371, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 390, 391, 392

**Déchéance du terme**, 37, 271, 355

**Déclaration**, 14, 23, 50, 62, 63, 86, 88, 89, 95, 114, 118, 160, 168, 183, 187, 206, 209, 235, 349, 368, 369, 390

**Décret**, 15, 52, 64, 68, 93, 101, 121, 131, 148, 158, 162, 163, 215, 241, 270, 355, 360, 370

**Délais de paiement**, 222

**Délégués du personnel**, 54, 98, 100, 101, 180, 294, 295, 300

**Dépôt**, 14, 15, 18, 19, 20, 61, 62, 69, 72, 95, 100, 104, 108, 123, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 137, 139, 141, 146, 155, 158, 161, 175, 177, 178, 182, 197, 199, 226, 235, 259, 269, 277, 322, 338, 385, 388

**Dessaisissement**, 118, 136, 152, 190, 204, 279, 385

**Dettes**, 10, 11, 13, 16, 18, 22, 23, 29, 32, 34, 37, 38, 39, 42, 48, 49, 50, 52, 54, 71, 75, 81, 89, 101, 106, 110, 113, 116, 117, 126, 129, 133, 137, 147, 191, 192, 221, 224, 226, 227, 246, 258, 269, 270, 271, 272, 274, 286, 306, 311, 316,

319, 326, 340, 341, 351, 354, 360, 361, 371, 374, 377, 383

**Diagnostic d'entreprise**, 67, 69, 70, 133, 139

**Difficultés**, 10, 11, 13, 15, 16, 17, 20, 21, 25, 26, 28, 30, 31, 32, 36, 39, 40, 41, 42, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 51, 54, 57, 59, 60, 61, 66, 67, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 79, 84, 85, 88, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 113, 114, 115, 119, 126, 128, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 149, 150, 151, 153, 154, 155, 159, 160, 167, 171, 174, 176, 179, 190, 191, 192, 196, 197, 198, 200, 203, 213, 214, 217, 235, 245, 251, 260, 262, 265, 272, 279, 280, 281, 285, 287, 289, 291, 292, 293, 296, 297, 298, 299, 300, 303, 304, 305, 306, 309, 311, 314, 318, 321, 323, 328, 340, 355, 373, 376, 381, 384, 385, 386, 387, 388, 390, 391

**Dirigeants**, 16, 21, 26, 36, 38, 53, 54, 62, 64, 65, 83, 84, 85, 94, 102, 104, 136, 147, 161, 191, 203, 244, 257, 258, 262, 272, 274, 280, 283, 285, 287, 288, 289, 299, 306, 315, 316, 324, 340, 341, 346, 351, 360, 361, 362, 363, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 376, 377, 378, 381, 382, 383

**Dividendes**, 220, 224, 225, 226, 227, 347, 352, 353, 354, 357, 358

**Documents**, 50, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 65, 88, 89, 90, 92, 104, 280, 301, 302, 348

## E

**Effets de commerce**, 35, 65, 149

**Entreprise**, 9, 11, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 34, 35, 38, 41, 42, 43, 46, 47, 48, 49, 53, 54, 56, 57, 59, 60, 62, 64, 65, 66, 67, 69, 70, 71, 72, 74, 75, 77, 82, 83, 84, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 106, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 119, 121, 123, 128, 129, 130, 132, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 144, 145, 146, 147, 148, 150, 151, 152, 154, 155, 159, 162, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 176, 179, 180, 184, 185, 190, 192, 197, 198, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 211, 212, 214, 215, 216, 217, 220, 221, 222, 229, 230, 235, 236, 238, 240, 241, 242, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 267, 268, 269, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 305, 306, 309, 310, 311, 312, 314, 316, 317, 318, 319, 321, 323, 324, 325, 326, 328, 329, 331, 334, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 345, 346, 349, 351, 353, 355,

358, 359, 360, 363, 371, 373, 375, 377, 378, 381, 383, 384, 385, 386, 390, 391

**Établissement**, 59, 61, 65, 84, 85, 86, 96, 100, 114, 162, 163, 164, 166, 208, 218, 219, 229, 249, 250, 251, 254, 259, 260, 270, 277, 296, 297

**État**, 9, 61, 64, 71, 83, 88, 114, 165, 166, 167, 206, 236, 241, 301, 365, 392

**Exécution**, 10, 19, 24, 27, 36, 38, 51, 81, 88, 102, 106, 111, 112, 117, 123, 124, 126, 129, 132, 135, 148, 150, 151, 153, 156, 162, 167, 168, 184, 188, 190, 191, 193, 197, 201, 204, 206, 207, 208, 210, 212, 215, 218, 219, 221, 226, 227, 229, 230, 231, 232, 233, 237, 238, 239, 240, 241, 243, 245, 246, 247, 257, 258, 259, 260, 261, 269, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 279, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 290, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 344, 346, 347, 352, 353, 354, 356, 357, 359, 374, 376, 377, 379, 380, 381, 382, 383

**Expert**, 26, 50, 54, 60, 61, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 80, 81, 107, 108, 130, 131, 133, 134, 135, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 149, 158, 161, 166, 168, 170, 174, 175, 177, 178, 180, 182, 184, 188, 191, 193, 199, 236, 239, 288, 289, 301, 389, 391

**Exploitation**, 38, 46, 47, 48, 57, 77, 79, 83, 87, 89, 95, 96, 105, 118, 135, 136, 139, 152, 162, 164, 165, 174, 202, 203, 205, 214, 220, 225, 246, 247, 249, 250, 252, 256, 257, 258, 259, 262, 264, 265, 266, 267, 270, 271, 272, 273, 274, 276, 277, 278, 290, 311, 312, 316, 317, 321, 326, 327, 341, 367

**Extension de procédure**, 160, 370

## F

**Faillite**, 10, 11, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 30, 41, 42, 48, 79, 92, 93, 94, 97, 99, 102, 106, 107, 108, 112, 130, 133, 150, 155, 156, 159, 160, 163, 165, 166, 167, 174, 214, 219, 238, 241, 272, 292, 341, 345, 346, 355, 359, 360, 366, 367, 377, 381, 385, 387, 388

**Fictivité**, 163, 365

**Fiducie**, 220

**Financement de l'exécution**, 274

**Fonds de commerce**, 21, 64, 79, 101, 173, 203, 205, 215, 247, 251, 261, 262, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 287, 315, 321, 327

## G

**Gage**, 65, 112, 119, 122, 149, 174, 199, 233, 270, 282

**Garanties**, 12, 21, 61, 102, 108, 110, 111, 121, 123, 130, 132, 137, 138, 143, 153, 167, 168, 169,



172, 184, 188, 201, 218, 219, 229, 257, 260,  
263, 264, 270, 272, 274, 275, 277, 278, 282,  
283, 285, 286, 306, 315, 367

**Greffe**, 60, 61, 62, 86, 88, 91, 96, 98, 99, 108, 140,  
146, 164, 171, 181, 187, 235, 240, 312

**Groupement**, 55, 58, 62, 81, 83, 90, 94, 117, 118,  
364, 390

## H

**Homologation**, 12, 54, 70, 72, 76, 100, 111, 112,  
122, 124, 129, 135, 143, 146, 156, 157, 158,  
160, 168, 169, 170, 171, 173, 174, 175, 176,  
177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185,  
186, 187, 188, 189, 191, 193, 194, 195, 196,  
197, 201, 202, 204, 205, 210, 217, 222, 227, 228,  
231, 246, 259, 260, 271, 272, 273, 277, 278,  
280, 282, 284, 287, 300, 304, 311, 312, 313,  
326, 333, 334, 337, 341, 347, 352, 356, 374,  
376, 380, 385

**Hypothèque**, 19, 112, 133, 149, 153, 233, 277

## I

**Impayé**, 31, 32, 242, 352, 353

**Inaliénabilité**, 233, 278, 314, 343

**Incessibilité**, 289

**Inexécution**, 120, 128, 189, 199, 201, 207, 212,  
216, 226, 242, 262, 284, 285, 286, 308, 311,  
329, 330, 331, 341, 342, 343, 344, 355, 356,  
357, 358, 378, 380, 381

**Information**, 21, 25, 50, 54, 60, 61, 66, 70, 100,  
101, 109, 142, 180, 233, 257, 293, 296, 304,  
349, 350

**Infraction**, 345

**Injonction**, 284, 352

**Inopposabilité**, 150

**Insaisissabilité**, 83

**Insolvabilité**, 10, 17, 18, 20, 31, 32, 41, 42, 93, 94,  
133, 154, 166, 167, 350, 387

**Interdiction de diriger**, 341, 346

**Intérêt**, 9, 21, 52, 55, 56, 58, 61, 75, 77, 80, 81, 82,  
83, 91, 92, 93, 94, 95, 105, 106, 109, 110, 118,  
119, 121, 122, 138, 143, 149, 154, 155, 157,  
166, 167, 169, 171, 178, 179, 180, 184, 185,  
186, 188, 191, 192, 196, 220, 225, 236, 242,  
244, 256, 258, 260, 269, 279, 284, 287, 294,  
297, 318, 340, 345, 350, 359, 366, 367, 368,  
370, 372, 386, 390

## J

**Juge-commissaire**, 114, 161, 215, 223, 226, 231,  
232, 233, 234, 235, 236, 237, 240, 241, 243,  
244, 245, 246, 247, 254, 255, 257, 259, 273,  
277, 301, 302, 305, 307, 311, 312, 313, 333,  
347, 376, 382

## L

**Lettres**, 13, 65, 226

**Licenciement pour motif économique**, 290, 291,  
292, 293, 294, 296, 297, 298, 299, 300, 304

**Liquidation des biens**, 22, 33, 74, 83, 144, 190,  
241, 245, 255, 356, 357, 367, 368, 369, 378,  
379, 389

**Location-gérance**, 101, 103, 173, 203, 206, 247,  
248, 256, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 268,  
269, 270, 271, 272, 273, 310, 317, 320, 321,  
322, 323, 326, 345, 346

**Loi**, 13, 14, 15, 17, 18, 20, 30, 31, 32, 35, 36, 39, 40,  
41, 43, 45, 47, 49, 51, 52, 55, 61, 62, 63, 64, 65,  
67, 72, 73, 77, 79, 81, 82, 87, 88, 89, 90, 91, 93,  
94, 95, 101, 102, 104, 107, 108, 110, 111, 114,  
115, 116, 117, 118, 119, 121, 122, 124, 125,  
126, 127, 129, 131, 133, 136, 137, 138, 148,  
152, 153, 154, 156, 157, 158, 167, 168, 169,  
171, 172, 173, 178, 180, 181, 183, 184, 186,  
187, 190, 191, 195, 198, 206, 208, 209, 211,  
212, 213, 214, 215, 218, 222, 223, 224, 225,  
226, 229, 231, 232, 234, 239, 240, 241, 242,  
244, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 258, 259,  
260, 262, 271, 274, 276, 280, 288, 291, 295,  
297, 299, 300, 302, 304, 312, 313, 315, 316,  
318, 322, 323, 324, 325, 326, 330, 335, 337,  
343, 352, 353, 354, 355, 356, 359, 360, 363,  
365, 366, 367, 368, 370, 371, 373, 375, 380,  
381, 382, 385, 387, 388, 391, 392

## M

**Maintien**, 16, 43, 96, 102, 150, 202, 203, 205, 206,  
207, 208, 209, 218, 220, 247, 249, 250, 253,  
260, 272, 276, 280, 283, 285, 290, 305, 317,  
318, 326, 327, 328, 331, 333

**mandat**, 19, 68, 91, 390

**masse**, 106, 107, 110, 117, 118, 119, 120, 121, 126,  
129, 130, 139, 213, 214, 238, 240, 274, 290, 380

**Masse des créanciers**, 118, 121

**mesures**, 10, 11, 15, 18, 21, 27, 46, 60, 70, 71, 73,  
84, 90, 98, 100, 101, 102, 103, 104, 109, 110,  
111, 133, 135, 136, 139, 142, 146, 147, 148,  
150, 155, 160, 167, 171, 173, 176, 197, 198,  
200, 201, 202, 203, 217, 219, 233, 247, 248,  
249, 264, 272, 273, 274, 275, 280, 282, 287,  
289, 290, 291, 299, 300, 301, 302, 303, 304,  
306, 314, 317, 328, 334, 337, 338, 343, 352,  
359, 361, 372, 373, 382, 386, 390

**Mesures conservatoires**, 149

**Ministère public**, 77, 91, 93, 95, 96, 97, 98, 99,  
104, 105, 144, 159, 180, 181, 186, 187, 198,  
199, 235, 246, 259, 262, 278, 279, 288, 334, 361

**Modification du concordat préventif**, 316

## N

**Nantissement**, 64, 112, 119, 149, 233, 277

## O

**Obligations**, 55, 72, 73, 89, 122, 125, 138, 139, 143, 147, 155, 178, 179, 189, 205, 206, 214, 227, 237, 241, 248, 257, 266, 267, 283, 307, 309, 317, 321, 331, 338, 339, 342, 348, 350, 351, 352, 380

**Offres**, 103, 143, 248, 249, 253, 254, 255, 256, 259, 277, 295

**Opposition**, 15, 94, 181, 186, 187, 193, 235, 236, 240, 301, 348

**Option**, 206, 209, 212, 213, 214, 215, 218, 229, 230, 325

**Ordonnance**, 13, 14, 15, 20, 31, 36, 37, 47, 56, 68, 69, 72, 75, 89, 97, 104, 105, 111, 112, 116, 120, 121, 129, 131, 136, 140, 141, 144, 150, 151, 153, 156, 171, 181, 189, 190, 192, 204, 206, 208, 212, 215, 216, 217, 219, 222, 234, 236, 237, 241, 252, 255, 288, 291, 292, 301, 302, 324, 332, 335, 337, 340, 354, 361, 382, 387

**Organes**, 93, 201, 204, 231, 237, 245, 246, 247, 280, 282, 288, 306, 346, 361

## P

**Paiements**, 11, 14, 15, 16, 18, 19, 23, 24, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 42, 43, 44, 49, 50, 73, 81, 95, 103, 110, 117, 140, 168, 169, 189, 207, 208, 224, 265, 278, 309, 339, 340, 351, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 363, 369, 374, 379, 385, 386, 387, 389

**Passif exigible**, 14, 23, 24, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 52, 60, 169, 357, 389

**Patrimoine du débiteur**, 10, 152, 385

**Période**, 13, 33, 43, 52, 71, 110, 111, 119, 120, 122, 123, 124, 126, 127, 133, 134, 152, 160, 161, 169, 176, 189, 191, 192, 204, 207, 208, 217, 227, 230, 233, 271, 272, 284, 295, 312, 363

**Personnes tenues d'exécuter le concordat**, 275, 283, 285

**Plan**, 11, 14, 15, 16, 17, 20, 26, 43, 75, 86, 92, 95, 102, 103, 104, 110, 129, 136, 138, 139, 140, 144, 150, 156, 162, 163, 164, 166, 202, 207, 208, 220, 221, 222, 224, 225, 226, 228, 229, 230, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 257, 258, 259, 260, 262, 274, 277, 280, 281, 287, 288, 289, 290, 291, 293, 300, 306, 312, 315, 316, 318, 319, 320, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 334, 336, 337, 340, 343, 344, 352, 353, 354, 355, 358, 363

**Poursuites**, 11, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 35, 46, 47, 48, 69, 71, 72, 73, 75, 92, 99, 101, 106, 107, 108, 109, 111, 112, 115, 116, 120, 122, 125, 126, 127, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135,

136, 137, 141, 144, 145, 148, 149, 150, 151, 153, 155, 156, 157, 158, 169, 171, 172, 176, 186, 188, 189, 190, 192, 193, 197, 199, 205, 206, 207, 210, 217, 220, 222, 228, 246, 270, 283, 286, 307, 324, 337, 340, 354, 355, 374, 379, 385

**Président du tribunal**, 26, 68, 75, 77, 94, 96, 98, 105, 109, 138, 140, 144, 146, 150, 152, 157, 169, 171, 246, 332, 376, 382

**Prêts**, 80, 123, 208, 285

**Prévention**, 10, 11, 13, 19, 20, 21, 23, 25, 26, 28, 60, 71, 75, 90, 96, 97, 100, 104, 106, 107, 108, 113, 114, 127, 128, 146, 147, 150, 153, 155, 198, 291, 340, 360, 362, 384, 386, 387

**Privilèges**, 64, 96, 109, 112, 114, 115, 130, 132, 149, 153

**Prix**, 39, 110, 121, 162, 211, 228, 233, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 259, 260, 269, 277, 286, 289, 305, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 326, 327, 329, 330, 332, 354

**Procédure**, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 55, 57, 60, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 78, 79, 82, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 101, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 132, 133, 134, 135, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 147, 149, 150, 152, 153, 157, 158, 159, 160, 162, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 173, 174, 176, 179, 180, 182, 186, 187, 189, 190, 191, 193, 197, 198, 199, 200, 202, 203, 204, 206, 207, 209, 210, 211, 212, 214, 215, 218, 219, 220, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 250, 252, 253, 254, 255, 258, 262, 265, 268, 270, 276, 279, 282, 285, 287, 288, 289, 290, 291, 293, 294, 299, 300, 301, 303, 305, 307, 309, 316, 319, 329, 332, 333, 335, 340, 341, 344, 346, 347, 353, 354, 355, 356, 358, 359, 360, 361, 363, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390

**Proposition**, 18, 20, 46, 53, 74, 84, 104, 106, 110, 124, 130, 131, 133, 135, 156, 199, 240, 246, 254, 299, 327, 333

## R

**RCCM**, 62, 63, 64, 86, 88, 89, 185, 191, 307, 335, 383

**Reconstitution des capitaux propres**, 275, 280

**Redressement judiciaire**, 14, 22, 23, 25, 30, 31, 32, 43, 44, 50, 54, 57, 67, 69, 70, 75, 80, 85, 87, 89, 91, 96, 97, 102, 103, 107, 109, 110, 114, 115,

116, 117, 118, 120, 121, 126, 128, 129, 130, 134, 137, 138, 140, 141, 144, 149, 151, 152, 158, 159, 160, 162, 165, 167, 168, 171, 179, 187, 189, 190, 193, 199, 204, 206, 207, 208, 210, 211, 214, 215, 216, 218, 221, 224, 226, 227, 232, 233, 236, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 245, 248, 250, 252, 253, 254, 255, 258, 259, 260, 261, 263, 264, 265, 279, 288, 289, 290, 301, 302, 309, 320, 327, 339, 340, 355, 356, 357, 358, 359, 361, 363, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 374, 376, 378, 379, 380, 382, 384, 385, 390, 391

**Règlement préventif**, 14, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 31, 32, 34, 39, 42, 43, 44, 46, 47, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 59, 60, 61, 64, 68, 69, 71, 72, 73, 74, 77, 79, 80, 81, 82, 83, 86, 88, 90, 91, 93, 95, 97, 98, 101, 103, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 116, 117, 120, 121, 126, 128, 129, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 148, 149, 150, 151, 154, 155, 157, 158, 160, 165, 166, 168, 169, 174, 175, 179, 181, 183, 184, 185, 187, 188, 190, 191, 192, 193, 195, 197, 204, 205, 206, 207, 214, 216, 217, 218, 220, 222, 227, 228, 229, 230, 232, 233, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 253, 254, 255, 258, 259, 262, 265, 270, 273, 274, 279, 280, 283, 285, 286, 290, 293, 299, 300, 305, 307, 309, 312, 332, 333, 341, 355, 356, 357, 359, 361, 373, 374, 376, 378, 383, 384, 385, 386, 388, 389

**Remises de dettes**, 75, 113, 224

**Rémunération**, 68, 71, 81, 200, 233, 238, 295, 367

**Renseignement**, 61, 64

**Repreneur**, 103, 252, 253, 256, 257, 258, 260, 310, 311, 317, 318, 319, 322, 323

**Représentants du personnel**, 54, 70, 100, 101, 115, 180, 243, 291, 293, 294, 299, 302, 303, 304

**Reprise d'entreprise**, 147, 248

**Résolution du concordat**, 188, 284, 309, 330, 341, 342, 343, 344, 345, 347, 351, 352, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 374, 376, 379

**Responsabilité**, 72, 74, 82, 97, 111, 118, 139, 160, 161, 162, 177, 199, 236, 241, 242, 267, 271, 272, 282, 284, 287, 318, 324, 344, 360, 361, 362, 363, 365, 368, 370, 371, 373, 374, 376, 377, 381

**Restructuration**, 23, 71, 101, 102, 103, 136, 139, 202, 273, 274, 275, 276, 290, 297, 315, 319, 343, 372, 388

**Résultat**, 22, 25, 33, 51, 58, 59, 73, 120, 143, 381, 390, 391, 392

## S

**Saisie**, 38, 77, 90, 112, 116, 157, 160, 166, 177, 310, 350, 376

**Saisine**, 20, 21, 25, 28, 67, 91, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 99, 100, 105, 128, 140, 147, 160, 163, 175, 177, 181, 187, 198, 199, 235, 245, 304, 347, 361, 370, 375, 376, 386

**Salariés**, 9, 26, 53, 92, 96, 100, 107, 115, 116, 138, 144, 147, 150, 152, 174, 180, 229, 239, 241, 246, 253, 291, 293, 294, 295, 296, 298, 299, 300, 301, 304, 318, 323, 330, 334, 343, 367

**Sanctions**, 10, 160, 226, 287, 289, 340, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 377, 378, 381, 382, 391

**Sauvegarde**, 14, 16, 17, 19, 20, 27, 29, 43, 45, 49, 50, 51, 70, 77, 84, 87, 91, 92, 93, 94, 95, 98, 100, 101, 102, 104, 106, 107, 110, 111, 115, 117, 121, 122, 129, 130, 136, 137, 151, 159, 162, 166, 172, 173, 181, 186, 202, 204, 206, 208, 215, 220, 222, 224, 226, 229, 233, 239, 241, 244, 246, 252, 260, 273, 274, 275, 281, 285, 288, 291, 292, 293, 297, 299, 300, 312, 320, 322, 325, 326, 335, 337, 340, 344, 353, 354, 355, 361, 363, 371, 378, 385, 387, 392

**Sociétés**, 9, 18, 21, 34, 49, 55, 58, 61, 62, 63, 64, 67, 75, 79, 82, 83, 84, 85, 94, 95, 107, 118, 137, 159, 163, 165, 166, 167, 186, 209, 236, 239, 246, 256, 258, 279, 280, 281, 285, 288, 289, 298, 312, 314, 316, 319, 325, 327, 334, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 372, 373, 377, 384, 391

**Superprivilège des salariés**, 119, 306

**Sûreté**, 9, 53, 61, 64, 66, 77, 81, 96, 109, 111, 112, 114, 119, 130, 145, 147, 149, 152, 153, 154, 155, 156, 172, 188, 189, 192, 218, 219, 220, 223, 243, 254, 259, 277, 285, 316, 319, 392

**Suspension des poursuites**, 18, 19, 69, 109, 112, 115, 125, 126, 130, 131, 132, 133, 141, 144, 149, 151, 153, 176, 190, 197, 199, 217, 228, 337, 386

**Syndic**, 67, 69, 81, 103, 118, 119, 126, 161, 166, 167, 191, 212, 213, 214, 216, 218, 226, 232, 234, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 245, 246, 247, 254, 255, 258, 259, 263, 270, 277, 289, 301, 307, 309, 311, 312, 313, 324, 332, 333, 370, 371, 373, 374, 376, 377, 381

## T

**Terme**, 18, 24, 33, 35, 37, 41, 45, 47, 49, 70, 102, 118, 147, 153, 154, 166, 169, 186, 193, 211, 212, 216, 222, 229, 233, 240, 256, 257, 263, 326, 329, 372, 387

**Tierce opposition**, 186

**Tiers**, 34, 56, 96, 103, 118, 122, 136, 147, 150, 161, 166, 176, 182, 184, 186, 188, 191, 192, 242, 252, 254, 256, 257, 258, 265, 270, 278, 284, 285, 306, 317, 343, 344, 351, 364, 365, 373

**Traitement des difficultés**, 16

**Transmission**, 290

**Trésor public**, 64, 113, 114, 124, 137, 223, 227

**Tribunal**, 12, 15, 16, 17, 18, 20, 46, 52, 54, 60, 65, 73, 76, 91, 92, 93, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 104, 108, 112, 116, 118, 132, 133, 134, 140, 144, 146, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 170, 171, 172, 175, 177, 178, 179, 180, 181, 187, 189, 190, 192, 199, 203, 209, 221, 222, 224, 228, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 240, 241, 242, 243, 246, 251, 253, 256, 257, 258, 259, 260, 262, 263, 270, 272, 278, 279, 281, 282, 285, 287, 288, 289, 290, 293, 299, 301, 304, 307, 312, 313, 315, 317, 318, 319, 320, 321, 322,

323, 324, 326, 327, 328, 331, 332, 333, 334, 336, 337, 342, 345, 347, 349, 354, 356, 357, 359, 361, 374, 376, 381, 382, 389, 390

## V

**Vente**, 10, 13, 36, 65, 77, 79, 152, 162, 210, 217, 227, 229, 233, 253, 258, 263, 267, 276, 277, 278, 290, 314, 327, 349, 377, 391  
**Vérification**, 52, 53, 96, 107, 114, 118, 187, 245, 373, 379, 390  
**Voies de recours**, 187, 196, 236, 334

# TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABRÉVIATIONS .....	4
SOMMAIRE .....	9
INTRODUCTION .....	10
<b>PARTIE 1</b>	
<b>L'ÉLABORATION DU CONCORDAT PRÉVENTIF .....</b>	<b>30</b>
<b>TITRE 1</b>	
<b>UNE PHASE PRÉPARATOIRE INADAPTÉE.....</b>	<b>31</b>
<i>CHAPITRE 1</i>	
<b>UNE PHASE SOUMISE À LA SEULE VOLONTÉ DU DÉBITEUR .....</b>	<b>32</b>
<i>SECTION 1</i>	
<b>LE MONOPOLE DU DÉBITEUR .....</b>	<b>32</b>
§.1 - Le débiteur justiciable de la procédure .....	33
A- L'exclusion de certaines catégories de débiteur .....	33
1. L'exclusion du débiteur, personne physique .....	33
2. L'exclusion de certaines personnes morales .....	36
B- Vers l'admission de toutes les catégories de débiteur .....	40
1. La réforme de l'AUDCG, un facteur d'extension possible.....	40
2. L'atténuation de la portée de l'obligation d'immatriculation .....	42
§.2 - Le débiteur, initiateur exclusif de la procédure.....	43
A- L'auteur de la requête en règlement préventif.....	44
1. Le principe de la saisine volontaire du débiteur.....	44

2. L'intérêt d'une saisine d'office ou à la requête du ministère public .....	48
B- L'objet de la requête en règlement préventif.....	51
1. Le contenu de la demande .....	51
2. L'offre de concordat préventif .....	54
<i>SECTION 2</i>	
LE RÔLE RELATIVEMENT EFFACÉ DES CRÉANCIERS .....	57
§.1 - La situation variée des créanciers antérieurs.....	58
A- Les créanciers soumis à l'accord : interdiction de payer .....	59
B- Les créanciers non-inclus dans le concordat : maintien des pouvoirs de poursuite.....	63
C- Les créanciers publics et sociaux : non participation au sauvetage .....	66
§.2 - La situation privilégiée des créanciers postérieurs .....	68
A- L'origine et le domaine du privilège.....	69
B- Les créances concernées.....	74
C- Les caractères des créances concernées .....	76
<i>CHAPITRE 2</i>	
UNE PHASE TRIBUTAIRE DE LA SITUATION DU DÉBITEUR.....	80
<i>SECTION 1</i>	
UNE SITUATION IMPRÉCISE .....	81
§.1 - Une situation difficile.....	81
A - Une situation économique et financière difficile .....	81
1. La notion de situation économique et financière difficile.....	812
2. La situation économique et financière difficile et les notions voisines .....	815

a) Situation difficile et l'impayé .....	85
b) Situation difficile et l'insolvabilité.....	86
c) Situation difficile et le déficit.....	87
<b>B - Une situation difficile exclusive de la cessation des paiements.....</b>	<b>87</b>
<b>1. Définition de la cessation des paiements .....</b>	<b>88</b>
a) L'actif disponible .....	89
b) Le passif exigible .....	90
c) L'inadéquation du passif exigible et de l'actif disponible .....	91
<b>2. Preuve de l'absence de cessation des paiements.....</b>	<b>92</b>
<b>§.2 - Une situation non-irréremdiablement compromise .....</b>	<b>94</b>
<b>A - La notion de situation non-irréremdiablement compromise.....</b>	<b>94</b>
<b>1. L'origine et le sens de la notion.....</b>	<b>95</b>
<b>2. La pratique judiciaire .....</b>	<b>97</b>
<b>B - L'incompatibilité entre situation non-irréremdiablement compromise et absence de cessation des paiements .....</b>	<b>99</b>
<b>1. Situation non-irréremdiablement compromise et absence de cessation des paiements : une incompatibilité de principe.....</b>	<b>99</b>
<b>2. Situation non-irréremdiablement compromise et absence de cessation des paiements : deux réalités bien distinctes .....</b>	<b>102</b>
 <b>SECTION 2</b>	
<b>UNE SITUATION DIFFICILE À PROUVER.....</b>	<b>104</b>
<b>§.1 - Une trop grande diversité des documents exigés .....</b>	<b>105</b>
<b>A - Des documents relativement difficiles à fournir.....</b>	<b>105</b>
<b>B - La nécessité d'une limitation aux seuls documents comptables.....</b>	<b>113</b>

§.2 - L'inefficacité du rôle de l'expert .....	117
A- Des imprécisions dans le choix de l'expert.....	118
B- Des imprécisions affectant la mission de l'expert.....	120
<b>TITRE 2</b>	
UNE PHASE DE FORMATION TARDIVE.....	126
<i>CHAPITRE 1</i>	
LE PRONONCÉ TARDIF DE LA SUSPENSION DES POURSUITES.....	128
<i>SECTION 1</i>	
LA DÉCISION DE SUSPENSION DES POURSUITES INDIVIDUELLES.....	129
§.1- Le moment du prononcé de la décision de suspension .....	129
A- Une décision soumise à l'offre de concordat.....	1340
B- L'intérêt d'une suspension dès le dépôt de la requête en règlement préventif.....	1342
§.2- Les suites de la suspension des poursuites : la négociation du concordat.....	134
A- Les parties à la négociation .....	134
B - Le rôle de l'expert dans la négociation.....	137
C - Le président du tribunal dans la négociation .....	138
<i>SECTION 2</i>	
LE BUT ET LES EFFETS DE LA SUSPENSION DES POURSUITES.....	140
§.1- La conclusion du concordat préventif.....	140
A - Le projet de concordat.....	140
B - La signature du concordat.....	142
C - Le contenu du concordat conclu .....	144



**§.2- Les restrictions apportées aux prérogatives des parties..... 146**

**A - La limitation des droits des créanciers..... 146**

**B - La réduction des pouvoirs du débiteur ..... 149**

## **CHAPITRE 2**

**L'EFFET LIMITÉ DE L'HOMOLOGATION DU CONCORDAT ..... 155**

### **SECTION 1**

**UN EFFET LIMITÉ EN DÉPIT D'UNE COMPÉTENCE JUDICIAIRE  
ÉLARGIE ..... ERREUR ! SIGNET NON DÉFINI.**

**§.1- La compétence du juge en matière d'homologation ..... 156**

**A - La compétence d'attribution ..... 156**

**B - La compétence territoriale ..... 160**

**1. La compétence interne ..... 161**

**2. La compétence internationale ..... 162**

**§.2- L'appréciation du juge en matière d'homologation ..... 166**

**A - Une appréciation de la légalité de l'homologation ..... 156**

**B - Une appréciation de l'opportunité de l'homologation ..... 15669**

### **SECTION 2**

**UN EFFET LIMITÉ MALGRÉ LE POUVOIR ÉTENDU DU JUGE ERREUR ! SIGNET  
NON DÉFINI.**

**§.1- Le jugement d'homologation ..... 174**

**A - L'audience d'homologation ..... 175**

**B - La décision d'homologation..... 179**

**C - Les recours contre le jugement d'homologation ..... 182**

§.2- Les effets de l'homologation.....	185
A - Les effets de l'homologation à l'égard des parties.....	185
1. Les créanciers signataires.....	185
2. Le débiteur.....	187
B - Les effets de l'homologation à l'égard des tiers.....	188
C - Les effets de l'homologation sur le concordat lui-même.....	190
 <b>PARTIE 2</b>	
 <b>L'EXÉCUTION DU CONCORDAT PRÉVENTIF.....</b>	<b>196</b>
 <b>TITRE 1</b>	
 <b>L'EXÉCUTION NORMALE DU CONCORDAT PRÉVENTIF.....</b>	<b>197</b>
 <i>CHAPITRE 1</i>	
 <b>LA MISE EN ŒUVRE DES MODALITÉS DE CONTINUATION.....</b>	<b>198</b>
 <i>SECTION 1</i>	
 <b>LA GESTION DE L'ENTREPRISE PAR LE DÉBITEUR.....</b>	<b>198</b>
§.1 - Le principe de la liberté d'administration.....	199
A. La poursuite de l'exploitation économique.....	200
1. Nécessité de la continuation des contrats en cours.....	200
2. Existence d'un régime de continuation propre à certains contrats.....	209
a) Le bail à usage professionnel.....	209
b) Les contrats de travail.....	213
c) Le contrat de fiducie.....	213
B- Le caractère indispensable du règlement du passif.....	215

<b>1. Le paiement des créances désignées dans le concordat .....</b>	<b>215</b>
a) Le paiement des créances en fonction des remises et délais consentis .....	215
b) Les modalités de paiement et de recouvrement des dividendes .....	219
<b>2. Le paiement des créanciers hors-concordat.....</b>	<b>222</b>
<b>§.2 - L'encadrement de la liberté d'administration du débiteur .....</b>	<b>225</b>
<b>A. Une liberté d'administration contrôlée par le juge-commissaire .....</b>	<b>225</b>
1. Le juge-commissaire dans l'exécution du concordat préventif.....	225
2. L'étendue des pouvoirs du juge-commissaire dans l'exécution du concordat préventif .....	228
<b>B. Une liberté d'administration surveillée par le syndic et les contrôleurs .....</b>	<b>231</b>
1. Le syndic et l'exécution du concordat préventif .....	231
a) La désignation du syndic et l'efficacité du contrôle.....	232
b) L'exercice de la mission du syndic .....	234
2. Les contrôleurs en matière d'exécution du concordat préventif.....	236
a) La nomination de contrôleurs et l'efficacité de leur mission .....	236
b) Le rôle des contrôleurs dans l'exécution du concordat .....	238
 <b>SECTION 2</b>	
<b>LA RÉALISATION D'UNE REPRISE DE L'ENTREPRISE .....</b>	<b>240</b>
§.1 - La cession, une modalité de continuation de l'entreprise.....	241
A- La cession d'entreprise dans l'exécution du concordat.....	242
1. La notion d'entreprise et les finalités de la cession .....	242
a) La notion d'entreprise .....	242
b) Les finalités de la cession.....	243

<b>2. Le mécanisme de la cession d'entreprise.....</b>	<b>244</b>
a) Cession totale ou cession partielle de l'entreprise.....	244
b) Nature juridique de la cession .....	246
<b>B- Les offres de cession d'entreprise dans l'exécution du concordat .....</b>	<b>246</b>
1. Les différents types d'offre .....	247
a) Les offres de cession.....	247
b) Les offres d'acquisition.....	248
2. La qualité de l'offrant et l'adoption du plan de cession.....	250
a) L'offrant.....	250
b) L'adoption du plan de cession .....	251
§.2 - La location-gérance et l'exécution du concordat préventif .....	253
<b>A- La conclusion de la convention de location-gérance .....</b>	<b>253</b>
1. La notion de location-gérance .....	254
2. Les conditions de formation du contrat de location-gérance .....	255
<b>B- Les effets de la location-gérance .....</b>	<b>257</b>
1. Les effets entre les parties.....	257
a) Les obligations du loueur de fonds de commerce .....	258
b) Les obligations du locataire-gérant.....	259
2. Les effets à l'égard des tiers.....	261
a) Les créanciers du loueur de fonds de commerce.....	261
b) Les créanciers du locataire-gérant .....	262

## **CHAPITRE 2**

<b>LE CARACTÈRE TARDIF DES MESURES DE RESTRUCTURATION ET DE FINANCEMENT.....</b>	<b>265</b>
--	------------

**SECTION 1**

<b>LE FINANCEMENT DE L'EXÉCUTION DU CONCORDAT.....</b>	<b>266</b>
--	------------

<b>§.1 - La nécessité d'une reconstitution des fonds propres .....</b>	<b>266</b>
--	------------

<b>A- La restructuration de l'actif et des activités .....</b>	<b>266</b>
--	------------

<b>1. Les ventes au cours de l'exécution du concordat .....</b>	<b>267</b>
---	------------

<b>2. La possibilité d'un redéploiement des activités .....</b>	<b>270</b>
---	------------

<b>B- La réalisation de l'augmentation du capital .....</b>	<b>270</b>
---	------------

<b>§.2 - la mise en œuvre des engagements et responsabilités personnels.....</b>	<b>273</b>
--	------------

<b>A- La réalisation des garanties d'exécution du concordat .....</b>	<b>273</b>
---	------------

<b>1. L'action des personnes tenues d'exécuter le concordat .....</b>	<b>274</b>
---	------------

<b>2. La nécessité de garanties d'exécution du concordat .....</b>	<b>275</b>
--	------------

<b>B- La mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants .....</b>	<b>277</b>
--	------------

**SECTION 2**

<b>L'EFFET LIMITÉ D'UNE RESTRUCTURATION DU PERSONNEL.....</b>	<b>280</b>
---	------------

<b>§.1 - Le licenciement pour motif économique dans l'exécution du concordat préventif .....</b>	<b>281</b>
--	------------

<b>A- La définition générale du licenciement pour motif économique.....</b>	<b>282</b>
---	------------

<b>B- Les éléments constitutifs du licenciement pour motif économique.....</b>	<b>286</b>
--	------------

<b>§.2 - La mise en œuvre du licenciement pour motif économique dans l'exécution du concordat préventif .....</b>	<b>289</b>
---	------------

<b>A- L'élaboration du projet de licenciement pour motif économique .....</b>	<b>289</b>
---	------------

<b>B- La nécessaire consultation des représentants sociaux et administratifs .....</b>	<b>292</b>
--	------------

## **TITRE 2**

<b>LES INCIDENTS D'EXÉCUTION DU CONCORDAT PRÉVENTIF.....</b>	<b>298</b>
--	------------

### **CHAPITRE 1**

<b>LA POSSIBILITÉ D'UNE MODIFICATION DU CONCORDAT PRÉVENTIF .....</b>	<b>299</b>
---	------------

#### **SECTION 1**

<b>LA MODIFICATION DU CONCORDAT: UNE DIVERSITÉ DE RÉGIME .....</b>	<b>299</b>
--	------------

<b>§.1 - La modification en cas de gestion de l'entreprise par le débiteur .....</b>	<b>300</b>
--	------------

<b>A- Le titulaire de la demande de modification .....</b>	<b>300</b>
--	------------

<b>B- La justification de la demande de modification.....</b>	<b>302</b>
---	------------

<b>§.2 - La modification demandée par un repreneur .....</b>	<b>305</b>
--	------------

<b>A- L'intérêt de la modification demandée par le cessionnaire.....</b>	<b>306</b>
--	------------

<b>B- La demande de modification présentée par le gérant libre.....</b>	<b>308</b>
---	------------

#### **SECTION 2**

<b>LE POUVOIR CONSIDÉRABLE DU TRIBUNAL DANS LA MODIFICATION DU CONCORDAT PRÉVENTIF .....</b>	<b>311</b>
--	------------

<b>§.1 - L'appréciation des critères de modification du concordat.....</b>	<b>311</b>
--	------------

<b>A- Une modification de nature à abrégé l'exécution du concordat.....</b>	<b>312</b>
---	------------

<b>B- Une modification favorisant l'exécution du concordat .....</b>	<b>315</b>
--	------------

<b>§.2- La décision de modification du concordat préventif .....</b>	<b>319</b>
--	------------

<b>A- Le prononcé du jugement de modification .....</b>	<b>319</b>
---	------------

<b>B- Les suites de la décision de modification.....</b>	<b>321</b>
--	------------

### **CHAPITRE 2**

**LA DISPARITION QUASI-INÉLUCTABLE DU CONCORDAT PRÉVENTIF ..... 325**

**SECTION 1**

**LE CARACTÈRE PRÉVISIBLE DE LA DISPARITION DU CONCORDAT ..... 327**

**§.1 - La non-conformité aux conditions de formation et d'exécution en tant que causes de disparition du concordat..... 328**

**A- La possibilité d'une résolution du concordat préventif ..... 328**

**B- L'annulation possible du concordat préventif pour dol ..... 333**

**§.2 - L'indifférence du non-respect des engagements hors concordat..... 337**

**A- La position du problème ..... 337**

**B- Les conséquences du problème ..... 339**

**SECTION 2**

**LA DISPARITION DU CONCORDAT: UNE ISSUE AUX EFFETS PEU SOUHAITABLES ..... 344**

**§.1 - La possibilité d'une extension de la procédure aux dirigeants ..... 345**

**A- Les personnes visées par la sanction de la disparition du concordat ..... 346**

**1. Les dirigeants de droit ..... 346**

**2. Les dirigeants de fait ..... 348**

**3. Les dirigeants apparents ou occultes, rémunérés ou non ..... 350**

**B- La mise en œuvre de l'action en extension de la procédure ..... 350**

**1. L'histoire de l'extension de la procédure aux dirigeants ..... 350**

**2. La nature, le caractère et les conditions d'exercice de l'action ..... 352**

**§.2 - Une éventuelle action en comblement du passif ..... 354**

**A- Le comblement du passif en cas d'échec du concordat ..... 355**

<b>1. L'exigence d'une faute de gestion .....</b>	<b>355</b>
<b>2. La détermination de l'insuffisance d'actif.....</b>	<b>358</b>
<b>3. La nécessité d'un lien de causalité .....</b>	<b>359</b>
<b>B- La procédure du comblement du passif .....</b>	<b>359</b>
<b>1. La saisine du tribunal .....</b>	<b>360</b>
<b>2. La décision du tribunal.....</b>	<b>360</b>
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>3677</b>