



HAL
open science

La prévention des difficultés des entreprises : étude comparée de droit français et droit OHADA

Aymar Toh

► **To cite this version:**

Aymar Toh. La prévention des difficultés des entreprises : étude comparée de droit français et droit OHADA. Droit. Université de Bordeaux, 2015. Français. NNT : 2015BORD0284 . tel-01282659

HAL Id: tel-01282659

<https://theses.hal.science/tel-01282659>

Submitted on 4 Mar 2016

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.

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE
DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE
Droit Privé et sciences criminelles

Par Aymar TOH

**LA PRÉVENTION DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES :
ÉTUDE COMPAREE DE DROIT FRANÇAIS ET DROIT
OHADA**

Sous la direction de : Madame Laura Sautonie-Laguionie
Professeur à l'Université de Bordeaux

Soutenue le 09 décembre 2015

Membres du jury :

M. SAINTOURENS Bernard Professeur à l'université de Bordeaux, Président

Mme LISANTI Cécile Maître de conférences à l'Université de Montpellier, rapporteur

M. COULIBALY Climanlo Jérôme Maître de conférences agrégé, Université Félix Houphouët-Boigny
(Abidjan), rapporteur

Mme SAUTONIE-LAGUIONIE Laura Professeur à l'Université de Bordeaux, Directrice de thèse

REMERCIEMENTS

À mes regrettés Grand-père Toh Joseph, père Toh Désiré et oncle Siéhi François à qui je dois tout et qui malheureusement n'ont pas pu voir l'aboutissement de ce travail. Sachez que de là où vous êtes j'aurai toujours une pensée pour vous.

Je tiens à adresser mes plus vifs remerciements à ma directrice de thèse, Madame le professeur Laura Sautonie-Laguionie. Par-delà ses qualités scientifiques, j'aimerais souligner aussi ses qualités humaines. Sa disponibilité et ses remarques constructives se sont révélées déterminantes. Madame le Professeur, veuillez trouver là l'expression de ma profonde gratitude.

Je n'oublie pas ma petite famille pour son soutien précieux dans les moments de doute, la famille TOH et la famille OCHÉ auxquelles je dois ce parcours universitaire qui ne fait que commencer. Enfin de manière très spéciale, je tiens à dire merci à ma tante Dame Incho née Saba Pauline pour tes encouragements sans cesse renouvelés mais également pour ses prières qui ont sans doute impacté sur l'achèvement de ces travaux. Mes sincères remerciements à Dame Siéhi Elise pour la confiance qu'elle m'a toujours manifestée et à Paulin Kpazahi que j'appelle affectueusement grand frère car ce rôle il l'a joué et continue de le jouer admirablement. Comme je ne peux pas citer tout le monde, je terminerai simplement mes propos en adressant un grand merci à mes proches et mes amis qui m'ont encouragé au long de ces années.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Act. jur. : Actualité juridique

Act. proc. coll. : Actualité des procédures collectives

AGS : Assurance garantie des salaires

AJ : Actualité de jurisprudence

Al. : Alinéa

Art. : Article

AU/DCG/GIE : Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et GIE

AUDCG : Acte uniforme relatif au droit commercial général

AUPCAP : Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif

AUS : Acte uniforme portant organisation des sûretés

Banque et droit : Revue banque et droit

Banque : Revue banque

BCEAO : Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest

BICC : 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

BJE : Bulletin Joly Entreprise

BJS : Bulletin Joly Sociétés

Bull. Joly. Bourse : Bulletin Joly Bourse

C. cass. Cour de cassation

C. civ. : Code civil

C. com. : Code de commerce

C. trav. : Code du travail

CA : Cour d'appel
Cah. Soc. : Cahiers sociaux
CEMAC : Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique centrale
CCC : Revue contrats, concurrence, consommation
Chr. : Chronique
CIMA : Conférence Interafricaine des marchés d'Assurance
Circ. : Circulaire
Civ. : Cour de cassation, chambre civile
Coll. : Collection
Coll. dr. unif. Afric. : Collection droit uniforme africain
Com. : Cour de cassation, chambre commerciale
Comm. : Commentaire
Concl. : Conclusions
Cons. const. : Conseil constitutionnel
Contra. : En sens contraire

D. aff. : Dalloz affaires
D. : Dalloz
DA. : Dalloz-Action
Dict. perm. : Dictionnaire permanent (Difficultés des entreprises)
Dir. : Sous la direction
Doc. AN. : Document Nationale
Doct. : Doctrine
DP : Dalloz périodique
Dr. et patri. : Revue Droit et patrimoine
Dr. soc. : Revue Droit social

Éd. : Édition
ERSUMA : Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature

FCFA : Franc de la communauté financière africaine
Fasc. : Fascicule (Revue Lamy)

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

Gaz. Proc. coll. : Gazette des procédures collectives

GIE : Groupement d'intérêt économique

Infra : Plus bas

IR (Dalloz) : Rubrique information rapide (Recueil Dalloz)

J. – Cl. ou J. –cl. com. : Juris- Classeur

J.OR.F. : Journal officiel de la république française

JCP E : Juris-Classeur période, édition entreprise

JCP G : Juris-Classeur périodique, édition générale

JCP N : Juris-classeur périodique, édition notariale et immobilière

JCP : Juris-classeur périodique

JO deb. Ass. Nat. : Journal officiel de l'Assemblée nationale, Débats

JO Sénat : Journal officiel Sénat. Débats, compte-rendu intégral

JOAN : Journal officiel de l'assemblée Nationale

Jur. ou Jurisp. : Jurisprudence sociale

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

LPA : les petites affiches

Mél : Mélanges

n° spéc. : Numéro spécial

n° : Numéro

OAPI : Organisation Africaine de la propriété intellectuelle

Obs. : Observations

OHADA : Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des Affaires

Ohadata : Banque numérique de données juridiques de l'OHADA

op. cit. : opere citae (dans l'ouvrage précédemment cité)

Ord. : Ordonnance

p. : Page

PUAM : Presses de l'université d'Aix Marseille

PUB : Presses Universitaires de Bordeaux

PUF : Presses Universitaires de France

Rapp. : Rapport

RCC : Revue, concurrence et contrats

RCCM : Régistre du Commerce et du Crédit Mobilier

Rép. Civ. : Répertoire civil Dalloz

R. com. D. : Revue commerciale Dalloz

Rev. dr. banc. et bourse : Revue de droit bancaire et financier

Rev. proc. coll. : Revue des procédures collectives

Rev. inter. dr. écon. : Revue internationale de droit économique

Rev. Sociétés : Revue des Sociétés

RJ. Com. ou Rev. jurispr. Com. : Revue de jurisprudence commerciale

RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTD com. Revue trimestrielle de droit commercial

s. : suivant

SA : Sauvegarde accélérée

SFA : Sauvegarde financière accélérée

Soc. : Cour de cassation, chambre sociale

somm. : Sommaire
spéc. : Spécialement
ss. : Sous
supp. : Supplément
Supra. : Plus haut

TA. : Tribunal administratif
TGI : Tribunal de grande instance
TPI : Tribunal de première instance
Trib. com. : Tribunal de commerce

UEMOA : Union Économique Monétaire Ouest Africain

SOMMAIRE

LA PRÉVENTION DES DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES : ÉTUDE COMPAREE DE DROIT FRANÇAIS ET DROIT OHADA	1
REMERCIEMENTS	2
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	3
SOMMAIRE	9
INTRODUCTION.....	11
PREMIERE PARTIE: DES SYSTEMES DE PREVENTION PEU SATISFAISANTS....	45
TITRE I : DES SYSTEMES DE PREVENTION-DETECTION FORTEMENT LACUNAIRES	47
Chapitre 1 : Le caractère inefficace des systèmes de prévention-détection	49
Chapitre II: L apport notable des sources complémentaires de détection	127
Titre II: DES SYSTEMES DE PREVENTION RELATIVEMENT ATTRAYANTS	173
Chapitre I: Des procédures amiables de prévention reposant sur la confidentialité	174
Chapitre II: Une multitude de procédures judiciaires de prévention et de traitement des difficultés des entreprises	235
DEUXIEME PARTIE: DES SYSTEMES DE PREVENTION A REFORMER POUR UNE PLUS GRANDE EFFICACITE	319
Titre I: LA NECESSAIRE REORGANISATION DE LA PREVENTION DETECTION	321
Chapitre I: L'amélioration du contenu de la prévention détection.....	323
Chapitre II: Le renforcement des effets de la prévention détection	341
Titre II: LA CONSOLIDATION DU SYSTEME DE PREVENTION TRAITEMENT	379
Chapitre I: La clarification et l'amélioration du rôle préventif de la cessation des paiements	381
Chapitre II: La sensibilisation à la culture de la prévention.....	415
Conclusion Deuxième Partie	465
Conclusion Générale	467
BIBLIOGRAPHIE	473
ANNEXE :	519
INDEX ALPHABETIQUE.....	628
Tables des matières	633

INTRODUCTION

« 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 payer cinquante pour cent qu'il daigne nous promettre. Voici le concordat, passez au bureau, signez le ! »¹

1. C'est par cette formule que les syndics informaient l'assemblée des créanciers dans le régime des faillites en vigueur sous la Restauration. Le caractère funeste du système a amené Balzac à le dénoncer car pour lui il y a 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 »². Cette prise de position marquait déjà un tournant décisif dans l'histoire du droit de la faillite qui allait progressivement s'orienter vers une certaine humanisation de la procédure puisqu'elle permettait au commerçant failli qui avait obtenu l'homologation du concordat de « rebondir » en reprenant ses affaires. Cela évitait ainsi au débiteur l'interdiction de gérer. Cette approche du droit de la faillite annonçait sans doute la nouvelle trajectoire de ce droit qui deviendra plus tard le droit des entreprises en difficultés dont l'une des caractéristiques essentielles actuelles est la promotion des solutions préventives.

2. La prévention des difficultés des entreprises est, à des degrés différents, d'apparition récente en droit français et en droit Ohada³. En droit français, c'est la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises qui a institué véritablement la prévention des difficultés des entreprises. Par la suite, l'expression a

¹ H. de Balzac, « 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, J.-H. Bauchy, Balzac juriste, V, La faillite de César Birotteau, JCP, éd. N. 1997, p. 597.

² H. de Balzac, « Histoire de la grandeur et de la décadence de César Birotteau », op. cit. p. 596.

³ Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

été intégrée dans le code de commerce, le titre premier du livre VI de ce code est entièrement consacré à la « prévention des difficultés des entreprises » et vise aujourd'hui le mandat ad hoc⁴ et la procédure de conciliation⁵. En droit Ohada, et à la lecture du nouvel acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif ou AUPCAP⁶, on s'aperçoit que, l'idée de prévention est bien prise en compte par le législateur africain. L'article 5 du titre II du nouveau texte de loi traite en effet des procédures préventives de conciliation et de règlement préventif. Par conséquent, la prévention des difficultés des entreprises fait désormais partie des dispositifs législatifs français et Ohada.

3. Si comme on vient de le voir, la prévention est une réalité dans les deux ordres juridiques, en revanche, la notion de prévention n'est visée par aucun des deux textes de loi. Elle n'est ni définie par le code de commerce ni par l'acte uniforme portant procédure collective d'apurement du passif. Elle n'obéit donc à aucune définition légale. Elle répond plus à une exigence fondée sur le sens commun qu'illustre l'adage bien connu : « Mieux vaut prévenir que guérir ». Il en résulte que la prévention est une notion sans contenu juridique. Ce vide juridique n'a pourtant pas empêché des esquisses définitionnelles, sans qu'aucune des définitions proposées ne soit pour autant retenue. Ainsi, selon le professeur Yves Guyon⁷ « l'expérience semble montrer que la prévention n'est guère l'affaire des juristes. Elle dépend plus de la prudence, que de la loi ». Quant aux professeurs Paillusseau et Petiteau⁸, la prévention est un concept culturel et économique dont la réussite dépend d'une volonté politique : l'entreprise ne pourra donc prospérer que si l'environnement économique et social y est favorable. Autrement dit, pour l'ensemble de ces auteurs, la prévention est exclusive du droit. C'est un concept plus politique que juridique dont le succès dépendrait de la bonne volonté des gouvernants.

4. Prévenir implique l'idée d'anticipation et signifie éviter qu'une chose considérée comme gênante advienne en prenant les devants. C'est surtout empêcher par ses précautions un mal ou un abus, informer de la survenance imminente d'un fait ou d'une chose fâcheuse

⁴ Art. L. 611-1 C. com.

⁵ Art. L. 611-2 C. com.

⁶ Le premier acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif a vu le jour dans l'espace Ohada le 10 avril 1998. Depuis le 10 septembre 2015, une réforme est intervenue pour modifier l'acte uniforme. Le nouveau texte a procédé à une amélioration de l'ancien texte pour tenir compte de l'évolution du rôle des procédures collectives mais également des mutations économiques opérées dans cette zone juridique.

⁷C. Sawadogo, La prévention des difficultés des entreprises dans les Etats d'Afrique francophones, thèse de doctorat, Université Paris I- Panthéon-Sorbonne, 03 mars 2006, p.292.

⁸ Ces deux auteurs sont cités par C. Sawadogo, in thèse préc .p.75.

afin d'y remédier⁹. En cela, elle relève, comme le fait remarquer un auteur, plus du vocabulaire médical et militaire que juridique¹⁰.

5. Appliquer au droit la prévention, selon le Professeur Pierre-Michel Le Corre¹¹, consiste à prendre des mesures destinées à éviter que les difficultés des entreprises deviennent si graves qu'elles ne permettent plus d'échapper au traitement judiciaire et à l'ouverture de la procédure collective. Il s'agirait alors, en phase de prévention, d'intervenir avant que la gravité des difficultés n'ait atteint un degré de gravité qu'il n'y ait plus qu'une seule solution : placer l'entreprise en redressement ou en liquidation judiciaire ou en liquidation des biens du débiteur. Sur cette base, la prévention est définie par opposition aux procédures collectives et procédures judiciaires qui s'organisent et ne proposent des solutions qu'en cas de cessation des paiements¹². La prévention des difficultés des entreprises serait donc l'ensemble des mesures et institutions destinées à informer, empêcher ou limiter leur survenance en essayant d'en supprimer les causes et les moyens¹³. Le terme de prévention engloberait ainsi tous les mécanismes juridiques utilisés aux fins de l'action préventive, tant pour prévoir les difficultés, ou les déceler, que pour éviter la cessation des paiements¹⁴.

6. Selon Gérard Blanc¹⁵, la prévention ne se limite pas à une analyse aussi réductrice. Pour cet auteur, les expressions « prévention des difficultés » ne sont pas très adéquates car la prévention des difficultés signifie que l'on se situe à un stade antérieur à leur apparition. Paradoxalement, le code de commerce et l'acte uniforme assimilent le temps de la prévention au temps des difficultés. Autrement dit, le temps de la prévention correspondrait aux temps des difficultés. Il s'en suit donc un décalage entre les difficultés et la prévention.

7. La loi dénomme ainsi une période dite de prévention à un stade où il s'agit davantage de traiter les difficultés que de les prévenir. D'ailleurs, le traitement nécessite au préalable une phase de détection elle-même englobée dans le processus légal dit de prévention. Il en résulte donc une confusion au regard de la loi qui ne peut se comprendre qu'en opposant le titre premier du livre VI du code de commerce au titre III et le titre I du titre II de l'AUPCAP, qui

⁹ Grand Robert, édition 2014.

¹⁰ Y. Guyon, Droit des affaires 2, Entreprises en difficultés, 6è éd., Economica, p. 147.

¹¹ P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives 2015/2016, Dalloz action, n°120.09. p.151.

¹² C. Sawadogo, thèse préc. p.7.

¹³ C. Sawadogo, Ibid.

¹⁴ Lamy droit commercial, éd.2014, Entreprises en difficulté, p. 65 ; Sur la définition de cette notion et toutes ses implications en droit français et en droit OHADA, v. infra n° 768 et s.

¹⁵ G. Blanc, (sous la direction de), « Rapport introductif » in La prévention des difficultés des entreprises .Analyses des pratiques juridiques, PUAM 2004 , p.15.

traitent de la période postérieure à la cessation des paiements désormais consacrée au redressement et à la liquidation judiciaire¹⁶. En ce sens, la période de prévention supposerait que l'entreprise ne soit pas en cessation des paiements, c'est-à-dire que pendant cette période, le débiteur dispose de suffisamment d'actifs pour faire face au passif exigible¹⁷.

8. Par ailleurs, une approche purement contractuelle de la prévention a été suggérée. D'après celle-ci, le temps dit de prévention, s'oppose catégoriquement sur le plan méthodologique à la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et de liquidation des biens. Ainsi comme le souligne l'Association française en faveur de l'institution consulaire¹⁸, le temps de la prévention, est le temps de la conciliation et du contrat. La prévention consisterait pour ainsi dire à créer dans un cadre amiable un climat de confiance entre les chefs d'entreprise et les banquiers et à promouvoir un échange d'informations de qualité¹⁹. Il s'agirait en ce sens, de permettre au débiteur de négocier avec ses créanciers qui peuvent avoir intérêt à la survie de l'entreprise. L'accord peut certes avoir été conclu grâce à l'intervention d'un expert désigné par le tribunal, mais la loi offre seulement un cadre de négociation dont le succès demeure pour l'essentiel entre les mains des parties²⁰.

9. La notion de « difficultés » est aussi problématique en l'absence de toute précision légale, ce qui rend du coup difficile la maîtrise de l'expression « prévention des difficultés ». Souvent assimilée par la doctrine à la prise de risque, elle a fait l'objet d'une certaine « banalisation »²¹. En effet cette dernière tente de démontrer qu'aucune entreprise ne peut se projeter et se développer sans prendre de risque. Les difficultés peuvent certes provenir de cette prise de risque, mais il est tout à fait normal qu'une entreprise en prenne, quitte à les surmonter par la suite. Il n'y a rien donc de déshonorant à éprouver des difficultés ; encore faut-il savoir quelles difficultés peuvent être « banalisées ». C'est pourquoi, la doctrine²² juge que la prise de risque d'une entreprise pouvant conduire à la cessation des paiements paraît quelque peu excessive.

¹⁶ G. Blanc, op.cit. p.15

¹⁷ Article L.631-1 c.com ; Art.25 Acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif

¹⁸ AFFIC, « La prévention des défaillances des entreprises – le juge ou le marché », RJ com 2003, p.48.

¹⁹ CNPF, « La prévention des difficultés des entreprises », Guide pratique à l'usage du chef d'entreprise, sept.1997 in Lamy droit commercial 2009 préc. n°2742, p.1209.

²⁰ G. Blanc, op.cit. p.17.

²¹ Voir JO déb., Ass.nat., séance du 5 déc.1984,p.1186, et 6 déc. 1984, p.6752.

²² F. Derrida, P. Godé et J. P. Sortais, Redressement et Liquidation judiciaires des entreprises, Dalloz ,3é éd.1991, p.12.

10. Dans les deux ordres juridiques, les différents textes se contentent seulement de décrire les difficultés à prévenir en des termes généraux sans plus grande précision en les renvoyant à leurs conséquences²³. Mais il ne s'agit en réalité que de la phase la plus avancée des difficultés que rencontre l'entreprise car la situation a mis un certain temps pour se dégrader ensuite. C'est ce qui explique que les textes qui traitent de la prévention renvoient à des expressions qui se manifestent en amont de la cessation des paiements.

11. Cette lacune n'est pas la seule en la matière. La notion d'entreprise postule également une instabilité définitionnelle qui ne permet pas d'en cerner tous les contours. Certes, il existe une notion sociale et économique de l'entreprise²⁴. On s'accorde pour se faire à la présenter comme une entité économique et sociale nécessaire et fondée sur la collectivité de travail qui utilise les moyens matériels mis à sa disposition⁴⁶, mais sans que la personnalité morale lui soit pour autant reconnue²⁵. Quoi qu'il en soit, la question de savoir si l'entreprise constitue une notion juridique est sans enjeu en l'espèce²⁶. On assimile souvent l'entreprise au débiteur personne physique ou morale²⁷. Dans le cadre de cette étude, l'intérêt de la définition de la notion d'entreprise est d'importance mineure. Elle n'empêche pas en effet la compréhension du problème abordé car toutes les entreprises sont concernées par le besoin de prévention, même si chez certaines notamment les établissements de crédit et les établissements d'assurance obéissent à des règles de constitution et de fonctionnement spécifiques.

²³ La détection précoce des difficultés, Rev. proc. coll., janvier-février 2010, Table ronde, p.49 ; F. Derrida, P. Godé, J. P. Sortais, , op.cit. p.12.

²⁴ Sur la notion d'entreprise et les tentatives de définition en doctrine, v. notamment, T. Lamarche, « La notion d'entreprise », RTD com. 2006. 709, 15 déc. 2006 ; M. Despax, L'entreprise et le droit, LGDJ, 1956, p. 411 ; pour une approche de la notion au regard de la loi du 25 janv. 1985, J. Paillusseau « Qu'est ce que l'entreprise ? », n°s 48 à 68, in : « L'entreprise : nouveaux apports », Economica, 1985 ; C. Saint-Alary-Houin, « variations sur le plan de cession d'une entreprise en difficulté » in mélanges Champaud, le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du xxè siècle, Dalloz, 1998, p. 539 ; M. Deleneville, L'entreprise et la loi du 25 janv. 1985, Rev. proc. coll. 1998, p. 519 ; pour une application jurisprudentielle de la notion, Cass. civ. 1^{ère}, 12 mars 2002, Bull. civ. I n° 86, arrêt n° 3, D. 2002. AJ 1199, obs. A. Lienhard ; LPA 09 oct. 2002, n° 202, p. 9. « La notion d'entreprise ne connaît pas la crise » obs. D. Houtcieff ; S. Schiller, « La définition de l'entreprise au secours de la caution » RD Bancaire et Financier 2002, 154 et s. Ces différentes décisions appréhendent l'entreprise par référence « à l'activité économique propre » qu'elle exerce, indépendamment de sa forme et de son activité ; voir aussi pour une approche similaire de la notion, cass. civ. 1^{ère}, 15 fév. 2005, pourvoi n° 01-12953 ; cass. civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, pourvoi n° 02-20335, Revue des contrats, 01 juill. 2005 n°3, p.841 « la notion d'entreprise ne connaît toujours pas la crise », obs. D. Houtcieff.

²⁵ F. Derrida, P. Godé, J. P. Sortais, op.cit. p.13.

²⁶ F. Derrida, P. Godé, J. P. Sortais, Ibid.

²⁷ C. Saint Alary-Houin, Droit des difficultés en difficulté, LGDJ 2014, 9è éd. p.4.

12. Ainsi rapproché de la notion de difficultés, le concept de « difficultés de l'entreprise » a tendance à concurrencer sinon à remplacer celui de défaillance. Or selon la doctrine²⁸, ces deux expressions constituent les deux attributs du droit économique des entreprises en difficulté. Mais la notion de difficultés des entreprises revêt un domaine plus large²⁹. Elle accueille non seulement le débiteur défaillant mais aussi l'entreprise qui, bien ses dettes soient honorées, voit pourtant son avenir menacé par ses propres difficultés.

13. Il existe en effet une différence de nature entre difficultés des entreprises et défaillance. Elle se situe au niveau de l'intervention du droit. En présence d'une défaillance du débiteur, le droit intervient après un défaut de paiement. Dans le cas des difficultés de l'entreprise, le droit peut être utilisé avant même qu'un incident de paiement n'arrive. L'objectif de sauvegarde de l'entreprise et des emplois est donc privilégié car le règlement des créanciers étant alors un objectif accessoire³⁰. Toutefois cette distinction, aussi fondamentale qu'elle soit, ne permet pas non plus de cerner la notion de difficulté et encore moins celle de prévention des difficultés.

14. La diversité des définitions proposées montre à l'évidence la complexité de l'expression « prévention des difficultés des entreprises ». Apparemment facile d'appréhension, on se rend finalement compte que seul le législateur est en mesure d'apporter une réponse précise sur son contenu. Or ce contenu tient compte de la finalité assignée à la prévention, parvenir à sauver le plus grand nombre d'entreprises du dépôt de bilan. L'entreprise est donc au cœur de la prévention. Il en résulte que la portée de l'expression « prévention des difficultés des entreprises » peut varier en fonction des choix législatifs. C'est pourquoi dans le cadre de cette étude, le sens de la prévention des difficultés des entreprises sera principalement celui défini par le code de commerce français et l'acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif. Il repose sur une idée forte celle de l'anticipation de la cessation des paiements afin d'éviter la disparition de l'entreprise.

²⁸ D. Voinot, *Droit économique des entreprises en difficultés*, LGDJ, 2007, p.4, n°6 ; P. Le Cannu, « La notion juridique d'entreprise dans les lois du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier.1985 », LPA 14 mai 1986, p.19 ; J. Paillusseau, « Qu'est ce que l'entreprise ? », LPA 19 avr. 1986, p.4 ; G. Farjat, « Une reconnaissance de l'entreprise en droit Français ? », *Rev. int.dr.éco.* 1987.521.

²⁹ L'entreprise est une unité économique qui implique la mise en œuvre de moyens humains et matériels de production ou de distribution des richesses reposant sur une organisation préétablie ; elle doit jouir d'une certaine autonomie dans une économie de marché où le libre échange est la règle. L'entreprise est acculée à gagner des parts de marché en s'adaptant sans cesse à son environnement. L'entreprise est une notion économique, elle n'a pas de définition juridique mais seulement une existence juridique, Cl. Bailly-Masson, LPA, 13 septembre 1999 n° 182, p. 4.

³⁰ F. Derrida, P. Godé, J.- P. Sortais, *op.cit.*, p.15 ; D. Voinot, *op.cit.*, p.5.

15. Pourtant avant le passage du droit de la faillite au droit des entreprises en difficultés³¹, l'idée d'anticipation voire de prévention ne faisait pas partie des objectifs dévolus au droit de la faillite. Au contraire, on laissait la situation du débiteur s'enliser et une fois l'état de cessation des paiements constaté, le débiteur encourait les sanctions les plus graves tant pour sa personne physique que pour son patrimoine.

En effet, la manus injectio, « autorisait le créancier à saisir la personne même du débiteur, pour en disposer comme il l'entendait, au besoin en le réduisant à l'esclavage, en le vendant, voire en le tuant »³². La faillite³³ constituait donc un véritable opprobre³⁴ pour le débiteur, méprisé par les créanciers dont il avait trahi la confiance en n'honorant pas ses obligations contractuelles³⁵, le failli endurait de ce fait l'infamie.

16. La faillite avait donc une fonction purement répressive. Elle consistait à sanctionner le débiteur qui n'honore pas ses engagements. Celui qui avait failli à ses engagements était présumé être un fraudeur. Il pouvait faire de la prison. Les peines étaient prononcées en fonction de la gravité de la faute commise, les sanctions qui en résultaient pouvaient l'être aussi. Elles pouvaient consister à la liquidation des biens du failli selon une procédure respectueuse des droits des créanciers. Il fallait faire peur au dirigeant en l'incitant à adopter des comportements conformes aux attentes de la société. Cette particularité du droit de la faillite s'est avérée inefficace car les finalités recherchées qui consistaient à sanctionner le commerçant qui n'honorait pas ses engagements, la protection des créanciers impayés et la

³¹ J. Paillusseau, Du droit de la faillite au droit des entreprises en difficultés (ou quelques réflexions sur la renaissance(?)... d'un droit en dérive), Mélanges R. Houin, Sirey, 1985, p. 109 ; P.-M. Le Corre, « 1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite au droit de sauvegarde de l'entreprise », Gaz. Pal. , 21 juill. 2007 n° 202, p. 3.

³² P.-M. Le Corre, Droit et pratique des pratiques collectives, Dalloz action 2014-2015, 9^e éd. n° 042.11, p. 18.

³³ Connu sous l'ancien droit romain, le terme faillite est « une adaptation (1566), d'après faillir qui vient du latin faillere qui signifie « tromper », faillir à ses engagements, de l'italien faillita (XIII^e s. faute), de faillire (manquer de l'argent nécessaire pour payer une dette) » : v. A. Rey (sous la direction de), Dictionnaire historique de la langue française, Le Robert, 1995, p. 774. Le failli, c'est donc celui qui ne respecte pas ses obligations contractuelles, et qui de ce fait, s'expose aux sanctions qui en découlent ; V. aussi pour le passage du droit de la faillite au droit de la sauvegarde des entreprises, P.-M. Le Corre, art. préc. n° 202, p. 3 ; pour une vision économique de la notion, D. Voinot, Droit économique des entreprises en difficultés, LGDJ, 2007, p. 1.

³⁴ Pour un aperçu sur l'évolution historique du droit de la faillite, R. Szramkiewicz, Histoire du droit des affaires, Montchrestien, 1989, p. 180 ; J. Hilaire, Introduction historique au droit commercial, Puf, 1986, p. 305 ; E. Richard (sous la direction de), Droit des affaires, questions actuelles et perspectives historiques », PUR, 2005, p. 523 ; R. Marie- Hélène, Histoire du droit des affaires, Ellipses, 2006, p. 135 et s. ; D. Desurvire, Histoire de la banqueroute et faillite contemporaine, l'harmattan, Paris, 1993, p. 11 et s.

³⁵ P.-M. Le Corre, art. préc. p. 3 ; J.-L. Vallens, L'insolvabilité des entreprises en droit comparé, Joly, Lextenso éditions, 2011, n° 20, p. 7.

survie des entreprises viables n'ont pas été atteints³⁶. Les résultats poursuivis ne furent donc pas satisfaisants³⁷.

17. Une évolution remarquable de ce droit s'est opérée, et progressivement, le droit de la faillite va se démarquer de son caractère coercitif et corporatiste pour s'orienter vers une nouvelle approche, un nouveau concept : le droit des entreprises en difficulté³⁸. La réforme opérée par la loi du 13 juillet 1967, constituera en la matière un tournant décisif dans l'histoire du droit la faillite, cette loi a permis de réaliser une modification des mécanismes antérieurs et un recul de la conception traditionnelle du droit des faillites. Cette loi a institué trois procédures à savoir le règlement judiciaire et la liquidation des biens régis par la loi n°67-563 du 13 juillet 1967 et par le décret n°67-1120 du 22 décembre 1967, la suspension provisoire des poursuites réglementées par l'ordonnance n°67-820 du 23 septembre 1967 et par le décret n°67-1255 du 31 décembre 1967. Cet ensemble législatif qui marque de ce fait une évolution sensible du droit des faillites posait en même temps les premiers jalons de la politique préventive.

18. L'ordonnance du n° 67-820 du 23 septembre 1967 a instauré une procédure de suspension provisoire des poursuites applicables à certaines entreprises « en situation financière difficile mais non irrémédiablement compromise ». Il s'agit d'une procédure de type préventif ouvert au débiteur qui n'était pas encore en état de cessation des paiements. Une pause de trois mois est imposée aux créanciers afin de permettre au débiteur avec l'assistance d'un curateur d'élaborer un projet de plan de redressement économique et financier de l'entreprise assorti d'un plan d'apurement collectif du passif³⁹. La procédure de suspension des poursuites de l'ordonnance du 23 septembre 1967 comme on le verra plus loin, va servir de repère au législateur africain dans l'institution de la toute première procédure de prévention des difficultés de l'entreprise : le règlement préventif de droit Ohada. Au-delà de cette nouvelle amorce, l'idée désormais préconisée par le législateur est de distinguer l'homme de l'entreprise⁴⁰. Le but est de maintenir la continuité de l'entreprise

³⁶ Y. Guyon, Droit des affaires, Entreprises en difficulté. Economica, 9^e éd., p. 8.

³⁷ M. A. Frison-Roche, le législateur des procédures collectives et ses échecs : Mélanges A. Honorat, p. 109 ; V. également, M.H. Renault, « La déconfiture du commerçant, du débiteur sanctionné au créancier victime », Rev. trim. dr. com. 2000, 53 ; F. Terré, « Droit de la faillite ou faillite du droit », Rev. jurisp. Com. 1991,1.

³⁸ J. Paillusseau, art. préc, p.109 ; v. G. Farjat, Pour un droit économique, PUF, 2004, p.83, l'auteur évoque le passage du droit de la faillite au droit des entreprises en difficulté pour illustrer « les acteurs » du droit économique au rang desquels figure l'entreprise.

³⁹ F. Perochon, Entreprises en difficulté, LGDJ, 10^e éd. n° 9, p. 26.

⁴⁰ A. Brunet, « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », Etudes Roblot, 1984, p.471 ; R. Houin, permanence de l'entreprise à travers la faillite, dans aspects économiques de la faillite, sirey 1970, p. 135.

malgré la faillite. Autrement dit, il ne faut pas lier le sort du débiteur à celui de l'entreprise. Le principe de la distinction ainsi opéré, signifie que l'on ne peut imputer une faute au dirigeant et en faire payer les conséquences à l'entreprise. Il est préférable de sanctionner le dirigeant et de sauvegarder l'entreprise.

19. A l'inverse, il est tout aussi inutile de maintenir en vie une entreprise qui n'est pas viable sur le plan économique et injuste de condamner un dirigeant victime des circonstances économiques⁴¹. Selon l'exposé des motifs, la loi du 13 juillet 1967 avait pour but « d'éliminer les entreprises économiquement condamnées sans cependant frapper d'infamie les dirigeants qui ne l'ont pas mérité⁴² ». Cependant, il semble que le législateur ne pouvait pas s'apercevoir qu'en voulant éliminer le débiteur il risquait aussi d'éliminer l'entreprise, même dans l'hypothèse où elle était susceptible d'être redressée et où elle était économiquement utile. Ce changement de cible s'imposait avec justesse et s'explique surtout pour des raisons socio-économiques.

20. En effet, l'entreprise, centre de création de richesses ou de services, est apparue comme un support de l'emploi et un élément du tissu économique. Sa disparition risquerait alors d'avoir de graves conséquences dans la vie économique, sociale et politique. Le doyen Houin résume parfaitement cette situation de la manière la plus évidente⁴³ : « la vie économique a des impératifs et des servitudes que le droit ne peut et ne doit méconnaître. La continuité et la permanence des entreprises sont l'un de ces impératifs pour des raisons d'intérêt social autant qu'économique. Elles devraient pouvoir être assurées par le droit de la faillite toutes les fois que cela paraît utile ».

21. Malgré les critiques qui ont pu être formulées à l'encontre de la loi de 1967⁴⁴, le législateur est resté fidèle à sa vision selon laquelle le droit doit être au service de l'entreprise, entité économique incontournable. L'entreprise est donc devenue le centre d'intérêt du législateur⁴⁵. Il faut absolument assurer sa survie, afin de maintenir l'activité économique, et

⁴¹ A. Brunet, art.préc. p.471.

⁴² C. Saint- Alary- Houin, op. cit., p.15

⁴³ J. F. Martin et S. Leyrie, Droit des procédures collectives, collection expertise comptable, Masson 1991, Paris, p.6.

⁴⁴ A. Brunet, art. préc., p.471 ; V. pour une critique de la procédure de suspension provisoire des poursuites, les obs. de M. Larrieu sous Paris 10 juill. 1994, JCP., 1985, II. 20514 ; Y. Guyon, op.cit., p. 16.

⁴⁵ A. Rizzi, La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives, LDGJ, 2007, n° 156 s, p. 170 s. l'auteur affirme que « La progressivité qui caractérise la protection de l'entreprise par le législateur n'est que le reflet de l'émergence de la notion d'entreprise ». Cela montre clairement la prévalence de l'entreprise dans les ambitions du législateur français.

sauvegarder l'emploi. L'objectif primordial de cette nouvelle matière est de sauvegarder l'entreprise plutôt que de sanctionner le débiteur défaillant.

22. Toutefois, la réalisation d'un tel objectif n'est pas aisée, puisque les entreprises sont constamment confrontées à des difficultés en tout genre. Même les géants de l'industrie ou les sociétés nouvellement constituées ne sont jamais à l'abri d'une éventuelle défaillance⁴⁶. Il fallait donc intensifier les solutions préventives afin de donner plus de chance au sauvetage des entreprises. Ainsi, plutôt que d'opérer un traitement des difficultés de l'entreprise dans un but liquidatif, la doctrine a pensé qu'il serait préférable de prévenir ces mêmes difficultés⁴⁷ avant même que l'entreprise ne soit en cessation des paiements. Le contenu de la fonction préventive s'est considérablement affiné et ses modes d'expression se sont peu à peu diversifiés.

23. En droit français, c'est la loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises qui consacre véritablement la prévention des difficultés des entreprises. Ce texte a mis en place un dispositif cohérent qui permet d'une part de révéler les difficultés de l'entreprise, et de placer le chef d'entreprise en face de ses responsabilités, et qui permet d'autre part, à travers le mécanisme contractuel qu'est le règlement amiable⁴⁸, la résolution des difficultés. Cette loi est donc censée énumérer un certain nombre d'éléments qui peuvent faciliter la découverte a priori de difficultés et tenter de procéder à leur résolution, afin que l'entreprise ne se trouve pas en de cessation des paiements⁴⁹. Plus concrètement, la loi du 1^{er} mars 1984 a poursuivi un double voire un triple objectif.

24. Elle a d'abord organisé une véritable information économique⁵⁰, ce qui s'est traduit par l'extension du domaine de la comptabilité traditionnelle et l'obligation faite aux entreprises importantes qui dépassent certains seuils de tenir des documents prévisionnels, ce qui permet ainsi d'anticiper sur les futures difficultés.

⁴⁶ Y. Guyon, op.cit., p. 3.

⁴⁷ J. Paillusseau, art. préc., p.109.

⁴⁸ M. Rouger, « Le règlement amiable par accord entre débiteurs et créanciers et le règlement amiable judiciaire par redressement ou liquidation », LPA, n° 5, 12 janvier 1994, voir pour une observation critique du règlement amiable, F. Derrida et P. Gode, « Philosophie de la réforme », observations critiques, LPA, 14 sept. 1994, n° 110. Pour une présentation d'ensemble du règlement amiable, F.-J. Crédot « Les grandes de la réforme du droit des entreprises en difficulté », LPA 14 sept. 1994, n° 110.

⁴⁹ B. Djilali, Procédures collectives. Approche critique en droit comparé (Algérie, Egypte, France), thèse de doctorat, Université de perpignan Via Domitia, janvier 2010, p.21.

⁵⁰ C. Saint-Alary-Houin, op.cit. n° 44, p. 31.

25. Ensuite, la loi du 1^{er} mars 1984 a institué des procédures d'alerte dont le déclenchement est confié à plusieurs agents de détection, le commissaire aux comptes, les salariés, les associés et les présidents des tribunaux de commerce et depuis la réforme du 12 mars 2014 les présidents des tribunaux de grande instance⁵¹. Ces procédures d'alerte tendent à avertir les dirigeants sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation afin de leur permettre de prendre les mesures qui s'imposent⁵².

26. Enfin, le dispositif de la loi du 1^{er} mars 1984 a institué une procédure de règlement amiable des difficultés qui repose sur la recherche d'un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers à travers lequel, en contrepartie des mesures de restructurations envisagées, les créanciers peuvent consentir des délais de paiement et des remises de dettes. Dans l'ensemble, tout le système organisé par la loi du 1^{er} mars 1984 tend à prévenir la cessation des paiements. Il demeure un support essentiel du dispositif de prévention détection des difficultés⁵³.

27. Contrairement à la loi du 1^{er} mars 1984, la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires n'avait pas de visée préventive. Qualifiée de loi volontariste⁵⁴, elle préconisait plutôt un traitement judiciaire des difficultés de l'entreprise après cessation des paiements. L'article 1^{er} de cette loi énonçait dans sa rédaction d'origine, qu'il « est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif ». Il en résulte que l'objectif premier de cette loi était clairement de parvenir au sauvetage de l'entreprise, qui passe nécessairement par le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif⁵⁵. La prééminence de l'entreprise était ainsi clairement affirmée et cela va se traduire par une organisation de la procédure autour de l'entreprise et non autour des créanciers⁵⁶. L'entreprise est placée au cœur de la réforme : elle en constitue l'épicentre, la procédure unique de redressement judiciaire doit aboutir à la sauvegarde de l'entreprise et la liquidation judiciaire ne peut intervenir qu'en cas d'impossibilité absolue de redressement de l'entreprise.

⁵¹ Voir F.X. Lucas, « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », B J E, 01 mars 2014, p. 111 -119.

⁵² C. Saint-Alary-Houin, op.cit. n° 44, p. 31.

⁵³ C. Saint-Alary-Houin, Ibid.

⁵⁴ C. Saint-Alary-Houin, Ibid.

⁵⁵ R. Houin, Rapport introductif, « Les innovations », RTD com. 1986, p. 11 ; J. – Cl. May, « La triple finalité de la loi sur le redressement judiciaire », LPA 1987, n° 141, p. 18.

⁵⁶ C. Saint-Alary-Houin, op. cit. n° 48, p. 32.

Mais la loi du 25 janvier n'a pas fait que « judiciariser la procédure »⁵⁷. Elle a également procédé à une humanisation de la procédure par la prise en compte de la diversité des intérêts en présence. L'une des mesures instituées dans ce sens est l'association des salariés à tous les stades de la procédure, ce qui leur permet d'être consultés et d'être informés sur la situation de l'entreprise. Le doyen Houin⁵⁸ disait à ce propos que, la loi de 1985 était faite pour les salariés. Ces derniers avaient donc désormais un rôle important à jouer dans le maintien en activité de l'entreprise en difficulté⁵⁹.

28. La réforme intervenue avec la loi du 10 juin 1994⁶⁰ n'a pas non plus apporté de bouleversement majeur. Elle a tout simplement opéré un renforcement de la prévention, en rénovant davantage le règlement amiable. Mais cette réforme ne pouvait suffire à consolider la prévention des difficultés des entreprises. Il fallait encore faire davantage puisque les attentes placées dans ces différentes lois ont été déçues. La réforme de 1967 fut vivement critiquée en raison de l'inefficacité de la loi du 13 juillet 1967 et des résultats décevants de l'ordonnance du 23 juillet 1967. On a reproché au système issu de la loi de 1967 d'avoir institué des procédures tardives, inadaptées et lacunaires⁶¹.

En effet, les procédures, mises en place en 1967, ont échoué essentiellement à cause du retard observé lors de leur déclenchement. L'entreprise, ayant cessé ses paiements, se trouvait dans les faits déjà dans une situation irrémédiablement compromise au moment où le tribunal était saisi⁶². Même la procédure de suspension des poursuites n'a pas été épargnée par ces critiques, certains auteurs ont dénoncé sévèrement l'inefficacité de la loi de 1967⁶³. La suspension des poursuites, qui était une procédure qui se voulait préventive, était en effet,

⁵⁷ L'expression est empruntée au professeur Saint-Alary-Houin, op. cit., n° 49, p. 33.

⁵⁸ R. Houin, art. préc., p. 11.

⁵⁹ J.- Cl. May, « La triple finalité de la loi sur le redressement judiciaire », LPA 1987, n° 141, p. 18 ; A. Viandier et G. Endreo, Redressement et liquidation judiciaires, Puf 1986, p. 4.

⁶⁰ Sur la réforme de 1994, F. Derrida, P. Godé et J.- P. Sortais, « La réforme du droit des entreprises en difficultés », D.1994, chr., p.267 ; LPA, 14 septembre, n° spécial consacré à la loi du 10 juin 1994 ; P. Canin, Du redressement et de la liquidation des entreprises (loi n°94-475 du 10 juin 1994) : RJcom.1994,p.352 ; P. Le Cannu, La loi du 10 juin 1994 sur les entreprises en difficultés, Aspect du droit des sociétés : Bull. Joly 1994, p.748, Y. Chaput, « La réforme de la prévention et du traitement des entreprises en difficultés »: JCP éd. G.1994,I,3786 ; P. Arlix, « Appréciations critiques de la réforme du droit des procédures collectives », LPA 1995, p. 14 ; F.-J. Crédot, « La réforme du droit des entreprises en difficulté », Dr. et patr. 1994, p. 32 ; D. Vidal, « Les modifications apportées par la loi du 10 juin 1994 au droit des entreprises en difficulté », Rév. huissiers 1994, p. 29.

⁶¹ Pour une critique détaillée de cette réforme, voir C. Saint Alary Houin, Droit des entreprises en difficulté, 9^e éd. LGDJ 2014, pp.28 et s. ; Sur l'ensemble de la réforme de 1967, voir notamment, F. Derrida, La réforme du règlement judiciaire et de la faillite, étude de la loi n° 67-563 du 13 juillet et du décret-1120 du 22 décembre 1967, Défrénois, n° 3, p. 16 et s.

⁶² C. Saint Alary Houin, op.cit. n° 36, p. 27.

⁶³ M.-J. Campana, « Le projet de réforme des procédures collectives », D. 1977, Ch. P.273 ; B. Soenne Prolégomènes sur une refonte du droit de la faillite », D.1976, chr.p.253 ; R. Verdort, « Faut-il supprimer le règlement judiciaire » ?, in Mélanges Kayser, p.397.

sollicitée, dans de nombreux cas alors que l'entreprise ne payait plus ses créanciers. Il en résultait que cette procédure de suspension des poursuites pouvait masquer un état de cessation des paiements avéré. Par conséquent, le risque d'instrumentalisation de la procédure par le débiteur pour refuser de payer ses créances était probable⁶⁴.

La deuxième critique était que ces procédures étaient inadaptées faute d'avoir atteint leurs buts. Premièrement, l'objectif d'assurer la survie des entreprises viables a largement échoué, le nombre des procédures s'est énormément accru. La liquidation des biens était prononcée dans plus de 90% des affaires et, dans les rares cas où le règlement judiciaire aboutissait à un concordat, ce dernier n'était exécuté que dans 5% des procédures⁶⁵. En outre le devenir de l'entreprise dépendait de ses chances de redressement. Si elles étaient jugées sérieuses, l'entreprise était placée en règlement judiciaire ; dans le cas contraire, la liquidation des biens consommait sa disparition⁶⁶. Quant aux dirigeants, leur sort détaché de celui de l'entreprise, était fonction de leur comportement passé, leur remplacement de la direction de l'entreprise pouvait être ordonné à titre de sanction pour faute commise⁶⁷. Malgré l'objectif poursuivi, le règlement judiciaire demeurait fondé sur une idée de liquidation⁶⁸.

Deuxièmement, le règlement judiciaire et la liquidation des biens quoi qu'elles soient des procédures d'exécution, ne permettaient pas un désintéressement suffisant des créanciers. Ces derniers, quelque soit leur statut, ne percevaient pas intégralement leurs créances.

Troisièmement, la dissociation du sort de l'homme de celui de l'entreprise n'était pas une bonne solution du moins selon un auteur, cet objectif n'a pas été réalisé en raison des interférences entre le sort de l'homme et celui de l'entreprise qui ont pu être observées⁶⁹. En vérité, la distinction ainsi opérée concernait le débiteur et les dirigeants lorsqu'elle était possible, c'est-à-dire lorsque le débiteur se trouvait être une personne morale. Le législateur a de ce fait, malheureusement d'ailleurs, confondu débiteur et entreprise et, du même coup, a peint en trompe-l'œil le principe de la séparation entre l'homme et l'entreprise. Ainsi, par exemple, pour choisir entre le règlement judiciaire et la liquidation des biens, le tribunal se fondait sur l'avenir financier prévisible du débiteur et il se référait au passé pour décider du sort des dirigeants. L'entreprise n'était donc pas réellement au centre du débat, et la nécessité de son sauvetage était loin d'être une priorité⁷⁰. En conséquence les mesures applicables à

⁶⁴ J.-Ph. Hael, « Vers l'élaboration d'un droit économique de l'entreprise en difficulté, bilan et perspectives de l'ordonnance du 23 septembre 1967 », RJcom.1979, p.1 et s.

⁶⁵ B. Brunet, « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », Etude Roblot, 1984, p.473.

⁶⁶ Y. Guyon, Droit des affaires, Entreprises en difficulté, 9^e éd. p.1 4.

⁶⁷ A. Brunet, art. préc., p.472.

⁶⁸ M. Vasseur, Le traitement des entreprises en difficulté, Les cours du droit 1990, p.119.

⁶⁹ A. Brunet, art. préc., p.474.

⁷⁰ A. Brunet, art. préc., p.473.

l'entreprise avaient une incidence automatique sur le débiteur. A l'inverse, les sanctions applicables au débiteur avaient une répercussion sur le devenir de l'entreprise.

29. Le règlement judiciaire et la liquidation des biens étaient des procédures collectives et des procédures judiciaires avec toutes les contraintes dues à leur nature. Elles ont conservé le caractère répressif du droit antérieur. C'était aussi l'une des critiques soulevées par la doctrine⁷¹ à leur égard. Le système issu de la loi de 1967 était également critiqué parce qu'il excluait un nombre de personnes intéressées au devenir de l'entreprise. Ce fut le cas des salariés qui n'avaient aucune place dans le déroulement de la procédure. Ils étaient envisagés comme des créanciers de l'entreprise⁷² et à aucun moment ils ne sont associés à la procédure et considérés comme une composante de l'entreprise intéressée à son maintien. Enfin, dès lors que l'entreprise faisait l'objet d'un règlement judiciaire ou d'une liquidation des biens, le débiteur était dessaisi immédiatement de sa gestion. Cette dépossession était perçue comme une sanction morale qui n'était pas de nature à inciter les débiteurs au dépôt de bilan.

30. Au final, les règles juridiques posées par la loi de 1967 étaient inappropriées et empruntes d'ambiguïté car cette loi n'avait pas clairement défini la finalité des procédures collectives⁷³. Partagée entre l'objectif classique d'assurer le paiement des créanciers et la volonté moderne de permettre la survie de l'entreprise, le législateur a finalement réalisé un compromis. Toutes ces imperfections ne pouvaient que conduire à un résultat d'échec de la réforme.

31. Quant à la loi du 25 janvier 1985, malgré les espoirs qu'elle a suscité, les objectifs fixés par le législateur n'ont pu être atteints. Les mêmes critiques observées dans la réforme de 1967 ont resurgi l'insuffisance des résultats économiques et financiers ainsi que le caractère trop tardif des procédures. En plus, la longueur et la complexité des procédures ainsi que le constat de nouveaux déséquilibres ont été relevés. La loi du 25 janvier 1985 n'a finalement pas permis de lutter efficacement contre la disparition des entreprises tout comme elle n'est pas parvenue à régler le problème du paiement des créanciers, difficulté déjà existante sous l'empire de la loi de 1967 et qui n'a pu être résolue par cette dernière. En effet, le bilan des résultats économiques et financiers reste décevant dans la plupart des procédures de redressement judiciaire ouvertes : l'issue de ces procédures restait la liquidation judiciaire

⁷¹ C. Saint Alary Houin, *op.cit*, p. 21; B. Brunet, *art. préc.*, p.472

⁷² Y. Guyon, *op.cit.*, p. 16 ; C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* , n°38, p. 29.

⁷³ B. Brunet, *Ibid.*

des entreprises⁷⁴. La procédure de redressement judiciaire était critiquée aussi à cause de son caractère tardif. Dans la majorité des cas, l'entreprise se trouvait déjà dans une situation obérée et les chances de redressement devenaient quasi impossibles. Le critère de déclenchement, à savoir la cessation des paiements, était alors un obstacle à la sauvegarde des entreprises.

32. Dans l'ensemble, les procédures collectives de redressement judiciaire et de liquidation judiciaires étaient inopérantes dans la sauvegarde des entreprises. Tout particulièrement, la procédure de redressement judiciaire était perçue comme l'antichambre de la liquidation, car elle conduisait généralement à la disparition de l'entreprise⁷⁵. Par ailleurs, il a été relevé en doctrine que les procédures issues de la loi du 25 janvier 1985 se sont révélées inadaptées aux petites et moyennes entreprises (PME) car la longueur souvent incompréhensible de la liquidation judiciaire ne permettait pas aux chefs d'entreprises de reprendre une activité⁷⁶. Il y a lieu d'observer également la forte emprise judiciaire dans la loi du 25 janvier 1985. Le rôle du tribunal dans le traitement des difficultés reste en effet une spécificité du droit français⁷⁷ il ouvrait la procédure, nomme et remplace les organes et en définit les pouvoirs. En bref, il intervient à tout moment de la procédure pour prendre les actes importants. Un auteur a même souligné que le redressement à tout prix a conduit bien souvent à ne réaliser aucun des principaux objectifs de la procédure⁷⁸. A propos de la loi de 1985, un auteur⁷⁹ note de manière pertinente que « c'est un lieu commun de constater le caractère excessif, ou en tout cas déséquilibré, des sacrifices imposés aux créanciers au nom d'objectifs que la loi nouvelle n'atteint pas ». Le déclin des droits des créanciers, leur absence dans la décision de redressement de l'entreprise était telle qu'en définitive, ils ne participaient pas à l'objectif de sauvegarde pourtant affirmé par le législateur.

33. Enfin, la loi du 10 juin 1994 relative à la prévention des difficultés des entreprises, reformant celle du 1^{er} mars 1984, n'a pas eu d'influence véritable sur la prévention des difficultés des entreprises. Avec cette loi, la prévention a connu une faible percée malgré sa consécration par la loi du 1^{er} mars 1984. La procédure d'alerte qui devait servir de repère en

⁷⁴ Résultats L'INSEE, citées par Corinne Saint Alary Houin, Droit des entreprises en difficulté, 9^e éd. L.G.D.J. 2014, p.40.

⁷⁵ E. Joanna, La procédure de sauvegarde, analyse de droit comparé américain et français, thèse de doctorat Université de Saint Etienne 2006, p.10.

⁷⁶ C. Saint- Alary- Houin,, op.cit.p.42.

⁷⁷ C. Saint- Alary- Houin, op.cit, p.26.

⁷⁸ F. M. Sawadogo, Ohada, Traités et actes uniformes commentés et annotés 2012, p.816.

⁷⁹ V. note. F. Pollaud-Dulland, Ass. plén., 9 juillet 1993, JCP, éd., Gén.,1993,II, p.368

termes d'information sur la situation financière de l'entreprise connaissait une faiblesse majeure. Son domaine d'application était très limité. Elle ne concernait que les grandes entreprises c'est-à-dire celles qui étaient dotées d'un commissaire aux comptes. La procédure d'alerte n'existe donc pas dans toutes les entreprises qui n'ont pas de commissaire aux comptes, et en particulier dans les entreprises individuelles, c'est-à-dire celles qui forment la très grande majorité des entreprises en difficulté⁸⁰. En outre, la procédure d'alerte était inefficace en raison de l'hésitation des commissaires aux comptes pour déclencher l'alerte. Ces derniers craignent d'accentuer les difficultés de l'entreprise en passant aux phases non confidentielles de l'alerte et rendre ainsi publique ses difficultés⁸¹. Pour tout dire, la prévention détection n'a pas permis aux chefs d'entreprise d'être informés très rapidement sur la situation de leur entreprise afin de prendre les mesures qui s'imposaient. Par ailleurs, le mandat ad hoc malgré sa pratique et son utilisation par les tribunaux n'était pas suffisamment institutionnalisé. Quant au règlement amiable, il n'a pas satisfait aux attentes espérées à cause de son caractère autoritaire et judiciaire car le président du tribunal pouvait ordonner la suspension des poursuites des créanciers⁸². Cet aspect a considérablement réduit son attractivité auprès des chefs d'entreprises.

34. Tirant donc les enseignements de l'échec de cet ensemble législatif, le législateur français va de nouveau légiférer par la loi du 26 juillet 2005. L'anticipation de la cessation des paiements est au centre de cette réforme. La prévention rentre dans une vision nouvelle avec ce nouveau texte. Elle reçoit même une véritable consécration⁸³. En effet contrairement à la législation antérieure, le nouveau texte s'est voulu plus pragmatique⁸⁴. Les rédacteurs de la réforme ont considéré que la fonction assignée à la cessation des paiements qui consiste à délimiter les procédures amiables des procédures judiciaires et collectives était préjudiciable

⁸⁰ J. Paillusseau, « Les vicissitudes de la loi du 25 janvier 1985 », art.préc.

⁸¹ J. Paillusseau, art. préc.

⁸² C. Saint Alary Houin, op. cit. p.166.

⁸³P.-M. Le Corre, « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », D. 2005, cahier droit des affaires, cahier spécial supplément n° 33 ; P.M. Le Corre et T. Montéran, Loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises : Présentation, Gaz. Pal., 01 sept 2005, n° 243/244 ; F. Xavier-Lucas, Propos introductifs : « Bref aperçu sur la réforme des procédures collectives, Journal des sociétés, n°24 septembre 2005 ; G. Teboul, « La procédure de sauvegarde, le nouveau Janus. Le nouveau texte : espoir ou perplexité ? », Journal des sociétés 2005, n° 24 ; S. Piedelièvre, « La loi de sauvegarde des entreprises », JCP éd. notariale et immobilière 2005, n° 38, Etude ; Sur la présentation des mesures de prévention après l'adoption de la loi du 26 juillet 2005, v. J.P. Legros, « La loi du 26 juillet 2005 des entreprises : les mesures de prévention du nouveau titre I du livre VI du code de commerce (Ière partie) », Droit des sociétés 2005, n° 10, Etudes) ; A. Delafosse et J. F. Peniguel, « La conciliation, JCP édition notariale et immobilière 2005, n° 38, Etude ; H. Chriqui, « Prévention des difficultés des entreprises : peut on aller plus loin ?, Gaz. Pal., 18mai 2004, p. 2 ; A. Jacquemont, « La future procédure de conciliation : une attractivité nouvelle pour l'entreprise en difficulté et ses créanciers », Rev. proc. coll. décembre 2004, p. 290 ; H. Croze, « Loi de sauvegarde des entreprises, Mandat ad hoc et procédure de conciliation », procédure 2005, n° 11, Etude.

⁸⁴T. Montéran, « Le point de vue du praticien », Gaz. Pal., 26 février 2005, p. 2.

aux entreprises. Elle obligeait les dirigeants d'entreprise à attendre sa survenance avant de se résoudre à saisir le tribunal afin de bénéficier d'une procédure de redressement judiciaire. Or de manière générale, au moment où ils s'engagent à saisir le tribunal, les chances de sauvetage de l'entreprise sont déjà impossibles et la seule alternative qui s'offre au tribunal est de prononcer la liquidation de l'entreprise. C'est pourquoi la loi nouvelle a décidé de dédramatiser la fonction de la cessation des paiements.

35. Dans cette optique, elle a institué deux nouvelles procédures qui s'inscrivent dans la démarche d'anticipation voulue par le législateur. Ont ainsi été prévues la procédure de conciliation, qui est une procédure amiable, et la procédure de sauvegarde de droit commun qui est une procédure judiciaire et collective. Il faut adjoindre à cette dernière depuis la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010 et l'ordonnance du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, les deux procédures de sauvegarde dérivées, la sauvegarde financière accélérée⁸⁵ et la sauvegarde accélérée⁸⁶. Ainsi, avec la nouvelle loi, la prévention peut se faire dans un cadre amiable et un cadre judiciaire. Il existe donc finalement avec cette loi deux types de prévention : la prévention amiable et la prévention judiciaire. Cette approche n'allait pas échapper au droit Ohada qui va l'incorporer dans son système juridique de prévention à l'occasion de la dernière réforme

36. En droit Ohada, le recours à la prévention s'inscrivait dans un contexte très différent. Il s'agissait en effet pour les pays de l'espace OHADA de se délier des législations hétéroclites héritées du droit français et devenues obsolètes dans la plupart des Etats. Historiquement, l'Ohada est née à la suite d'un traité signé le 19 octobre 1993 à Port Louis, (Ile Maurice) en marge du sommet consacré à la francophonie, après seulement deux années d'études préparatoires⁸⁷. Cette organisation nourrit l'ambition de créer un espace juridique et judiciaire commun aux Etats membres⁸⁸ par l'élaboration et l'application de textes uniformes dans les principaux domaines du droit des affaires. La législation applicable avant l'avènement de l'Acte uniforme sur les procédures collectives, quelque peu éparpillée, était

⁸⁵ Pour un aperçu général v. A. Lienhard, « Entreprises en difficulté (sauvegarde accélérée) », Rép. sociétés Dalloz, octobre 2014.

⁸⁶ F. Reille, « La sauvegarde accélérée issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 » Gaz. Pal., avril 2014, n° 96-98, p. 10-14.

⁸⁷ Sur l'historique de l'Ohada, v. M. Kirsch, « Historique de l'Ohada », Revue Penant 1998, n° 927, p. 129 et s.

⁸⁸ L'Ohada compte aujourd'hui 17 pays membres. Ce sont : le Benin, le Burkina Faso, le Cameroun, les Comores, le Congo, la Cote d'Ivoire, la Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée Equatoriale, le Mali, le Niger, la République Démocratique du Congo, la République Centrafricaine, le Sénégal, le Tchad et le Togo

composée essentiellement du code de commerce de 1807 tel que modifié et refondue successivement par les lois du 28 mai 1838, du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire, les décrets-lois du 8 Août et du 30 octobre 1935⁸⁹. Le droit des procédures collectives existant a subi quelques reformes dans certains Etats. D'autres ont envisagé de le faire sans y parvenir⁹⁰. Par exemple, le Sénégal⁹¹ et le Mali⁹² ont reproduit intégralement à travers plusieurs lois, la loi française du 13 juillet 1967. Le Gabon⁹³, Madagascar⁹⁴ et le Burkina Faso⁹⁵ ont reproduits les lois françaises du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises ainsi que du 25 janvier 1985 sur le redressement judiciaire des entreprises, avec quelque retouches particulières. Quant à la République Centrafricaine⁹⁶, elle a institué une procédure de suspension des poursuites sur le modèle de l'ordonnance française du 23 septembre 1967⁹⁷. Le Cameroun, dans un avant - projet de loi de deux cent treize articles adopte les solutions françaises : la prévention des difficultés des sociétés⁹⁸, le règlement amiable⁹⁹, le règlement judiciaire, la liquidation des biens et la faillite personnelle¹⁰⁰.

37. Malgré les tentatives de reformes infructueuses de certains Etats cités comme le Gabon, le Cameroun et le Bénin, l'influence du droit français persistait toujours dans ces Etats alors que ce dernier avait énormément évolué pour revêtir un nouveau visage. Il en résultait

⁸⁹ Voir en ce sens, A. Aggrey, Guide de la faillite, Juris-Editions, éditions juridiques de Côte d'Ivoire, 1989, plusieurs fascicules traitent de la question ; C. Kouassi, Traité des faillites et liquidations judiciaires en Côte d'Ivoire, études juridiques et formulaires, éditions SOCOGEC, Abidjan, collection espace entreprise, 1987 ; M. Ponanam, réflexions sur quelques aspects du droit de la faillite au Togo, Penant, n° 812, mai à septembre 1993, p. 189 à 230, le concordat préventif remède aux difficultés des entreprises au Togo ?, Dactylographiée, 42 pages ; D. Abarchi, Pour une adaptation du droit Nigérien des procédures collectives à l'évolution socio-économique, thèse doctorat en droit, Université Orléans, 1990. Pour une vue d'ensemble sur l'évolution dans certains Etats Africains membres de l'Ohada, v. R. Barre et E. Schaeffer (sous la direction de), Droit des entreprises en difficulté, Actes du congrès de l'Institut international des droits d'expression et d'inspiration françaises tenu au Gabon, Bruylant, Bruxelles, 1991, p.456. Cet ouvrage collectif traite de l'état du droit des entreprises en difficulté des Etats du Bénin, Cameroun, Congo, Gabon, Madagascar, Mali, République centrafricaine et Sénégal.

⁹⁰ Voir, F. M. Sawadogo, Acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif in Code Ohada Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope 2012, p. 1132 et s.

⁹¹ Art. 927 à 1077 C.O.C.C. introduits par la loi n°76-60 du 12 juin 1976 complété par le décret, n°76-781 du 23 juin 1976.

⁹² Art.173 à 315 du code de commerce du Mali.

⁹³ loi n°7-86 et 8-86 du 4 aout 1986.

⁹⁴ Ordonnance 62-008 du 31 juillet 1962.

⁹⁵ Ordonnance n°91-043 du 17 juillet 1991 ; Pour le cas du Burkina Faso, voir F. M. Sawadogo, L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone, à partir de l'exemple du Burkina Faso, Revue Burkinabé de droit, n°26-Juillet 1994, p. 191 à 248.

⁹⁶ Ordonnance n°82-043 du 6 septembre 1982.

⁹⁷ Ordonnance n°67-820 du 23 septembre 1967 prévoyant la règle de suspension des poursuites, J O du 28 sept.1967, p.949, cette procédure intervenait avant cessation des paiements.

⁹⁸ art.7 à 16.

⁹⁹ art.17 à 22.

¹⁰⁰ art.23 à 213 ; voir sur ce point, F. M. Sawadogo, Ohada, Traités et actes uniformes, commentés et annotés, Juriscope 2012, p. 1133.

un décalage de plus en plus grand entre le droit français et le droit des pays africains. En outre, comme le contexte économique n'était plus le même, les solutions apportées par le droit français étaient nécessairement en inadéquation avec le contexte socio-économique africain. Aussi, comme le souligne un auteur¹⁰¹, le droit des entreprises en difficulté peut être source d'insécurité juridique faute de textes adaptés à la réalité économique. Cette réalité a probablement influencé les rédacteurs de l'acte uniforme de l'Ohada relatif aux procédures collectives.

38. Tous ces enseignements ont profondément favorisé l'évolution législative en matière de procédures collectives. Mais le législateur africain a aussi fait le constat de l'évolution de la matière, notamment en droit français, sur lequel il garde toujours un regard assidu, en raison des liens historiques et juridiques qui lient les pays de la zone Ohada à la France. Dès lors, il ne s'agissait plus de reconduire la solution traditionnelle qui consistait à attendre qu'une entreprise soit en état de cessation des paiements pour proposer un traitement judiciaire. En outre la vulnérabilité des entreprises africaines à prédominance informelle a amené le législateur africain à adopter une vision globale et anticipée des difficultés des entreprises. Ainsi, à l'instar du droit français, il ne fallait plus attendre que l'entreprise concernée soit en état de cessation des paiements avant de s'intéresser à sa situation.

39. Par ailleurs, dans l'espace Ohada, l'adoption d'une politique préventive en matière des difficultés des entreprises reposait sur une autre raison qui est plus économique que juridique. Il était question de garantir une sécurité juridique de l'investissement dans les Etats membres. Pour le législateur africain, l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif, à l'instar des autres actes uniformes¹⁰², devait constituer un facteur d'attractivité des capitaux étrangers. L'investissement ne peut se réaliser que si le législateur met à la disposition des hommes d'affaires des outils juridiques nécessaires et adaptés à la réalité économique. De ce point de vue la prévention, au regard de l'évolution du droit des entreprises en difficultés, se présente comme la nouvelle orientation suivie par la plupart des législations¹⁰³. Les législateurs français et Ohada ne pouvaient donc pas rester en marge de

¹⁰¹ Ph. Roussel-Galle, « Redressement et liquidation judiciaires », in Dict. perm. aff., 3 juin 2001 feuillets 160.

¹⁰² Le traité Ohada comporte désormais huit matières : L'acte uniforme sur le droit commercial général, le droit des sociétés commerciales et du GIE, les sûretés, les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution, les procédures collectives d'apurement du passif, l'arbitrage, l'acte uniforme sur la comptabilité des entreprises, l'acte uniforme relatif au contrat de transport de marchandises par route.

¹⁰³ E. Joanna, thèse préc., n°127 ; Voir aussi, M-D. Schodermeir et Maître Hazard, La place de la prévention et des procédures d'insolvabilité en Europe et aux Etats-Unis, in La prévention des défaillances des entreprises, Le juge ou le marché ? RJcom. 2003, p.66 et s.

cette réalité économique car comme le relève le professeur Perochon¹⁰⁴, aucun législateur aussi fataliste soit-il ne peut demeurer éternellement insensible au phénomène des défaillances d'entreprise.

40. Afin d'y faire face, les législateurs français et Ohada ont mis en place des systèmes de prévention de nature dualiste qui reposent d'une part sur la détection des difficultés et d'autre part sur le traitement des difficultés. Cela en fait des systèmes de gradation de difficultés. Le droit français et le droit Ohada partagent de ce fait la même conception en matière de prévention des difficultés des entreprises. Structurellement, on observe une identité de systèmes de prévention. La démarche semble donc similaire dans les deux ordres juridiques. Il en va de même de la méthode sous réserve d'un certain particularisme en droit français.

41. Une divergence apparaît également dans le choix des techniques et des agents qui doivent mettre en œuvre les techniques prévues par chaque législation. Ils sont dotés de systèmes de prévention similaires. En effet, qu'il s'agisse du droit français ou du droit des pays membres de la zone Ohada, la prévention des difficultés des entreprises obéit à la même logique. Le dirigeant dispose de deux systèmes de prévention. En fonction de sa situation, il a possibilité de choisir soit le système de prévention détection, soit le système de prévention de traitement. Cette parenté d'approche cache cependant des spécificités. Contrairement au droit Ohada, le système français présente un arsenal juridique de prévention détection plus fourni.

42. En outre, les passerelles qui sont prévues en droit français et à travers lesquelles le débiteur peut passer du système de prévention-détection au système de prévention-traitement ne figure pas également dans le dispositif de prévention Ohada. La cohérence ainsi observée en droit français au niveau de ses deux systèmes de prévention est inexistant en droit Ohada. La dernière réforme a tout de même renforcé le dispositif de prévention de l'espace Ohada, par l'institution de deux nouvelles procédures de prévention, la conciliation et le règlement préventif simplifié. Avant cette nouvelle réforme, le règlement préventif constituait l'unique procédure de prévention prévue par le droit Ohada. Première procédure collective instituée par le législateur africain, le règlement préventif est à l'instar de la procédure de sauvegarde de droit français, une procédure judiciaire d'anticipation de la cessation des paiements¹⁰⁵.

¹⁰⁴ F. Perochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^e éd. n°1, p. 21.

¹⁰⁵ Selon l'article 2-1 de l'ancien AUPCAP, 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. A rapprocher du nouvel article 6 selon lequel « Le règlement préventif est

Comme il repose sur la seule volonté du débiteur comme la procédure de sauvegarde, le règlement préventif devait conduire avec le concours de certains créanciers choisis par le débiteur, à l'adoption d'un plan concordataire ou concordat préventif. Ce plan est destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Cet objectif n'a pas disparu dans le nouvel acte uniforme qui l'a maintenu mais surtout l'a amélioré. Le domaine du règlement préventif est désormais beaucoup plus large et s'étend à de nouveaux acteurs. En outre, la nouvelle procédure de règlement simplifié est calquée sur le règlement préventif classique alors qu'elle n'existait pas avant la réforme. En conséquence à l'instar du droit français, et dans des proportions différentes, le droit Ohada comporte également une procédure amiable de prévention et deux procédures judiciaires et collectives d'anticipation de la cessation des paiements. Cela nous amène à exposer le contenu respectif de chaque système de prévention institué par le droit français et le droit Ohada.

43. Le droit français est construit autour d'un système de prévention assez diversifié. A l'échelon inférieur du système, on trouve les techniques de dépistage des difficultés ou système de prévention-détection. C'est un système qui repose fondamentalement sur l'information du débiteur en mettant à sa disposition les premiers indices de difficultés. On trouve dans ce système les procédures d'alerte instituées par la loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises. Il s'agit notamment de l'alerte du commissaire aux comptes, de l'alerte du comité d'entreprise, de l'alerte des associés (alerte interne), de l'alerte des présidents des tribunaux de commerce et de grande instance et de l'alerte des groupements de prévention agréée (alerte externe). Les critères de déclenchement de ces différentes mesures d'alerte ont été bien définis par le législateur. Malgré leur énoncé en de termes différents, le critère de déclenchement des mécanismes d'alerte est commun, c'est celui de la menace affectant la continuité de l'exploitation¹⁰⁶. Ainsi, l'alerte doit être déclenchée par le commissaire aux comptes en présence « de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation »¹⁰⁷. La même situation autorise deux fois par exercice, les associés non gérants des sociétés à responsabilité limitée (SARL)¹⁰⁸ et

ouvert au débiteur qui, sans être en état de cessation des paiements, justifie de difficultés financières ou économiques sérieuses ».

¹⁰⁶ F. Perochon, *op.cit.* n°49, p. 49 ; Pour un aperçu général sur la règle de la continuité de l'exploitation, v. B. Elisabeth, *Le principe de la continuité de l'exploitation*, mémoire DEA, Université Bordeaux 1999 ; *La valeur institutionnelle de l'avis du commissaire aux comptes sur la continuité de l'exploitation*, Thèse de doctorat, université Bordeaux 4, 1999, p. 56.

¹⁰⁷ Art. L. 234-1, L. 234-2, L. 251-15 et L. 612-3 C.com.

¹⁰⁸ Art. L. 223-36 C.com.

les actionnaires des sociétés anonymes (SA)¹⁰⁹. De la même manière, le président du tribunal de commerce ou de grande peut déclencher l'alerte lorsque l'entreprise « connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation »¹¹⁰. C'est également le cas du comité d'entreprise qui peut se fonder sur le même critère pour déclencher l'alerte, car comme le souligne des auteurs¹¹¹ le critère économique posé par l'article L. 2323-73 du code de travail¹¹² « n'est rien d'autre que la traduction sociale du concept comptable de continuité d'exploitation ».

44. A l'échelon supérieur, sont logées les procédures amiables de prévention et les procédures judiciaires de prévention ou d'anticipation de la cessation des paiements. Pour les premières, il s'agit pour le débiteur dans un cadre confidentiel, de négocier en présence d'un expert désigné par la juridiction compétente, un accord amiable dont l'application est censée mettre fin aux difficultés de l'entreprise. On trouve dans cette catégorie la technique du mandat ad hoc et la procédure de conciliation instituée par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 en remplacement du règlement amiable qui est dorénavant applicable aux professions agricoles¹¹³. La conciliation apparaît comme l'une des pièces maîtresses de ces deux mécanismes confidentiels de restructuration. Cela tient en partie à ses conditions d'ouverture exceptionnelles. En effet, depuis la réforme du 26 juillet 2005, il est possible pour un débiteur même en état de cessation des paiements de solliciter l'aide du tribunal en vue de négocier dans un cadre amiable un plan permettant le règlement des difficultés. Pour les secondes, il est plutôt question de permettre au débiteur qui n'est pas encore en état de cessation des paiements d'anticiper sa survenance en sollicitant le plus tôt possible la protection de tribunal. C'est toute la philosophie de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 qui a institué une procédure de sauvegarde dont la particularité est d'être une procédure judiciaire et collective d'anticipation de la cessation des paiements. Le législateur français à travers cette procédure a introduit pour la première fois en droit français une procédure collective qui fait double emploi : une fonction préventive¹¹⁴ et une fonction curative¹¹⁵.

¹⁰⁹ Art. L. 225-232 C.com. Ce texte exige qu'ils représentent au moins 5% du capital social.

¹¹⁰ Art. L. 611-2 C. com.

¹¹¹ M. Jeantin et P. Le Cannu, Droit des entreprises en difficultés, Dalloz, 7^e éd., 2006, n°460.

¹¹² Ce texte autorise le comité d'entreprise à demander des explications à la direction de l'entreprise lorsqu'il a « connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise ».

¹¹³ V. Art. L. 351- 1 Code rural et de la pêche maritime qui pose les conditions d'ouverture et la finalité du règlement amiable agricole. Selon ce texte, la procédure de règlement amiable agricole est « 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 ».

¹¹⁴ C'est-à-dire éviter la cessation des paiements

¹¹⁵ Celle-ci consiste à traiter la cessation des paiements dans le cadre du redressement judiciaire

45. A l'instar du droit français, le droit Ohada a reconduit la même typologie des systèmes de prévention. On y dénote de ce fait un système de prévention qui gravite autour de la prévention-détection et de la prévention-traitement. Mais le système de prévention Ohada est beaucoup moins fourni comparativement au droit français. En effet, alors que le système de prévention détection de droit français comporte six agents de détection, le droit Ohada réduit son système à deux agents de détection qui sont le commissaire aux comptes et les associés. On remarque aussi que le droit d'alerte du président du tribunal de commerce et l'alerte du comité d'entreprise ou des délégués du personnel n'ont pas été retenues par le législateur Ohada, alors que ce sont des organes importants de l'entreprise, et dont le rôle en matière de détection des difficultés n'est pas négligeable au regard du droit français. La dernière réforme aurait été l'occasion d'améliorer le dispositif. Il s'agit certainement d'un choix législatif qui peut s'expliquer par la jeunesse de ce droit¹¹⁶. Mais quelle que soit la raison, cette solution prive le dirigeant de sources considérables d'information sur la situation de son entreprise.

46. Relativement au système de prévention traitement de droit Ohada, l'influence du droit français est encore considérable. En s'inspirant du modèle français, la dernière réforme de l'AUPCAP a introduit dans le dispositif de prévention de droit Ohada un mécanisme amiable de prévention de la cessation des paiements nommé comme en droit français, « procédure de conciliation »¹¹⁷. Cela en fait pour le moment la seule et unique procédure confidentielle de prévention en droit Ohada. Dans le fond, comme en droit français, l'opération reste la même : un accord négocié en présence d'un conciliateur avec les principaux créanciers du débiteur doit permettre de mettre fin aux difficultés de l'entreprise. L'institution de cette nouvelle procédure constitue une innovation véritable dans l'espace juridique africain puisqu'elle donne un moyen de prévention supplémentaire au dirigeant, ce qui accroît les chances de sauvetage des entreprises en difficulté.

47. Avec l'institution de la procédure de conciliation, le système de prévention-traitement de droit Ohada, essentiellement de nature judiciaire, retrouve depuis la réforme de l'acte uniforme la configuration du modèle français. Plus précisément, le dispositif se compose désormais de la procédure de conciliation, du règlement préventif de droit commun et de la

¹¹⁶ M. Koné, Le nouveau droit commercial des pays de la zone Ohada : comparaison avec le droit français, L.G.D.J 2003, n° 4, p. 4.

¹¹⁷ Art. 5- 1 et 5- 5 du nouvel AUPCAP. D'après le premier texte, la conciliation a pour objectif de trouver un accord amiable avec les principaux créanciers et cocontractants du débiteur, en vue de mettre à ses difficultés ». Quant au second texte, il précise davantage la mission du conciliateur. Aux termes de ce texte, « le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion, entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise ».

nouvelle procédure règlement préventif simplifiée introduite au profit des petites entreprises¹¹⁸. On en déduit que les autres entreprises et précisément les grandes entreprises relèvent du domaine du règlement préventif de droit commun. Le règlement préventif est une procédure judiciaire et collective qui, à l'instar de la procédure de sauvegarde de droit français, est destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise ou la cessation d'activité au moyen d'un concordat préventif¹¹⁹.

48. Schématiquement, depuis la nouvelle réforme de l'AUPCAP, le droit Ohada a introduit dans son dispositif de prévention deux nouvelles procédures de prévention traitement, ce qui porte désormais à trois le nombre de procédures de traitement à vocation préventive. Elles se présentent de la façon suivante : une procédure de traitement amiable des difficultés qui est la conciliation et deux procédures judiciaires de prévention, le règlement préventif classique et le règlement préventif dérivé ou simplifié. En comparaison du droit français, le système de prévention de droit Ohada trouve un certain équilibre et une relative articulation. Plusieurs options s'offrent ainsi au débiteur en difficulté, ce qui n'était pas le cas avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

49. Une précision s'impose cependant quant aux différentes innovations en droit français et en droit Ohada. Elle concerne les conditions d'ouverture de la conciliation et le rôle de la cessation des paiements dans les procédures de prévention car l'approche en la matière étant différente en droit français et en droit Ohada. La procédure de conciliation de droit Ohada et de droit français se distinguent au niveau des conditions d'ouverture. En effet, l'ouverture de la procédure de conciliation en droit Ohada intervient en amont de la cessation des paiements tel qu'il résulte de l'article 5-1 du nouvel AUPCAP¹²⁰. En droit français, elle peut intervenir après la cessation de paiement du débiteur à condition que cet état ne date pas de plus de quarante cinq jours¹²¹. De ce point de vue, les deux législations divergent quant à la fonction de la cessation des paiements. Pour le législateur africain, la cessation des paiements demeure

¹¹⁸ Aux termes de l'article 1-3 du nouvel AUPCAP, l'expression « petites entreprises » désigne toute entreprise individuelle, société ou autre personne morale de droit privé dont le nombre de travailleurs est inférieur ou égal à vingt (20), et dont le chiffre d'affaires n'excède pas cinquante millions (50.000.000) de francs CFA, hors taxes, au cours des douze (12) mois précédent la saisine de la juridiction compétente conformément au présent Acte uniforme ».

¹¹⁹ Art. 2 nouvel AUPCAP.

¹²⁰ D'après ce texte, la procédure de conciliation est ouverte aux débiteurs visées à l'article 1-1 du même acte uniforme « qui connaissent des difficultés avérées ou prévisibles mais qui ne sont pas en état de cessation des paiements... »

¹²¹ Art. L. 611- 4 C. com.

la ligne de partage entre les procédures préventives et les procédures collectives. Cette approche est révolue en droit français.

50. Le droit français tel qu'il résulte de la loi du 26 juillet 2005, ne fait plus de la cessation des paiements un critère de démarcation entre ce qui relève du préventif (avant cessation des paiements) et ce qui ressort des procédures collectives (après cessation des paiements). Il n'existe donc plus en droit français de critère de distinction entre les techniques amiables de prévention et les procédures judiciaires et collectives. Cette solution nouvelle apportée par le législateur français à propos du rôle de la cessation des paiements risque de créer malheureusement une confusion entre les procédés préventifs (notamment la conciliation) et les procédures collectives. Ces dernières sont censées s'ouvrir normalement après la survenance de la cessation des paiements. En cela, il se pose la question du critère d'appréciation d'une technique de prévention, en l'absence de tout critère de référence. Il est donc permis de considérer qu'à la lumière de cette nouvelle solution, il soit admis qu'une procédure judiciaire ou collective puisse servir de technique de prévention. De ce point de vue, la procédure de sauvegarde doit être considérée comme une procédure préventive dans la mesure où son objectif fondamental est d'empêcher la survenance de l'état de cessation des paiements du débiteur. L'assimilation de la procédure de sauvegarde à une procédure de prévention serait alors justifiée dans la mesure où cette procédure est destinée à permettre au débiteur d'anticiper sur l'apparition éventuelle d'un état de cessation des paiements. Autrement dit, la procédure de sauvegarde, même si elle est présentée, dans le code de commerce comme une véritable et parfaite procédure collective, elle apparaît en revanche dans son approche comme une procédure préventive. On trouve en effet dans la procédure de sauvegarde une alliance originale entre la fonction préventive et la fonction curative. Son caractère préventif d'après un auteur¹²² résulterait du moment de sa mise en œuvre, à savoir avant la cessation des paiements du débiteur¹²³. La prévention doit donc s'apprécier au regard de la fonction de la procédure et non en fonction de sa nature.

¹²² P.-M. Le Corre, Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises, Recueil Dalloz, cahier droit des affaires, cahier spécial supplément au n° 33, 22 septembre 2005.

¹²³ Cette approche doit être cependant écartée au regard de la procédure de conciliation dont les conditions d'ouverture autorisent désormais le chef d'entreprise en difficulté de saisir le tribunal alors même qu'il se trouve en état de cessation des paiements depuis moins de quarante cinq jours. En outre, depuis la réforme du 12 mars 2014 relative à la prévention des difficultés des entreprises et aux procédures collectives, cette solution apparaît encore plus injustifiée au regard de la procédure de sauvegarde accélérée qui selon les termes de l'article L.628 alinéa 3 « la circonstance que le débiteur soit en cessation des paiements ne fait pas obstacle à l'ouverture de la procédure de sauvegarde accélérée si cette situation ne précède pas depuis de quarante cinq jours la date de la demande d'ouverture de la procédure de conciliation ».

51. En raison de sa fonction préventive exceptionnelle, un auteur¹²⁴ a pu la qualifier tantôt de redressement judiciaire anticipé, tantôt de procédure collective à visée préventive, ce qui marque ainsi une rupture avec la conception traditionnelle antérieure des procédures préventives. Ces dernières, en effet, se caractérisaient par leur nature essentiellement contractuelle, nonobstant leur faible coloration judiciaire. Cette nouvelle approche du législateur français doit être approuvée car les techniques de prévention existantes avant l'entrée en vigueur de la législation actuelle, notamment le règlement amiable, ont montré leurs limites. En d'autres termes, l'approche contractuelle de la prévention n'était pas suffisamment renforcée pour conduire à des résultats satisfaisants. Ainsi, la judiciarisation de la prévention à travers la procédure de sauvegarde, contrairement à la solution antérieure en matière de prévention, constitue une nouvelle perspective dans la résolution des difficultés des entreprises.

52. La solution ainsi adoptée par le droit français n'est pas différente de celle prévue en droit Ohada. La procédure de règlement préventif est une procédure judiciaire et collective¹²⁵, à laquelle le législateur a assigné une fonction préventive. Il faut toutefois convenir que l'utilisation de procédures judiciaires comme technique de prévention de la cessation des paiements, n'est pas spécifique au droit français encore moins au droit Ohada. La loi américaine sur la faillite¹²⁶ dont s'inspire le droit français constitue un exemple de procédure judiciaire d'anticipation dont l'attractivité est remarquable en dépit des critiques observées¹²⁷. C'est cette logique qu'ont suivie le droit français et le droit Ohada à travers les procédures de sauvegarde et la procédure de règlement préventif.

53. C'est dire que les deux législateurs ont fait preuve de pragmatisme en ne s'encombrant pas de mesures inadaptées aux exigences des chefs d'entreprise. Ainsi, ils n'ont pas fait de la nature des procédés utilisés une préoccupation majeure. Peu importe qu'ils soient contractuels ou judiciaires, l'essentiel est de parvenir grâce à ces techniques de prévention à lutter efficacement contre les défaillances d'entreprises. Traiter les difficultés des entreprises en amont de la cessation de paiement afin d'éviter la liquidation, tel semble être l'objectif

¹²⁴ D. Voinot, « La nouvelle procédure de sauvegarde », *Gaz. Pal.* 7-8 sept. 2005, p. 24.

¹²⁵ Malgré la nature contractuelle attribuée au concordat préventif, la procédure de règlement préventif reste et demeure une véritable procédure collective. D'ailleurs le législateur le dit lui-même à l'article 2 alinéa 2 du nouvel AUPCAP en termes : « Le règlement préventif est une procédure collective destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif ».

¹²⁶ Sur cette loi du chapitre eleven, v. M. Tanger, *La faillite en droit fédéral des Etats-Unis*, éd., Economica, 2002

¹²⁷ E. Joanna, *Thèse préc.*, p. 10 et M. Tanger, *La faillite en Droit Fédéral des Etats-Unis*, éd., Economica, 2002, p. 123.

commun poursuivi par ces deux législateurs. En effet, plus la prévention se situera en amont, plus elle aura des chances de se révéler efficace. Le dépôt de bilan arrive généralement beaucoup trop tard, à un moment où la situation de l'entreprise est tellement dégradée que la poursuite de l'activité s'avère incertaine voire compromise¹²⁸.

54. Dans ce contexte, la prévention ne ressort plus exclusivement du principe de la liberté contractuelle, le juge au nom de l'ordre public économique¹²⁹, mais surtout afin de vérifier le contenu des conventions occultes que le débiteur et ses créanciers pourraient conclure, s'est désormais arrogé le droit d'intervenir en matière de prévention. Car en effet, l'entreprise est devenue un bien public, par sa finalité économique et sociale, et dont la défaillance intéresse l'ordre public¹³⁰. Ce qui est au cœur de la prévention, c'est donc l'ordre public économique dont il faut absolument assurer la protection.

55. Dès lors l'intérêt de recourir à la prévention des difficultés des entreprises postule d'une évidence première. D'abord, d'un point de vue formel, elle n'est pas sans conséquence sur l'évolution des procédures collectives dont elle est parvenue aujourd'hui à perturber la terminologie pour se doter d'une nouvelle expression, le droit de la prévention des difficultés des entreprises. Ainsi d'un droit imposé (droit des procédures collectives), on est passé à un droit négocié (droit de la prévention des difficultés des entreprises). Ensuite, d'un point de vue économique, la prévention des difficultés des entreprises est devenue en droit français et en droit des pays membres de la zone Ohada un nouvel enjeu politique par lequel les différents législateurs placent beaucoup d'espoir dans la lutte contre les disparitions d'entreprise. Elle est perçue comme un impératif à une époque où la protection des entreprises fait partie des enjeux majeurs du droit des entreprises en difficulté. Avec les exigences de compétitivité qu'impose désormais la mondialisation, une conception à dominance économique s'est répandue dans les Etats et se donne pour objectif le maintien permanent des entreprises viables compte tenu de certains facteurs qui pourraient causer leurs défaillances.

¹²⁸ G. Guéry, *Prévention et Traitement des difficultés des entreprises*, Dunod, Paris, 1995, P.5.

¹²⁹ T. Pez, « L'ordre public économique », *Nouveau cahier du conseil constitutionnel*, 01 octobre 2015 n° 49, p. 43. L'ordre public est une notion juridique incertaine mais indispensable qui se trouve au cœur de la régulation. Ainsi assurer l'ordre public économique c'est assurer le bon fonctionnement du marché. La sauvegarde de l'ordre public implique donc nécessairement la régulation économique. Il existe donc un lien tangible entre l'ordre public économique et régulation économique. C'est donc au nom de cet ordre public économique que le juge de la prévention est amené à encadrer le dispositif de prévention en prenant des normes qui prévalent sur la volonté des parties.

¹³⁰ C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e édition, LGDJ, 2014, p.57, n° 95 ; G. Pignarre, « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *RDC*, 01 janv. 2013 n° 3, p. 251.

56. En outre, contrairement aux procédures collectives, la prévention serait plus bénéfique pour les entreprises. Non seulement elle est moins coûteuse et moins longue en termes de procédure, mais aussi d'un point de vue pratique, les entreprises auront plus de chances d'éviter une défaillance par l'anticipation de leurs difficultés. Pour la doctrine, c'est par le renforcement de la prévention qu'il y a aura moins de liquidations¹³¹. Mais pourquoi une telle importance accordée à la prévention des difficultés des entreprises ? Pourquoi subitement, après plusieurs décennies de législations consacrées aux procédures collectives, le droit français et le droit Ohada ont décidé de changer de cap, et ainsi d'accorder à la prévention des difficultés des entreprises, un aussi grand intérêt, au point d'en faire la solution de principe, et de considérer les solutions préconisées par les procédures collectives comme des solutions secondaires ou d'exception en matière de lutte contre les défaillances d'entreprise ? Concrètement, on peut se demander si les mécanismes juridiques ainsi prévus en droit français et en droit Ohada permettent de lutter efficacement contre les défaillances d'entreprise. La réponse à cette question est délicate. Les statistiques sont effrayantes et les causes des difficultés des entreprises demeurent identiques dans les deux systèmes juridiques¹³², à l'exception de quelques spécificités en droit Ohada¹³³

57. En droit français depuis la loi de sauvegarde des entreprises, le bilan des défaillances d'entreprise est toujours inquiétant¹³⁴. Les chiffres montrent que l'utilisation des nouvelles procédures de prévention instituées n'a pas encore produit l'effet espéré. La procédure de sauvegarde n'est pas encore enracinée auprès des chefs d'entreprises et les statistiques de son utilisation montrent une certaine méfiance ou hésitation de la part des dirigeants¹³⁵. Même si

¹³¹ B. Petiet et A. Reins, La prévention, plus d'information pour une meilleure détection, Entreprises en difficulté : Nouvelle essai, Moins de liquidations par plus de prévention, Mythe ou Réalité ? Acte du colloque de Deauville les 3 et 4 avril 2004, in RJcom. 2004, p.49.

¹³² Les causes économiques sont récurrentes, on se souvient que la banque Lehman Brothers n'a pas su échapper à la crise des subprimes en dépit du bénéfice du chapitre eleven dont elle a fait l'objet. V. sur cette faillite bancaire, Note sous arrêt de la Us bankruptcy court SDNY vs Lemon, Revue banque et droit, 01 mai 2010, p.22-23. A.-D. Pansard, « Le rôle de l'huissier de justice en matière de prévention des difficultés des entreprises, in la prévention des difficultés des entreprises », in G. Blanc (sous de la direction de) PUAM 2006, op. cit., p.33 et s. Les autres causes se résument dans l'ensemble à celles qui sont relatives au chef d'entreprise et à la situation économique à savoir pour les premières, l'incompétence des dirigeants, la mauvaise gestion, le train de vie disproportionné, les accidents de la vie, et pour les secondes, la déficience de trésorerie, les délais de paiement excessifs, les impayés, les incidences des charges et le manque d'information.

¹³³ Dans l'espace Ohada, en plus des causes citées pour le droit français, elles sont essentiellement le fait de l'instabilité politique, les calamités naturelles, l'inadaptation de la forme sociétaire choisie.

¹³⁴ Le dernier communiqué de la banque de France indique que le nombre de défaillances s'est élevé à 63 780 soit une hausse de 0.60% par rapport à l'année 2014. V. Défaillances d'entreprises, les chiffres de la banque de France, BJE, 01 juillet 2015 n° 4, p. 208. V. également, rapport AGS 2012 : hausse préoccupante des défaillances, BJE, 01 septembre 2013 n°5, p. 304.

¹³⁵ Pour l'année 2012, seulement 731 sauvegardes ont été ouverte en six mois, v. site AGS, chiffre au 2 juillet 2012. Pour la même année, le ministère de la justice indique un nombre de 1313 de procédures de sauvegarde ouvertes entre 2006 et 2012. Pour plus de détails sur le nombre annuel des procédures collectives de 2006-2012,

leur nombre a augmenté de manière timide, un rapport plus récent montre que les procédures de sauvegarde demeurent encore marginales et qu'elles ne présentent que 3% des procédures collectives¹³⁶.

58. En droit Ohada¹³⁷, la situation n'est pas meilleure. Le nombre de procédures de redressement judiciaire et de liquidations des biens est considérable. Cela est révélateur de l'évidence du manque de percée véritable du règlement préventif. On se demande si la nouvelle procédure de conciliation pourra connaître des résultats satisfaisants et avoir un impact positif sur la situation des entreprises en difficulté de cet espace juridique. La pratique nous le dira.

59. Les systèmes de prévention ainsi institués en droit français et en droit Ohada tendent à un seul objectif : éviter la cessation des paiements du débiteur. Dans cette optique, des mesures incitatives ont été prévues afin d'attirer les dirigeants à recourir à la prévention comme mode de gestion. La plupart de ces mesures incitatives sont communes au droit français et au droit Ohada. Ces attraits sont toutefois plus importants en droit français qu'en droit Ohada.

60. Le premier attrait commun aux deux législations est la souplesse des conditions d'ouverture des différentes procédures. En effet, qu'il s'agisse des procédures de conciliation de droit français et de droit Ohada ou encore des différentes procédures de sauvegarde et des procédures de règlement préventif Ohada, le débiteur reste l'auteur exclusif de la demande d'ouverture.

61. Le deuxième attrait, conséquence du caractère volontaire des différentes procédures et certainement le plus important, est d'avoir responsabilisé davantage le débiteur¹³⁸ en suscitant chez lui la culture de l'anticipation. Concrètement, cela se traduit par le maintien du débiteur à la tête de son entreprise, malgré l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de

v. le rapport d'étude du ministère de la justice établi par V. Carrasco. Source : www.justice.gouv.fr/art-prix/stat_2014. Pour un point de vue plus optimiste, v. Statistiques UNEDIC-AGS du 2^e semestre 2012, BJE, 01 septembre 2012 n°5, p. 346. Ce rapport indique une hausse importante de 1396 procédures de sauvegarde dont 345 ouverte sur le 2^e trimestre 2012.

¹³⁶ Défaillances et sauvegardes des entreprises : les statistiques Altares, BJE, 01 novembre 2013 n° 6, p. 348.

¹³⁷ J. Issa Sayegh, Répertoire quinquennal de jurisprudence Ohada 2005-2010, UNIDA 2010 ; v. également pour une vue plus récente de l'actualité jurisprudentielle dans cet espace juridique, www.ohada.com/jurisprudence.

¹³⁸ P. - M. Le Corre, « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », art. préc., p.2307 ; J. F. Martin, « Première impression de la pratique sur la loi nouvelle », in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, D. 1995, P.41.

règlement préventif. Cette dernière procédure comporte un intérêt particulier pour le débiteur de droit Ohada. En effet, aux termes de l'article 9 issu du nouvel acte uniforme, « la décision d'ouverture du règlement préventif suspend ou interdit les poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement des créances nées antérieurement à ladite décision pour une durée maximale de trois mois, qui peut être prorogé d'un mois ». Il en résulte que la règle de suspension des poursuites constitue l'un des objectifs principal et immédiat poursuivi par le débiteur¹³⁹. Fondamentalement, lorsqu'elle est accordée, cette mesure lui permet d'obtenir un répit de quatre mois maximum pendant lesquels il pourra procéder à une restructuration de l'entreprise.

62. Le troisième attrait aussi remarquable dans les procédures de conciliation de droit français et de droit Ohada, est l'instauration d'un privilège de conciliation ou de l'argent frais au profit des créanciers qui, malgré la situation difficile du débiteur, accepte de l'accompagner financièrement. Cette mesure incitative est d'apparition très récente en droit Ohada puisqu'elle n'existait pas dans l'ancien acte uniforme portant procédure collective d'apurement du passif. Si son importation du droit français traduit une fois de plus son emprise sur le droit Ohada, dorénavant elle constitue un nouvel argument de négociation au profit du débiteur pour tenter de convaincre ses principaux créanciers de lui apporter leur soutien financier. En droit français, la doctrine a qualifié la loi de sauvegarde de révolutionnaire¹⁴⁰ parce qu'elle opère un bouleversement en faisant fondamentalement de l'anticipation l'alternative fondamentale aux solutions antérieures de règlement des difficultés des entreprises¹⁴¹.

63. Il s'agit à travers cette étude d'analyser les systèmes de prévention des difficultés des entreprises organisés par le droit Français et le droit Ohada. Nous pourrions ainsi dans cette démarche comparatiste, et au regard des différentes législations en présence, apprécier l'efficacité respective des techniques de prévention proposées et en déceler les insuffisances afin d'apporter les solutions dans une perspective de sauvegarde des entreprises. La

¹³⁹ Art.9 nouvel AUPCAP, v. également F. M. Sawadogo, commentaire de l'Acte uniforme portant procédure collectives d'apurement du passif in OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope 2014.

¹⁴⁰: P.- M. Le Corre, « Premiers regards sur la loi de sauvegarde », D. art. préc. Cet auteur souligne clairement l'une des innovations de cette loi consistant à faire bénéficier des avantages de la sauvegarde par rapport au redressement judiciaire. v. aussi Roussel Galle, Réforme du droit des entreprises en difficulté op.cit., p. 137, qui estime que l'attractivité de la sauvegarde réside dans la possibilité offerte au chef d'entreprise de bénéficier des avantages du redressement judiciaire sans en supporter les inconvénients du redressement judiciaire

¹⁴¹ C. Saint Alary Houin, op.cit., p.205.

prévention sera analysée dans le cadre de cette recherche d'un point de vue fonctionnel et de la manière la plus extensive possible..

64. Il est admis que toute comparaison juridique¹⁴² revêt des avantages certains, mais ce travail permet une fois de plus d'apporter une contribution et d'enrichir le débat quant au positionnement des droits africains dans la classification internationale des droits¹⁴³. Ce positionnement se fera forcément sous l'influence du droit français en raison des liens juridiques étroits qui existent entre le droit africain et le droit français.

65. Cette étude offre également l'occasion de mener une réflexion sur la question de savoir si les règles de droit économiques conçues pour les pays de l'espace Ohada peuvent véritablement rivaliser avec d'autres règles de droit de pays étrangers, tout en sachant que ces dernières sont une réappropriation des solutions souvent abandonnées ou dépassées en droit français¹⁴⁴. Cette étude se propose enfin l'occasion d'apprécier la pertinence du droit français qui n'a cessé de se réformer ces dernières années, pour tenter de gagner en efficacité.

66. Dans l'ensemble, le droit français présente un système de prévention plus fourni et étoffé que celui proposé par le droit Ohada. En plus des règles juridiques citées ci-dessus, le droit français avec la procédure de sauvegarde comporte au final huit mécanismes juridiques de prévention de la cessation des paiements. En cela, il offre contrairement au droit OHADA, plusieurs alternatives au débiteur en difficultés. De ce point de vue, on peut se demander si l'efficacité d'un système de prévention doit nécessairement s'apprécier au regard du nombre des règles de prévention qui le compose ou simplement en considération des perspectives de redressement qu'il offre à l'entreprise. En d'autres termes, le système français actuel de prévention juridique des difficultés parce qu'il comporte un nombre important de mécanismes de prévention est-il forcément un système efficace par rapport au système de prévention de droit Ohada qui, au contraire, ne présente qu'un nombre réduit de techniques de prévention ? Ou inversement, le système proposé par le législateur africain offre-t-il plus de chances de sauvetage des entreprises que le système français ?

¹⁴² L.J. Constantinesco, *Traité de droit comparé*, t .II, *Méthode comparative*, LGDJ, 1974, n°286ets. ; E. Agostini, *Droit comparé*, éd. Puf,1988,n°11.

¹⁴³ M. Koné, ouvrage op.cit. p.14.

¹⁴⁴ La suspension des poursuites telle que prévue par le règlement préventif, est une technique issue de l'ordonnance de 1967, elle fut abandonnée en droit français mais repris par le législateur avec quelque aménagements. Mais dans le fond, l'idée demeure la même, il est donc possible que les lacunes pour lesquelles elle a été abandonnée en droit français soient encore présentes, on se demande en ce contexte si il ne s'agit pas finalement de comparer le nouveau droit français des entreprises en difficultés avec l'ancien droit, sauf à considérer l'autonomie législative désormais amorcée dans ces pays.

67. Mais au-delà de la comparaison des deux systèmes de prévention, une question plus profonde se pose. Le nombre croissant des procédures de redressement ou de liquidation judiciaires d'entreprises dû essentiellement à la survenance de la cessation des paiements, ne traduit-t-il pas finalement, et indépendamment du nombre respectif de mécanismes de prévention, l'inefficacité des deux systèmes de prévention en présence¹⁴⁵ ? Dans l'affirmative, quelles seraient alors les causes de cette inefficacité et comment y remédier pour assurer la sauvegarde d'un plus grand nombre d'entreprises ? Cela conduit à s'interroger sur l'efficacité des mesures de prévention des difficultés dans les deux systèmes juridiques.

68. L'efficacité traduit la capacité de produire le maximum de résultats avec le minimum d'effort, de dépense, l'efficacité renvoie aussi à la notion de rendement c'est-à-dire le produit effectif d'un travail. D'une manière générale, on confond efficacité et efficience car les deux notions impliquent l'idée de rendement. Mais elles sont distinctes car contrairement à l'efficacité l'efficience ne produit toujours pas l'effet positif attendu. En revanche, est efficace ce qui produit l'effet que l'on attend¹⁴⁶. Selon un auteur¹⁴⁷, l'efficacité est une notion polysémique à laquelle on attribue généralement trois sens la production d'un effet, l'accomplissement d'un but déterminé, et la productivité. L'efficacité est donc la qualité d'une chose ou d'une action qui produit l'effet attendu ou espéré. Cette approche de la notion d'efficacité permet d'en distinguer les éléments constitutifs qui sont une attente, un effet réalisé et une relation d'adéquation entre les deux. L'attente peut être objective ou subjective. L'effet réalisé quant à lui s'entend à partir de l'effectivité des moyens ou des actions mis en œuvre. Le résultat escompté est réalisé et il est actuel. L'effet n'est donc plus seulement recherché, il est accompli. De ce point de vue, l'effectivité précède inéluctablement l'efficacité¹⁴⁸.

Enfin, selon le troisième élément constitutif, il doit exister une corrélation entre l'effet recherché et l'effet réalisé. L'efficacité repose dans ce cas sur une comparaison entre l'effet attendu d'un objet ou d'une action et le résultat réellement produit. Elle se reconnaît à l'adéquation parfaite entre deux éléments. Une chose ou une action ne peut donc être déclarée efficace qu'après avoir produit des effets et seulement si ces effets sont conformes aux attentes qu'elles ont suscitées. La prévention ne sera donc efficace que si les mécanismes de prévention prévus dans chaque ordre juridique respectif permettent d'atteindre l'objectif

¹⁴⁵ C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficultés*, LGDJ, 2014, p.3.

¹⁴⁶ Grand Robert éd. 2014.

¹⁴⁷ M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, L.G.D.J 2006, p.8.

¹⁴⁸ Ch. Minkcke, *Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité*, R.I.E.J., 1998.40

voulu par les législateurs, c'est à dire le sauvetage des entreprises lequel passe essentiellement par l'éviction de la cessation des paiements du débiteur.

69. Cela dit, même si les techniques de prévention proposées présentent de réels atouts, elles ne peuvent pas garantir à elles seules l'efficacité des différents systèmes de prévention en raison des nombreuses lacunes constatées. Ainsi, à l'instar de certaines lacunes qui sont spécifiques à chaque système de prévention, le droit français et le droit Ohada partagent des faiblesses similaires qu'il convient d'identifier. Au vu des enjeux économiques, le constat décevant ne peut suffire. Il faut proposer des solutions pour inverser la courbe de défaillance des entreprises.

70. Ainsi de la confrontation des systèmes de prévention de droit français et de droit Ohada, il apparaît que malgré les nombreuses mesures incitatives qu'ils comportent, le droit français et le droit Ohada présentent des systèmes de prévention fortement lacunaires, ce qui en fait des systèmes peu satisfaisants et inefficaces (**I**). Par conséquent, une nécessaire réforme de ces deux systèmes de prévention est indispensable pour lutter efficacement contre la cessation des paiements des entreprises (**II**).

PREMIERE PARTIE: DES SYSTEMES DE PREVENTION PEU SATISFAISANTS

71. Les législateurs français et de l'OHADA sont convaincus qu'en matière de prévention de la cessation des paiements, plus la réaction du débiteur est tardive, plus les difficultés s'amoncellent, s'intensifient et deviennent au fil du temps difficiles à juguler voire à absorber. Les chances de sauvetage de l'entreprise paraissent alors minces voire compromises et en général, dans ce cas, le spectre d'un état de cessation des paiements futur est inévitable¹⁴⁹. C'est pourquoi ils estiment que la rapidité du déclenchement et le choix des mécanismes juridiques de prévention contenus dans les différents systèmes de prévention possibles revêtent alors une extrême importance, car l'efficacité du système de prévention en dépendra largement.

72. On note toutefois qu'il existe une relative articulation entre le système de prévention-détection et le système de prévention-traitement. En principe, chaque système conserve son autonomie et dispose de ses propres règles de mise en œuvre¹⁵⁰. Plus concrètement, l'un ne devrait pas influencer, ni empêcher l'autre. En revanche, contrairement au droit Ohada, l'articulation existe et est beaucoup plus importante en droit français. Les dernières reformes intervenues en droit français¹⁵¹ ont institué une certaine cohérence entre d'une part les techniques de dépistage et d'autre part les techniques de traitement que sont le mandat ad hoc, la conciliation et la sauvegarde. Ainsi, plusieurs alternatives sont offertes au débiteur dans le choix des techniques de prévention. Parce qu'il est destiné à révéler le plus tôt possible les premiers signes de difficultés, le système de prévention détection permet au débiteur selon sa

¹⁴⁹Pour la définition de cette notion, voir Art. L. 631-1 C.com et Art. 25 AUPCAP ; V. Martineau -Bourgninaud, Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises, D. 2005, p. 1356; Voir aussi C. Lebel, « Etre ou ne pas être en cessation des paiements », Gaz.pal. 2005, n° 21, p.14; D. Faury, « La notion de cessation des paiements et la loi de sauvegarde des entreprises », Gaz. Pal. 2007, n° 23, p. 8 ; V. Martineau-Bourgninaud, « La cessation des paiements, notion fonctionnelle », RTD.com. 2002. 245 ; V. Martineau-Bourgninaud, « L'éclipse de la cessation des paiements par le règlement amiable », D. 2003, p. 615 ; G. Téoul, « L'entreprise éligible : La cessation des paiements, point de convergence des intérêts contraires », Gaz. Pal. 2008, n° 178, p. 19 ; Pour une illustration de la réserve de crédit, A. Lienhard, « A propos de la notion de cessation des paiements », D. 2004. 1022.

¹⁵⁰ Mais l'articulation existe à l'intérieur de chaque système de prévention notamment entre les différentes techniques de prévention soit pour pallier les insuffisances dans leur mise en œuvre c'est le cas du système de prévention détection, soit pour donner la possibilité au débiteur de poursuivre son effort de prévention en passant d'une technique de prévention à une autre, c'est le cas de la prévention traitement: possibilité de passage du mandat ad hoc à la conciliation, de la conciliation à la sauvegarde. Sur l'agencement entre les différentes techniques de prévention notamment entre les passerelles créées au niveau de la sauvegarde, voir infra, n°533.

¹⁵¹ Voir notamment, l'ordonnance du 12 mars 2014 sur la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, pour une présentation d'ensemble de la réforme voir, F. X. Lucas, « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés et des procédures collectives, BJE, 01 mars 2014, n° 2, page(s) 111-119.

situation de choisir éventuellement dans le cadre du système de prévention traitement la technique juridique de son choix pour traiter efficacement les difficultés rencontrées par l'entreprise.

73. Ainsi, après le déclenchement d'une alerte, rien n'empêcherait le débiteur de recourir à la technique du mandat ad hoc ou de la conciliation pour régler les risques de cessation de paiement auxquels il est exposé. En revanche, rien n'interdit également au débiteur en l'absence de tout déclenchement d'une alerte de recourir directement au système de prévention traitement s'il en éprouve le besoin, dès lors que les difficultés du moment l'exigent.

74. Malgré toutes ces possibilités offertes au débiteur, les systèmes de prévention en présence n'offrent pas de résultats satisfaisants. Le premier système de prévention, dit système de prévention détection¹⁵², qui repose essentiellement exclusivement sur l'information¹⁵³ du débiteur dès les premiers signes de difficultés, présente de nombreuses lacunes (Titre I) qui exigent nécessairement de possibles réajustements législatifs ultérieurs. Quant au second système de prévention, c'est à dire le système de prévention traitement, il consiste dans un cadre amiable ou judiciaire à traiter à titre préventif la cessation des paiements afin d'éviter la défaillance de l'entreprise¹⁵⁴. A la différence du premier système, le système de prévention- traitement est relativement attrayant (Titre II) ce qui n'en fait pas pour autant un système parfait. Bien au contraire, on dénombre dans ce système des lacunes qui compromettent son efficacité.

¹⁵²: Prévention, Point de vue de Monsieur B. Soutumier président de la chambre honoraire du tribunal de commerce de paris, ancien délégué général à la prévention des difficultés des entreprises in Lamy droit commercial 2010, Entreprises en difficultés, pp.1234 et s.; V. aussi I. Rohart-Messenger, « La prévention détection par les présidents des tribunaux de commerce », Gaz.Pal janv.2010. Etude, n°1 spec.n°8-9.

¹⁵³ Prévention , Point de vue de Monsieur B. Soutumier président de chambre honoraire du tribunal de commerce de Paris, in Lamy droit commercial 2010, op.cit, pp.1234 et s.; v: aussi, B. Petiet, « La prévention, plus d'information pour une meilleure détection, in Entreprise en difficulté: nouvelle essai, moins de liquidation pour plus de prévention, Mythe ou Réalité ?» 2004 Colloque Droit et commerce, Deauville 3 et 4 avril 2004, Hors série, 48è année, p.49.

¹⁵⁴ J. Badillet, « Pratiques parisiennes en matière de traitement préventif des difficultés des entreprises », Gaz. Pal. 2011, n°132, p.7; V. aussi, A.-M. Romani, « Les techniques de prévention des risques de défaillance des entreprises », in Mél. en l'honneur d'Adrienne Honorat, Frison Roche 2000, p. 123.

TITRE I : DES SYSTEMES DE PREVENTION-DETECTION FORTEMENT LACUNAIRES

75. Les systèmes de prévention-détection se caractérisent par l'information qu'ils fournissent au débiteur en difficulté. Fondamentalement, la prévention-détection se réalise par l'information économique des dirigeants et des tiers sur la situation de l'entreprise et par l'existence de procédures de réaction aux difficultés de nature à permettre la continuité de l'exploitation. Elle a connu un essor considérable en droit français avec la loi du 1er mars 1984 qui a fait de la détection des difficultés l'un des points majeurs de la politique de prévention¹⁵⁵. Cette dernière s'est traduite par le souci de donner aux dirigeants une meilleure information économique grâce à l'élaboration de nouveaux documents comptables et de leur diffusion dans l'entreprise¹⁵⁶. A cette information comptable, il faut aussi ajouter le rôle de détection dévolu aux agents de détection internes et externes à l'entreprise que sont d'une part, le commissaire aux comptes, les actionnaires ou les associés ainsi que le comité d'entreprise, et d'autre part, le président du tribunal ainsi que les groupements de prévention agréé.

76. En droit de l'OHADA, la prévention-détection résulte exclusivement des dispositions de l'Acte Uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUDSCGIE). Dans cet ordre juridique, la prévention détection est essentiellement centrée sur l'alerte du commissaire aux comptes et l'alerte des associés ne joue qu'un rôle facultatif comme en droit français. Dans l'ensemble, la doctrine a adhéré de façon unanime à cette politique de prévention en insistant davantage sur l'information ici synonyme de détection. Elle doit être précoce¹⁵⁷ et spontanée mais non judiciaire¹⁵⁸. Il s'agit donc à travers le système de prévention-détection de s'attaquer à la source des difficultés sans en attendre les manifestations¹⁵⁹. La détection est un gage pour une meilleure prévention. Elle

¹⁵⁵ C. Saint Alary Houin, Droit des entreprises en difficulté, L.G.D.J . 2014, 9^e éd., p.62; I. Rohart-Messenger, La prévention -détection par les tribunaux de commerce, Gaz. Pal. Etude, Numéro spécial janvier 2010, n° 8-9 p.5.; M. Rouger, "La prévention des difficultés des entreprises au tribunal de commerce de paris", in Le nouveau droit des défaillances des entreprises, Dalloz 1995, p.61.

¹⁵⁶ Y. Chaput, Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés, PUF, Droit fondamental, 1986, p. 35; Le Cannu, Prévention et règlement amiable, collection U, Armand Colin, 1985, p.69; A. Couret, N. Mervilliers, G.A. De Sautenac, Le traitement amiable des difficultés des entreprises, Droit Poche, Economica, 1985, p.25; « La détection précoce des difficultés des entreprises », Table ronde, Rev. proc. coll., 2010, n°1 p.49.

¹⁵⁷ F. Perochon, Entreprises en difficulté, 10^e éd., L.G.D.J, n°41, p.45.

¹⁵⁸ C. Saint-Alary.-Houin. op.cit., n° 95.

¹⁵⁹ Le rapport Sudreau indiquait clairement l'objectif voulu par le législateur. Il s'agit de permettre aux personnes habilités à le faire d'avoir « le droit de mettre en œuvre une procédure spéciale lorsqu'elles ont des éléments d'information concordants et sérieux laissant présager l'existence de difficultés qui peuvent être

doit servir de repère¹⁶⁰, elle doit être une étape préalable à la prévention de la cessation des paiements, en ce qu'elle permet de faire l'état des lieux des difficultés¹⁶¹.

77. Toutefois, il faut se demander, à propos des systèmes de prévention-détection si, les techniques prévues à cet effet, peuvent avoir une influence positive sur la prévention de la cessation des paiements. En effet la finalité majeure de leur institution se trouve là. Répondre par l'affirmative ne serait pas faire preuve d'objectivité. En effet, le constat est que les attentes placées dans ces systèmes de prévention se sont avérées décevantes. Cette contre performance du système s'explique en grande partie par de nombreuses imperfections. Plusieurs raisons expliquent cet échec dont deux principales.

78. D'abord, la difficulté majeure de ce système est qu'il ne préconise pas de solutions une fois les difficultés repérées par les agents de la détection. Se pose ensuite la difficulté d'appréciation des critères de déclenchement, et, enfin, l'absence de portée des techniques juridiques qui composent ces systèmes de prévention. L'ensemble de ces lacunes, en plus d'avoir contribué à l'affaiblissement des systèmes de prévention-détection, a provoqué leur manque d'attractivité actuel d'où l'inefficacité qui les caractérise (chapitre I). Pour pallier à ces carences observées, les dirigeants ont souvent recours aux sources complémentaires de détection (chapitre II).

lourdes de conséquences... », extrait du rapport Sudreau, in la réforme de l'entreprise, 2^ditions 10-18, 1975, p. 177 et s.

¹⁶⁰ F. Perochon, ouvrage op.cit. n°28.

¹⁶¹ J.-P. Sortais, Entreprises en difficultés, les mécanismes d'alerte et de conciliation, L. G. D. J. 2010, p. 17.

Chapitre 1 : Le caractère inefficace des systèmes de prévention-détection

79. Le droit français et le droit OHADA présentent deux systèmes de prévention - détection au contenu varié et relativement différents. Mais dans l'ensemble la mise en œuvre des différents mécanismes de détection qui les composent repose sur un critère pratiquement identique à savoir la menace affectant la continuité de l'exploitation¹⁶². Ces mécanismes de prévention-détection, consistent à repérer en amont de la cessation des paiements tout indice susceptible d'enliser le fonctionnement de l'entreprise, il appartiendra ensuite au dirigeant de prendre les mesures nécessaires, afin de résoudre le plus tôt possible les problèmes relevés.

80. En aucun cas la détection ne fournit au débiteur les moyens de résolution des difficultés de l'entreprise. C'est d'ailleurs l'une des raisons qui explique le faible ou l'absence de percée véritable des techniques de détection. Les agents de la détection que sont le commissaire aux comptes, le comité d'entreprise, le président du tribunal, les associés, les groupements de prévention agréés ne peuvent qu'informer le dirigeant, il revient à ce dernier de prendre les décisions ou non. Ils ne peuvent donc pas l'obliger à suivre ou à adhérer aux informations dévoilées.

81. Son attitude pourra toutefois lui être reprochée par le président du tribunal, en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure collective. Comme les organes de détection sont perçus par les dirigeants comme une intrusion dans leurs affaires, on peut croire que le rôle des agents de la prévention est devenu pratiquement formel voire facultatif. Il en va ainsi de l'alerte des associés en droit OHADA qui revêt un caractère facultatif et limitatif¹⁶³. Cela n'enlève en rien à l'intérêt de cette technique de détection, véritable innovation, dont le domaine est beaucoup plus large en droit de l'OHADA qu'en droit français.

82. On peut donc dire que les techniques de détection comportent en elles même les germes de leur insuffisance. Le succès de ces mécanismes juridiques dépend en effet de la volonté du débiteur. Ils ne produisent pas à proprement parler d'effet véritable sur le débiteur sauf à créer ou susciter une probable prise de conscience. Mais ce dernier n'est pas tenu de donner une suite aux informations qu'il a reçues. La problématique de leur efficacité se pose donc sérieusement tant en droit français où on note le caractère décevant du système de

¹⁶² F. Perochon, op.cit. n° 49, p.48.

¹⁶³ Sur ce point, v. nos développements, infra, n° 167.

prévention détection (section I) qu'en droit de l'OHADA dans lequel l'insuffisance et les faiblesses des techniques de détection compromettent l'existence de la prévention dans cet espace juridique (section II).

Section I: Des système de prévention - détection inadaptés

83. Contrairement au droit Ohada, le droit français est assez riche en matière de détection des difficultés des entreprises. Les techniques juridiques de détection prévues par la loi y sont nombreuses. Leur objectif est d'informer le débiteur dès les premiers signes d'apparition des difficultés. Par leur connaissance, il peut mieux apprécier la réalité de l'entreprise, même si comme le dit un auteur¹⁶⁴, la prévention par l'information du débiteur constitue une exception au secret des affaires. Il faut voir seulement cette permission du législateur comme une volonté de préserver les entreprises et sauvegarder les emplois dans un but d'intérêt général. Pourtant, malgré cette magnanimité du législateur, force est de constater que le système français actuel de détection des difficultés est déficitaire. Ce constat est aussi le même en droit Ohada qui a repris en partie le dispositif d'alerte du droit français. Par conséquent, en plus du caractère insuffisant de ses techniques de détection, il a aussi reconduit toutes les lacunes des mécanismes d'alerte déjà connues du droit français. Celles-là se résument pour l'essentiel aux difficultés d'appréciation des critères de déclenchement de l'alerte (Paragraphe I) mais également aux difficultés de leur mise en œuvre (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les difficultés d'appréciation des critères de déclenchement de l'alerte

84. Les critères de déclenchement des techniques d'alerte ne sont pas uniformes, ils sont énoncés en des termes généraux ce qui les rend difficiles d'appréciation. Puisque l'alerte doit être déclenchée seulement lorsque les conditions de déclenchement sont remplies. C'est pourquoi, une bonne maîtrise et connaissance du contenu de ces différents critères (A) est d'une extrême importance pour les titulaires des droits d'alerte, car une mauvaise appréciation pourrait leur être reprochée et être préjudiciable à l'entreprise. Toutefois dans l'ensemble la formulation générale dans l'élaboration de ces différents critères laisse présager d'une facilité de leur mise en œuvre. Bien au contraire, la simplicité voulue par les différents législateurs

¹⁶⁴ P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives 2015-2016, Dalloz, p.123, n° 121.

n'a pas produit les résultats escomptés en raison des difficultés finalement rencontrées par les agents de détection lors de la mise en œuvre des mécanismes d'alerte (B), ce qui compromet beaucoup leur efficacité

A- Présentation des différents critères

85. Le droit français et le droit Ohada ont en commun certains mécanismes d'alerte. Il s'agit de l'alerte du commissaire aux comptes et de l'alerte des associés. Les critères de détection sont identiquement les mêmes dans les deux ordres juridiques. Ces critères leur sont donc communs (1). Mais le législateur français n'a pas limité son système d'information à ces deux techniques. En effet, en plus de l'alerte du commissaire aux comptes et de l'alerte des associés, le droit français dispose d'autres techniques de détection qui en font sa spécificité par rapport au droit communautaire africain (2). La finalité de toutes ces techniques d'alerte reste cependant la même. Il s'agit de remédier à la menace affectant la continuité de l'exploitation qui peut conduire éventuellement à la cessation des paiements de l'entreprise. Cela signifie qu'une personne intéressée par l'entreprise éveille avec insistance l'attention de l'instance dirigeante sur un danger imminent aux fins de provoquer une réaction. Elle doit normalement conduire à une discussion au sein de l'entreprise. Cette réaction même précoce peut être efficace si elle permet au dirigeant de faire une bonne lecture de la situation et prendre les mesures nécessaires¹⁶⁵ selon l'heureuse formule du professeur Mestre¹⁶⁶. Cette nouvelle voie que leur offre la loi, doit leur permettre en principe d'atteindre l'objectif de prévention de la cessation des paiements.

1- Les critères de détection communs au droit français et au droit Ohada

86. Les législateurs français et de l' Ohada n'ont en commun que les critères de détection des alertes du commissaire aux comptes et des associés. Mais comme ces deux techniques d'alerte partagent les mêmes critères d'ouverture, il serait plutôt indiqué de parler d'un seul critère de détection commun aux deux législations. Il y a lieu donc d'exposer ce critère (a) avant de faire une appréciation de son contenu (b).

¹⁶⁵ F. Perochon, op.cit. p. 47.

¹⁶⁶ Selon le professeur Mestre, « c'est vers la voie des médecines naturelles, des thérapies douces que le législateur veut entraîner les dirigeants et les partenaires de l'entreprise ». Le professeur Mestre cité par F. Perochon, Entreprises en difficulté, op. cit. p. 44.

a) Exposé du critère

87. En droit français, le critère de déclenchement de l'alerte du commissaire aux comptes et des associés est prévu par divers textes du code de commerce¹⁶⁷. S'agissant du commissaire aux comptes, l'article L. 612-3 du code de commerce précise que lorsque le commissaire aux comptes d'une société ou d'une personne morale¹⁶⁸ « relève, à l'occasion de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation » de la personne concernée, il en informe les dirigeants. Quant à l'alerte des associés, la lecture combinée des articles L. 223-36 et L. 225-232 du même code indique clairement que les associés non gérants des sociétés à responsabilité et les actionnaires des sociétés anonymes représentant au moins 5% du capital peuvent, deux fois par exercice, poser des questions à la direction ou au gérant « sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ». Ainsi donc, en droit français, l'alerte du commissaire aux comptes et l'alerte des associés reposent sensiblement sur le même critère d'ouverture à savoir l'existence de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

88. Ce critère de déclenchement est absolument le même qui a été reconduit en droit Ohada. En effet, qu'il s'agisse de l'alerte du commissaire aux comptes ou de l'alerte des associés, la détection des difficultés se fait sur la base du critère tel que prévu en droit français. Plus concrètement, selon les articles 150 et 153 AUSC et GIE, le commissaire aux comptes demande des explications soit au gérant, soit au président du conseil d'administration ou au président directeur général¹⁶⁹ « sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation qu'il a relevé lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ou dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission ». Quant aux articles 157 et 158 AUSC et GIE, tout associé non gérant ou actionnaire¹⁷⁰ peut, deux fois par exercice, poser des

¹⁶⁷ Pour l'alerte du commissaire aux comptes, voir, Art. L. 234-1, L. 234-2, L. 257-15 et L. 612-3 C. com ; pour l'alerte des associés non gérants des SARL et des actionnaires des SA, voir Art. L. 223-36 et Art. L. 225-232 c.com.

¹⁶⁸ Il s'agit des personnes morales visées par les articles L. 612-1 et L. 612-4 du code de commerce.

¹⁶⁹ Pour une analyse approfondie sur ces organes de gestion en droit des sociétés OHADA, v. OHADA, Sociétés commerciales et G.I.E, ouvrage collectif, Bruylant Bruxelles 2002, p.144 et s, pp 416 et s.

¹⁷⁰ Le droit Ohada donne la possibilité à tous les actionnaires de demander des explications à la direction lorsqu'ils constatent tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La solution est pourtant différente en droit français, seuls les actionnaires détenant 5% du capital social peuvent bénéficier du droit d'alerte (Art. L. 225-223 c. com). La solution de droit Ohada paraît conforme à l'esprit de prévention de la cessation des paiements, par hypothèse, la prévention doit concerner tous les acteurs de l'entreprise à plus forte raison les actionnaires et peu importe qu'ils détiennent un certain pourcentage dans le capital.

questions à l'organe de gestion selon le cas, « sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ».

89. De ce point de vue, le droit Ohada n'a pas véritablement pas innové et il est possible qu'en reprenant la formulation générale et laconique du critère de déclenchement de droit français, les mêmes causes ne produisent pas les mêmes effets. Il faut toutefois remarquer que le législateur Ohada contrairement à son homologue français fait référence à « tout fait »¹⁷¹ et utilise le singulier là où le droit français parle de « tous faits » et donc englobe tout un ensemble d'éléments qui peuvent être pris en considération pour déclencher l'alerte.

90. Pour le droit OHADA, un seul fait serait donc suffisant pour déclencher l'alerte à condition que son caractère de gravité et de nuisance soit de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Il n'est donc pas nécessaire que le commissaire aux comptes fasse la jonction de plusieurs facteurs¹⁷². Mais au delà du caractère singulier que doit revêtir le fait, le commissaire aux comptes OHADA sera nécessairement souvent amené à se comporter comme son homologue français en considérant plusieurs faits à la fois, ou un fait totalement isolé, dès lors que l'effet dévastateur du fait ou des faits est avéré. Qu'il s'agisse des faits ou du fait, dans la pratique, les commissaires aux comptes déclencheront l'alerte peu importe que le risque de défaillance de l'entreprise repose sur un seul fait ou sur plusieurs faits. Ce sont donc les conséquences du fait ou de la pluralité des faits qu'il faut prendre en considération. L'utilisation du pluriel ou du singulier dans l'un ou dans l'autre ordre juridique ne change en rien au fait qu'il ya une similitude dans le critère de déclenchement de l'alerte.

91. Cette différence d'approche purement littérale n'est pas sans conséquence sur le critère de déclenchement de l'alerte. Qu'il s'agisse d'un fait isolé ou d'un ensemble de faits, dès lors que la continuité de l'exploitation risque d'être compromise, le déclenchement de l'alerte doit être approuvé. En effet, les différents législateurs n'ont pas cru devoir détailler davantage le critère de déclenchement de l'alerte du commissaire aux comptes¹⁷³ et des associés. Aucune définition légale claire et précise n'est d'ailleurs proposée par le code de commerce et par l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales, ce qui en rend difficile

¹⁷¹ Voir Article 150 AUSCG et G.I.E

¹⁷² A. S. Algadi, *Perfectible Droit*, EUE, 2012. p.47 ; C. Sawadogo, *La prévention des difficultés des entreprises dans les états d'Afrique francophone*, thèse de doctorat, 2006, Paris 10, p. 116.

¹⁷³ B. Broussard, « Les clairs- obscurs de la continuité de l'exploitation », in *entreprises en difficultés, les mécanismes d'alerte et de conciliation*, J.-P. Sortais, op. cit. p. 19 ; B. Bouquet, « Le droit d'alerte des associés minoritaires » in *la prévention des difficultés des entreprises. Analyses des pratiques juridiques*, PUAM, 2004, pp.881 et s

l'utilisation du critère par les titulaires de ce droit d'alerte. Il est donc possible que cette absence de définition légale du critère ne conduise à des excès. Or, malgré le singulier utilisé par le droit Ohada, les questions ne doivent porter que sur de tels faits pour qu'elles soient susceptibles de recevoir une réponse de la part des dirigeants sociaux. A défaut, la procédure d'alerte pourrait être considérée comme abusivement mise en œuvre par le commissaire aux comptes ou par les associés. Ils s'en sont donc tenu dans les deux cas à une formule très souple et susceptible de se dilater à l'excès. Dans ces deux techniques, l'alerte doit être déclenchée à la seule condition qu'il existe un risque de rupture dans la continuité de l'exploitation de l'entreprise. De ce point de vue, la notion de continuité de l'exploitation est indispensable, pour la compréhension des différents mécanismes d'alerte. Il est donc nécessaire d'en préciser le contenu.

b) Appréciation du contenu du critère

92. La notion de continuité de l'exploitation est utilisée dans les deux systèmes juridiques pour désigner des situations qui présentent un caractère grave sur la survie de l'entreprise. mais aucun des deux législations ne lui donnent une définition précise. La raison est que cette expression empruntée au « going concern de l'international Accountant Standard Committee »¹⁷⁴ est d'origine comptable. Cette notion est utilisée par les normes comptables pour apprécier l'équilibre et la pertinence du système comptable. La perspective d'une poursuite normale de ses activités fait donc présumer sur l'entreprise l'établissement de ses documents comptables. Par conséquent, les comptes annuels sont établis en « comptabilité d'exploitation ». Ce qui signifie que si l'entreprise poursuit son exploitation, c'est que les comptes sont établis en conformité avec la vérification de cette hypothèse.

93. En droit français, l'expression trouve son origine dans la loi comptable du 30 avril 1983¹⁷⁵, elle a par la suite fait l'objet d'une analyse juridique, doctrinale importante. Selon le professeur André Jacquemont, « la notion de continuité d'exploitation peut être menacée ou compromise lorsque le dirigeant de l'entreprise a décidé une liquidation amiable, ou a

¹⁷⁴ D'origine anglo-saxon, Elle reprend une expression retenue, dans le langage anglo-saxon par les normes comptables internationales et consacré en droit français par la loi comptable du 30 1983 modifiant l'article 14 du code de commerce. V. sur l'origine de cette notion, S. Bachlouch, La prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises en droit comparé franco - marocain, thèse de doctorat, Université Paris Est 2012, p. 39.

¹⁷⁵ L'article 14 du code de commerce issu de cette loi prévoit la règle de la continuité de l'exploitation de l'entreprise. Selon ce texte, pour l'établissement de ses comptes annuels, le commerçant personne physique ou personne morale est « présumé poursuivre ses activités ».

provoqué une réduction sensible, volontaire ou involontaire, de l'activité de l'entreprise »¹⁷⁶. Cette assertion est confirmée par le professeur Yves Chaput pour qui à travers la notion de continuité de l'exploitation, l'entrepris exclut toute idée de réduction de ses activités encore moins sa liquidation. Au regard de ces différents approches doctrinales, on peut donc dire que les comptes sociaux de toutes les entreprises sont présumés être établis dans la perspective de la continuité de l'exploitation. Même si la comptabilité est la caractéristique principale de cette notion, en revanche, tous les faits susceptibles de menacer la continuité de l'exploitation n'ont pas nécessairement une dimension comptable. Leur origine pouvant être tout aussi sociale, relationnelle ou juridique. La notion de continuité de l'exploitation a une double dimension car présentant à la fois un aspect économique et financier. Les auteurs Michel Jeantin et Paul Le Cannu¹⁷⁷ systématisent finalement cette observation en énonçant que « la situation préoccupante n'est rien d'autre que la traduction sociale du concept comptable de continuité d'exploitation ». Plus concrètement, selon un auteur, la notion de continuité d'exploitation est essentiellement fondée sur la situation financière de l'entreprise et sur les faits de nature objective pouvant survenir dans un avenir prévisible¹⁷⁸. Elle traduit plus précisément une poursuite de l'activité dans les conditions normales¹⁷⁹.

94. Ainsi c'est par référence à des faits qu'il est possible d'apprécier s'il existe une rupture dans la continuité de l'exploitation. Une pluralité d'indices¹⁸⁰ peut permettre de croire que la continuité de l'exploitation est compromise car il existe une multitude de signes avant coureurs de difficultés¹⁸¹. En ce sens, tout signe révélateur d'une anomalie dans l'équilibre financier de l'entreprise, toute rupture dans les flux financiers de nature à constituer une menace pour l'activité et à conduire à la cessation des paiements permettrait donc de déclencher l'alerte.

95. Le risque de menace dans la continuité de l'exploitation doit être avéré et prévisible et dans une telle hypothèse le commissaire aux comptes doit informer les dirigeants¹⁸². Mais il ne doit relever ces faits compromettant la situation de l'entreprise que dans le cadre de sa

¹⁷⁶ Cité par S. Bachlouch in thèse de doctorat précit., p. 42.

¹⁷⁷ M. Jeantin et P. Le Cannu, Droit commercial, Entreprises en difficulté, Précis Dalloz, 7^e éd. 2007, n° 420.

¹⁷⁸ B. Bouquet, le droit d'alerte des associés minoritaires in la prévention des difficultés des entreprises. Analyses des pratiques juridiques, Dir. G. Blanc, PUAM, 2004, pp. 881 et s.

¹⁷⁹ V. sur la notion de continuité de l'activité et de continuation de l'exploitation, D. Meledo-Briand, « Notions comparatives de continuation de l'entreprise » Rev. dr. éc. 1995, p. 269

¹⁸⁰ Sur les critères de déclenchement de l'alerte, v. J.-M. Lucheux, « les innovations dans la détection des difficultés des entreprises et dans les modalités de leur traitement amiable » in le nouveau droit des défaillances d'entreprise, D., 1995, p.67 spéc. p. 69.

¹⁸¹ B. Bouquet, art. préc. p. 86.

¹⁸² J. M. Lucheux, art. préc. p.68.

mission. Plus précisément, il doit exister un lien entre l'indice et l'exercice de la mission¹⁸³. Une appréciation à la fois globale et ponctuelle doit être toutefois portée pour établir si c'est la continuité de l'exploitation elle-même qui est menacée¹⁸⁴.

96. Cependant, quoi que présentant sensiblement le même critère de déclenchement, l'alerte du commissaire aux comptes, l'alerte des associés ainsi que l'alerte du président tribunal n'obéissent pas aux mêmes modalités de déclenchement. Dans chacune de ces techniques juridiques d'alerte, le titulaire exerce son droit d'alerte de manière différente. Le code de commerce et l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif définissent clairement les conditions et les modalités de déclenchement de ces trois types d'alerte. Ainsi, pour l'alerte du commissaire aux comptes, il faut se référer à l'article L.612-3 du code de commerce, à l'article 150 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales, et enfin s'agissant de l'alerte des associés, il faut voir les articles L.223-36 et L.225-232 du code de commerce qui traitent respectivement de l'alerte réservée aux associés des sociétés à responsabilité limitée et de l'alerte reconnue aux actionnaires des sociétés anonymes. Aux termes de l'article L.612-3 du code de commerce, « lorsque le commissaire aux comptes d'une personne morale relève, à l'occasion de l'exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de cette personne morale, il en informe les dirigeants de la personne morale... ». Cette disposition du code de commerce n'est pas différente de celle retenue par l'article 150 cité de l'acte uniforme.

En effet, selon ce texte de loi, le commissaire aux comptes « demande par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception des explications au gérant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation qu'il a relevé lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués dont il a eu connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission ». A la lecture de ces différents articles que, les conditions dans lesquelles le commissaire aux comptes doit exercer son droit d'alerte sont absolument les mêmes en droit français qu'en droit Ohada. Dès lors, quelque soit l'ordre juridique considéré, l'idéologie qui encadre le droit d'alerte du commissaire aux comptes est la même. En cela, l'analyse du contenu du critère de l'alerte du commissaire aux comptes de droit français renvoie aux mêmes observations qu'en droit Ohada. Ainsi à l'instar du droit africain, l'homme de chiffres doit, selon les termes de l'article R 234-1 du code de commerce, exercer son droit d'alerte que « lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ».

¹⁸³ C. Saint-Alary- Houin, . op. cit. p.89.

¹⁸⁴ J.M. Lucheux, , art. préc.. p.68.

Il en résulte que dans les deux systèmes de droit, l'existence d'un lien entre l'indice et l'exercice de la mission est donc une condition nécessaire pour déclencher l'alerte.

97. C'est donc plus précisément au travers de l'analyse des comptes que le commissaire aux comptes pourra déceler les faits pouvant compromettre la continuité de l'exploitation. Le commissaire aux comptes peut tout aussi se référer à des éléments financiers, économiques, humains ou commerciaux qui pourraient révéler une suite d'exercices déficitaires, une situation nette négative, un fonds de roulement dégradé ou la faiblesse de l'excédent brut d'exploitation¹⁸⁵. On peut ainsi relever comme éléments indicateurs des fonds propres insuffisants, un endettement excessif, un personnel trop important ou peu qualifié, un matériel obsolète, une activité en perte de vitesse qui ne correspond plus aux goûts de la clientèle, une perte de clients importants, le non-paiement des impôts et des cotisations sociales, le décès du chef d'entreprise, mauvais résultat des filiales¹⁸⁶. Un auteur relève pour sa part que, le déclenchement de l'alerte serait justifié par l'existence de certains risques rencontrés par l'entreprise¹⁸⁷. Mais dans l'ensemble, les faits considérés doivent présenter un caractère de gravité, ils doivent être concordants de manière à ne pas alerter les dirigeants à la moindre secousse¹⁸⁸.

98. Cependant cette mission reconnue au commissaire aux comptes ne doit pas en aucun cas constituer un prétexte pour procéder à des missions d'audit ou d'expertise. Il lui est donc formellement interdit de s'immixer dans la gestion des sociétés¹⁸⁹. Il ne doit que dénoncer les faits qu'il constate sans devoir procéder à une quelconque investigation. Mais une fois ces faits avérés, il a l'obligation de déclencher l'alerte s'il s'agit d'une société anonyme.

2- Les critères de détection spécifiques au droit français

99. Ces critères sont ceux relatifs aux faits de nature à affecter de manière préoccupante la continuité de l'exploitation d'une part (a) et d'autre part ceux qui se rapportent aux indices de difficultés (b).

¹⁸⁵ : C. Saint-Alary-Houin, op.cit., p.89.

¹⁸⁶ J.M. Lucheux, art. précit. p.69.

¹⁸⁷ B. De Belval, Gérer une entreprise en difficulté, Studyrama, 2009, p.41. L'auteur fait allusion dans cette hypothèse à l'alerte interne et volontaire à l'entreprise. Il s'agit d'une alerte certes non prévue par la loi mais qui selon l'auteur relève de la pratique et à ce titre, revêt une importance en ce sens qu'elle permet de dénoncer, certains risques qui pouvaient entraîner une alerte véritable.

¹⁸⁸ Art. L.234-2 c.com ; Art. R.234-5 c.com ; V. aussi, J.F. Bigouroux, « L'alerte du commissaire aux comptes » in La prévention des difficultés des entreprises, Analyse des pratiques juridiques, PUAM 2004, p.66.

¹⁸⁹ C. Saint-Alary-Houin, op.cit. n°147.

- a) Des faits de nature à affecter de manière préoccupante la continuité de l'exploitation

100. Selon l'article L2323-78 Code du travail, le comité d'entreprise, ou à défaut les délégués du personnel¹⁹⁰ peut déclencher l'alerte lorsqu'ils « ont connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise». Les faits considérés en l'espèce doivent être des signes ou indices préoccupants c'est-à-dire ceux qui révèlent une incertitude sur l'avenir de l'entreprise et dont la persistance dans la durée peut conduire à une défaillance de l'entreprise. Il en résulte que le critère de mise en œuvre de la procédure d'alerte du comité d'entreprise est beaucoup plus large que celui retenu pour l'alerte du commissaire aux comptes¹⁹¹. Cette formule légale souple du critère de déclenchement de l'alerte et la finalité singulière du droit d'alerte du comité d'entreprise, autorisent d'ailleurs à confondre la situation économique de l'entreprise avec la situation sociale des salariés dès lors que l'instabilité sociale de l'entreprise est susceptible d'avoir une répercussion sur la situation économique de l'entreprise¹⁹².

101. Pourtant, contrairement de ceux qui motivent le droit d'alerte du commissaire aux comptes¹⁹³, les faits en présence ne sont pas forcément de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Ils doivent en revanche, indiquer clairement une inquiétude sur la pérennité de l'entreprise et les risques pour l'emploi. Il doit donc s'agir des faits qui revêtent un caractère réel et grave.

102. Par conséquent, la réalité des faits suppose que la décision de recourir au droit d'alerte exige de la part du titulaire de ce droit qu'il soit en possession d'éléments objectifs suffisants pour emporter la conviction des juges du fond¹⁹⁴. Un arrêt récent souligne que le comité d'entreprise doit apporter la preuve « de circonstances de faits ou un contexte objectif qui établissent avec suffisamment de vraisemblance les préoccupations exprimées »¹⁹⁵ que les juges sont en mesure de contrôler. La réalité des faits invoqués doit se mesurer à l'aune de

¹⁹⁰ Art. L.2113-14 C. trav.

¹⁹¹ A. Donnette-Boissière, « Le droit d'alerte du comité d'entreprise », cahiers sociaux, 01 septembre 2015 n° 277, p. 455.

¹⁹² V. A. Donnette, « Exercice du droit d'alerte et étendue du pouvoir d'appréciation du comité d'entreprise : les doutes dissipés? », RLDA, avril 2011, p.59 ; B. Bouquet, « Le droit d'alerte des associés minoritaires », art. préc. p.85.

¹⁹³ Art. 612-3 C. com.

¹⁹⁴ Cass. soc., 30 juin 1993, n° 90-20158 : Bull. civ. V. n° 190 ; RJS 1993, n° 998.

¹⁹⁵ Cour d'appel de Versailles, 14^e ch., 6 nov. 2014, n° 14/02 366 : JSL 2015, n° 380-12, p. 24, obs. M. Faber et S. Bouchène.

leur impact sur la situation économique de l'entreprise. Peu importe leur nature, les faits en présence pour être retenus doivent constituer une menace pour l'emploi. Ainsi alors même que la situation économique n'est pas susceptible d'être troublée, le comité d'entreprise peut légitimement déclencher l'alerte¹⁹⁶. La cour d'appel de Versailles vient d'affirmer dans un arrêt récent que le droit d'alerte du comité d'entreprise est « un droit autonome et plus large que celui du commissaire aux comptes » et que « l'intérêt des salariés peut entrer en ligne de compte dans l'appréciation de l'existence de faits préoccupants »¹⁹⁷.

103. La gravité des faits invoqués justifie le caractère préoccupant de la situation de l'entreprise. Le comité d'entreprise dispose sur ce point d'une marge importante d'appréciation du caractère de gravité. Pour autant, il ne dispose pas d'un monopole d'appréciation¹⁹⁸ puisqu'il revient aux juges du fond et non à la cour de cassation de vérifier l'existence du caractère préoccupant des faits qui motivent l'alerte du comité d'entreprise¹⁹⁹. Le caractère préoccupant du fait générateur de l'alerte peut être révélé par le résultat d'une étude comparative opérée au sein du secteur concurrentiel ou au regard du caractère insuffisant des réponses apportées par l'employeur²⁰⁰. Cela peut conduire le comité d'entreprise dans le cadre de l'exercice de son droit d'alerte, à la désignation d'un expert comptable afin de confirmer par son diagnostic, ses convictions. La mission de l'expert ainsi désigné pourra s'étendre, à la demande de son mandant, s'il advient que de nouveaux faits sont portés à sa connaissance, pendant le cours de la mission d'expertise²⁰¹.

104. Cela dit, les faits préoccupants peuvent ne pas relever de la seule société concernée, mais d'une décision prise en amont ou en aval par une société du même groupe, par exemple²⁰². En outre, le refus de la direction de répondre à des faits qualifiés de préoccupants par le comité d'entreprise, même s'ils ne concernent pas l'ensemble de l'entreprise, ne peut empêcher le comité d'entreprise d'engager une procédure d'alerte²⁰³. L'exercice du droit

¹⁹⁶ Cass. soc., 19 févr. 2002, n° 00-14776: Bull. civ. V, n° 70 ; RTD com. 2002, p. 720, obs. F. Macorig-Venier ; Cass. soc., 29 sept. 2009, n° 08-15035: Bull. civ. V, n° 209; JCP S 2009, 1598, note J.-Y. Kerbourc'h ; RDT 2010, p. 46, obs. O. Leclerc

¹⁹⁷ Cour d'appel de Versailles, 14^e ch., 6 nov. 2014, cité

¹⁹⁸ A. Donnette-Boissière, « Le droit d'alerte du comité d'entreprise », art. préc.

¹⁹⁹ Cass. soc., 27 nov. 2012, n° 11-21566 : LPA 25 oct. 2013, p. 13, obs. A. Donnette

²⁰⁰ Cass. soc., 27 nov. 2012, préc.; Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 10-30126 : Bull. civ. V, n° 26 ; Gaz. Pal., 5 mars 2011, n° 64, p. 39, obs. B. Boubli ; RLDA 2011/59, n° 3400, p. 51, note A. Donnette ; Cah. soc., 2011, n° 229, p. 94, obs. F.-J. Pansier ; Gaz. Pal., 10 févr. 2011, n° 41, p. 24, obs. C. Berlaud.

²⁰¹ P.-Y. Vierkandt, « Le droit d'alerte économique du comité d'entreprise et l'étendue de la mission de l'expert désigné », BJS, 01 janvier 2010, n°1. p.16.

²⁰² J.-L. Chauve, « Le droit d'alerte du comité d'entreprise » in La prévention des difficultés des entreprises, Analyse des pratiques juridiques, PUAM 2004, p.94 et s.

²⁰³ J.-L. Chauve, art. préc.

d'alerte n'est donc pas limité à la consultation du comité d'entreprise dans le cadre de l'article L.2323-78 du code du travail. Le texte impose comme seule condition la connaissance d'un fait sans dire comment le comité d'entreprise pourra avoir connaissance de ces faits.

105. Le législateur n'a donc pas entendu limiter la procédure d'alerte aux seuls cas où des éléments objectifs propres à l'entreprise traduiraient une cessation des paiements imminente, voire déjà actuelle. Il en résulte donc une extension du domaine d'investigation du comité. Parfois, le droit d'alerte du comité sera alors possible dans le cas où les difficultés économiques rencontrées, sans nécessairement faire l'éventualité d'un dépôt de bilan, nécessiteront une transformation en profondeur de l'entreprise, et entraîneront l'élaboration de plans de restructuration et de licenciement. Pris à la lettre, le critère de déclenchement de l'alerte n'est pas ici, a priori, identique à celui de l'alerte à l'initiative du commissaire aux comptes. Cette différence entre les deux critères réside dans le fait que les commissaires aux comptes s'attachent avant tout à une analyse comptable voire financière avant de demander des explications à la direction.

106. Pourtant, le critère de l'alerte du comité d'entreprise n'est pas exclusivement économique comme l'affirme la doctrine nonobstant la conception du droit commercial souvent retenue en matière d'alerte du comité d'entreprise²⁰⁴. La différence entre les deux critères n'est qu'apparente car le comité d'entreprise aura recours le plus souvent aussi à des éléments comptables voire économique²⁰⁵. Il pourra se faire aider en cela par un expert comptable²⁰⁶.

Il a été souligné à juste titre que ce critère établit en réalité la situation préoccupante et la traduction sociale du concept comptable de continuité de l'exploitation²⁰⁷. Aussi faut-il convenir avec la doctrine que s'il est question d'alerter les dirigeants sur les circonstances de nature à affecter la continuité de l'exploitation (critère classique de l'alerte), il faut aussi prévenir son instabilité sociale dans la mesure où celle-ci risque d'avoir une répercussion sur la situation économique de l'entreprise²⁰⁸. Au final, la situation préoccupante visée ici ne se distinguerait pas au fond de la continuité de l'exploitation compromise visée dans l'alerte du commissaire aux comptes. Dans les deux cas, c'est la perspective d'un arrêt d'activité à court

²⁰⁴ B. Bouquet, art. préc. p.86 ; A. Donnette, art. préc. p. 54.

²⁰⁵ C. Saint Alary Houin, op. cit. p.100 n° 163.

²⁰⁶ Art. L.2323-79 C. trav.

²⁰⁷ P-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action 2015-2016, n° 122-41 ; M. Jeantin et P. Le Canu, op. cit. n° 44.

²⁰⁸ P-M. Le Corre op. cit. n°122-41 ; C. Saint-Alary- Houin, op. cit. p.101 ; A. Donnette, « L'alerte du comité d'entreprise : une liberté surveillée ? », BJE, 01 juil. 2012 n°4, p. 259.

terme qui justifierait la démarche. La différence des termes utilisés tiendrait semble-t-il au souci formel des parlementaires de ne pas se référer à un concept d'origine comptable pour délimiter le pouvoir d'un comité d'entreprise dans ce domaine²⁰⁹.

Pourtant, dans une ordonnance en référé rendue par le tribunal de grande instance de Bobigny citée par Pierre Michel Le Corre, le droit d'alerte a été reconnu au comité d'entreprise alors que même la continuité de l'exploitation n'était pas menacée. La solution a été justifiée par l'observation que les termes employés par le code du travail, pour le déclenchement de la procédure d'alerte, n'avaient aucune signification comptable²¹⁰.

Cette solution paraît pourtant excessive dans la mesure où le critère de déclenchement de l'alerte par le comité d'entreprise même élaboré en des termes différents rejoint dans sa finalité celui retenu pour l'alerte du commissaire aux comptes et du président du tribunal de commerce. En effet, la situation préoccupante qui est la cause du déclenchement de l'alerte du comité d'entreprise compromet nécessairement la continuité de l'exploitation, critère de déclenchement de l'alerte du commissaire aux comptes²¹¹.

b) Les indices de difficultés

107. Il résulte de la lecture de l'article L.611-1 du code de commerce que tout entrepreneur individuel à responsabilité limitée et toute personne morale de droit privé peut adhérer à un groupement de prévention agréé. Lorsque le groupement relève des indices de difficultés, il en informe le chef d'entreprise et peut lui proposer l'intervention d'un expert. L'indice de difficulté est donc le critère d'alerte s'agissant des groupements de prévention agréé. La loi ne donne aucune définition de ce qu'il faut entendre par « indice de difficulté ». Ce critère apparaît comme extrêmement très large²¹². Il permet ainsi au groupement considéré de se référer à une pluralité d'indices dans l'appréciation de la situation de l'entreprise.

108. Cela dit, une multitude de signes peuvent être pris en compte par le groupement. Il pourra s'attacher aux documents comptables et financiers que le chef d'entreprise lui aura communiqués mais rien ne l'empêchera de se référer à d'autres éléments dont il aurait pu avoir connaissance²¹³, comme par exemple la perte de marché, un sur effectif, ou encore le

²⁰⁹ V. en ce sens J. Paillusseau et G. Petiteau, *Les difficultés des entreprises*, A. Colin, 1985, n° 171 et suivants ; A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 7^e éd., p.42.

²¹⁰ P-M Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit. n°122-41.

²¹¹ A. Donnette, « L'alerte du comité d'entreprise.. » art. préc.

²¹² C. Saint- Alary-Houin, op. cit. n° 89.

²¹³ C. Saint- Alary- Houin, op. cit. n° 189.

dissentiment entre associés. Mais en vue de renforcer l'action des groupements de prévention, l'article L611-1 du code de commerce prévoit que ces groupements peuvent être informés par les administrations compétentes. Les services de la Banque de France peuvent également être appelés à formuler des avis sur la situation des entreprises adhérentes. Les différents critères qui permettent de déclencher l'alerte tels qu'analysés ci dessus répondent à un même objectif à savoir assurer la continuité de l'exploitation de l'entreprise. A l'analyse le critère « des indices de difficultés » semble se retrouver dans tous les autres techniques d'alerte et par conséquent semble plus précis.

109. En effet, qu'il s'agisse du critère de déclenchement de l'alerte du commissaire aux comptes ou encore de celui du comité d'entreprise, l'agent de détection n'exercera son droit d'alerte que si des indices de difficulté apparaissent véritablement. Le critère de détection des groupements de prévention agréée est censé englober tous les autres critères. Ainsi, les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, ou encore les faits qui sont de nature à affecter de manière préoccupante la continuité de l'exploitation, critère de déclenchement du comité d'entreprise, ou enfin tout acte ou fait qui conduit au même objet dans le cadre de l'alerte du président du tribunal ou du président tribunal de grande instance, implique nécessairement qu'il existe des indices de difficultés susceptible d'attirer l'attention du dirigeant. Une meilleure exploitation de ce critère serait alors préférable pour régler l'imprécision qui caractérise les autres critères de déclenchement.

B- La mise en œuvre des différents mécanismes juridiques d'alerte²¹⁴

110. Il existe deux catégories d'alerte : l'alerte interne et l'alerte externe. La distinction entre ces deux catégories d'alerte repose sur la situation de l'agent de prévention par rapport à l'entreprise. Ainsi, l'alerte est qualifiée d'interne parce que les titulaires de ce droit sont internes à l'entreprise. Plus concrètement, les agents de la détection²¹⁵ se trouvent au sein de l'entreprise et à ce titre, ils sont impliqués dans la vie de celle-ci. L'alerte est dite externe parce que les acteurs du déclenchement de l'alerte se situent en dehors de l'entreprise²¹⁶. En effet cette dernière leur est par principe complètement inconnue. Le domaine d'application de ces

²¹⁴ S. Di Carlo, « Les mécanismes juridiques de l'alerte », in la prévention des difficultés des entreprises, Analyse des pratiques juridiques, PUAM 2004, p. 55 et s.

²¹⁵ D. Vidal, Droit des procédures collectives, Gualino, 2006, p.56 ; L. Lethielleux, Droit des entreprises en difficulté, Gualino 3è éd, p. 57; J.-P Sortais, op. cit. p.17.

²¹⁶ L. Lethielleux, op.cit. p. 57 ; D. Vidal, op. cit. p.56; v. aussi, P. Le Cannu et M. Jeantin, op. cit. p.39

techniques d'alerte ainsi que leur déroulement ont été bien définis par le législateur. Il convient donc pour une meilleure approche de leur contenu, d'exposer successivement les alertes internes (1) et les alertes externes (2).

1- Identité dans la mise en œuvre des techniques d'alerte

111. La mise en œuvre des mécanismes d'alerte du commissaire aux comptes (a) et des mécanismes d'alerte des associés (b) se fait de manière similaire dans les deux ordres juridiques. Il faut toutefois relever que la procédure d'alerte du commissaire aux comptes a connu une simplification récente en droit français, ce qui la différencie à ce niveau de la procédure de droit Ohada.

a) Le déroulement de l'alerte du commissaire aux comptes

112. Le commissaire aux comptes est la clé de voute de l'ensemble des techniques d'alerte. Ce rôle de premier plan s'explique sans doute par sa mission traditionnelle au sein de l'entreprise. Avant de se prononcer sur son rôle de détection des difficultés, il importe d'abord de présenter le commissaire aux comptes, ce qui permettra de comprendre pourquoi il est placé en première ligne du dispositif d'alerte.

113. Le commissaire aux comptes est un professionnel libéral spécialisé investi d'une mission légale de contrôle et de surveillance des comptes des sociétés qui sont ses clients²¹⁷. Il est doté de pouvoirs propres qu'il tient de la loi. Il est censé agir en toute indépendance²¹⁸. A ce titre, il doit s'abstenir de tout acte susceptible ou pouvant compromettre son indépendance²¹⁹. Au contraire, il doit chercher à déceler et à évaluer, pour chaque mission de contrôle, tout risque ou toute menace potentielle pour son indépendance et de s'assurer de

²¹⁷ H. Matsopoulou, « Le contrôle légal des comptes sociaux », Rev. Sociétés 2005, p.45; R. Ricol, « Le rôle des commissaires aux comptes », Rev. Sociétés, 2003, p.219.

²¹⁸ D. Vidal, « Libres propos sur l'indépendance », Mél. D. Schmidt, Joly éditions, 2005, p.475; v aussi, la recommandation du 16 mai 2002 sur les principes fondamentaux en matière d'indépendance, JOCE L.191/22, 19 Juillet 2002 par rapport aux différents intérêts représentés dans l'entreprise.

²¹⁹ P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés, LGDJ, 6è éd. 2014, p.331.

l'existence de mesures de sauvegarde de nature à atténuer ces risques. En définitive, le commissaire aux comptes doit être vu comme ajoutant de la crédibilité aux états financiers²²⁰.

114. Enfin ce que l'on attend du commissaire aux comptes est la garantie de la bonne santé financière de l'entreprise²²¹. L'enjeu est de permettre la continuité de son exploitation. Aussi, le contrôleur doit être attentif à tout élément pouvant compromettre la continuité d'exploitation. Il doit donc signaler aux dirigeants tout ce qui peut compromettre l'avenir. C'est le principe du système d'alerte qui constitue l'une des missions les plus connues du commissaire aux comptes instituée par la loi française du 1er Mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises et par l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales générales et GIE. En effet, de tous les mécanismes juridiques d'alerte prévus dans les deux ordres juridiques, l'alerte du commissaire aux comptes apparaît comme la cheville ouvrière du dispositif²²² de prévention. Par conséquent, les autres techniques d'alerte lui sont directement liées. Son caractère obligatoire dans les sociétés par actions l'a rendu davantage indispensable dans la politique actuelle de prévention. Dans cette perspective, les commissaires aux comptes se sont vu confier désormais une mission d'intérêt général²²³. Par conséquent, ils sont invités à jouer un rôle essentiel pour en assurer une plus grande diffusion au sein des entreprises²²⁴. Les différents législateurs ont ainsi étendu le bénéfice de l'alerte à une pluralité de personnes. Sur ce point, il faut souligner que le domaine d'application de l'alerte du commissaire aux comptes est beaucoup plus étendu en droit français qu'en droit de l'Ohada. Cela résulte du fait que certaines formes de sociétés n'existent pas encore en droit Ohada²²⁵. Les types de sociétés créées par l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales se limitent aux formes classiques de sociétés de capitaux les sociétés anonymes, les sociétés à responsabilité limitée d'une part, et d'autre part, les sociétés de personnes, qui comprennent les sociétés en nom collectif et les sociétés en

²²⁰ Commissaires aux comptes, recommandation CE concernant l'indépendance du contrôleur légal des comptes, BJS, juillet

2002, p. 847 ; H. Matsopoulou, « Le contrôle légal des comptes sociaux », Rev. Sociétés 2005, p. 49.

²²¹ H. Matsopoulou, art. préc. p.52.

²²² Corinne Saint Halary Houin, ouvrage. op. cit. p.96; L. Lethielleux, op.cit., p.58.

²²³ P. Le Cannu et M. Jeantin, droit commercial, entreprises en difficulté, op. cit. p. 19.

²²⁴ J.- P; Sortais, op. cit. p.25

²²⁵ L'acte uniforme n'a prévu que les formes classiques sociétaires telles que la société anonyme, la société à responsabilité, la société en nom collectif et la société en commandite simple. Alors qu'elles sont prévues en droit français, certaines formes sociétaires comme les sociétés par actions simplifiée, les sociétés en commandite par actions, sont absentes du droit de l'espace Ohada. Pour une étude détaillée sur cette typologie de sociétés spécifiques au droit français et leur mode de fonctionnement, voir, P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés, LGDJ, 6è éd. p. 877 et pp. 413 et s.

commandite simple. Parallèlement à ces formes sociétaires, le législateur africain a également prévu d'autres structures telles que le groupement d'intérêt économique. Une fois cette précision faite, il convient de relever que la procédure de déroulement de l'alerte est sensiblement la même dans les deux ordres juridiques. Ainsi la procédure d'alerte du commissaire aux comptes concerne d'abord les sociétés anonymes, et ensuite, les autres sociétés autres qu'anonymes. Plusieurs étapes doivent toutefois être respectées.

115. En droit français, la procédure d'alerte du commissaire aux comptes dans les sociétés anonymes comporte quatre phases, elle en compte trois en Ohada. La procédure d'alerte de droit français paraît plus longue que celle prévue en droit communautaire africain. On note toutefois une relative convergence dans le déroulement même si dans le fond, les mêmes règles demeurent. Pour cette raison, il convient de présenter successivement les deux procédures de chaque ordre juridique, pour mieux apprécier les similitudes existantes mais aussi les différences au niveau du déroulement de la procédure.

116. S'agissant du droit français, cette mesure d'alerte s'applique à toutes les personnes morales visées par les articles L.612-1 et L.612-4 du code de commerce. Ces deux textes désignent les personnes morales dotées d'un commissaire aux comptes, soit volontairement, soit lorsque la présence d'un commissaire aux comptes est obligatoire. Les sociétés sont ainsi concernées, anonymes²²⁶. Dans de telles sociétés, la désignation d'un commissaire aux comptes est obligatoire²²⁷. Il en résulte que la technique d'alerte s'applique automatiquement dans toutes les sociétés anonymes ainsi que dans les sociétés en commandite par actions²²⁸. La création du droit d'alerte s'inscrit dans la droite ligne du rôle du commissaire aux comptes²²⁹, son application ne devrait donc pas susciter de difficultés majeures dans ces sociétés. Par conséquent, son déclenchement sauf refus ou inertie du commissaire aux comptes, devrait être plus fréquent dans les sociétés anonymes. Il en résulte donc que les sociétés anonymes sont le champ d'application privilégié du droit d'alerte du commissaire aux comptes. Son domaine d'application est d'ailleurs réduit. Mais en dehors des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par actions²³⁰ dans lesquelles l'alerte s'applique de

²²⁶ Art. L. 234-1 C.com.

²²⁷ Art.L.225-228 C.com.

²²⁸ P.- M. Le Corre, Droit et pratiques des procédures collectives, op. cit. n°122.31.

²²⁹ P. Le Cannu et M. Jeantin, op. cit. p.19.

²³⁰ Art. L. 226-1 Art.L.226-14 C.com.

plein droit, le code de commerce retient aussi d'autres catégories de personnes morales de droit privé bénéficiaires du droit d'alerte mais à certaines conditions.

117. En premier lieu, il y a les personnes morales de droit privé non commerçantes qui ont une activité économique²³¹. Ces personnes rentrent dans le champ d'application du mécanisme d'alerte si elles satisfont aux exigences posées par l'article R. 612-1 du code de commerce. D'après ce texte, la désignation d'un commissaire aux comptes est obligatoire dans ces structures si à la fin de l'exercice social, deux des trois seuils posés par le texte cité sont dépassés. Le même texte ajoute que les membres de ces personnes morales peuvent nommer un commissaire aux comptes et un suppléant même si les seuils exigés pour la désignation d'un commissaire aux comptes n'ont pas été atteint²³². Dans ce cas, ajoute le texte, le commissaire aux comptes et son suppléant sont soumis aux mêmes obligations et exercent les mêmes pouvoirs que s'ils avaient été désignés conformément à l'alinéa premier de l'article L.612-1 C.com. Comme le déclenchement de l'alerte est conditionné par l'existence d'un commissaire aux comptes, il est parfaitement logique que la désignation d'un commissaire aux comptes emporte nécessairement l'application de la procédure d'alerte dans ces structures.

118. La procédure s'applique ensuite aux sociétés commerciales autres que les sociétés anonymes et aux groupements d'intérêt économique (GIE)²³³ dans les sociétés commerciales d'une autre forme, notamment les SARL²³⁴, les SNC²³⁵ les SAS²³⁶, les SCS²³⁷, les EURL et EIRL²³⁸. Le déclenchement de l'alerte est conditionné par l'existence d'un commissaire aux comptes. L'application de la procédure d'alerte dans ces sociétés ne sera donc possible que si elles dépassent à la clôture de l'exercice social deux des trois critères suivants: 1 550 000 euros, de total bilan, 3 100 000 euros de montant hors taxes du chiffre d'affaires et une moyenne de cinquante salariés²³⁹.

²³¹ Art. L. 612-1 C.com.

²³² Art.L.612-1 al 3.

²³³ Les GIE ou Groupement d'Intérêt Economique, en droit français, voir pour une étude complète, P. Le Cannu et D. Dondéro, Droit des sociétés, op. cit., n°1492 et s.

²³⁴ Les SARL ou Sociétés à Responsabilité limitée, pour une étude complète en droit français voir également P. Le Cannu et B. Dondero, op. cit., n° 1262 et s.

²³⁵ Les SNC ou société en nom collectif, pour une étude complète en droit français voir également, P. Le Cannu et B. Dondero, op. cit., n° 1392 et s.

²³⁶ Les SAS, Sociétés par actions simplifiées, pour une étude complète en droit français v. également, P. Le Cannu et B. Dondero, op. cit., n° 955 et s.

²³⁷ Les SCS, Sociétés en commandite simple, pour une étude complète en droit français v. également, P. Le Cannu et B. Dondero, op. cit., n° 1415 et s.

²³⁸ Les sociétés unipersonnelles en général, EURL, EIRL, v. P. Le Cannu et B. Dondero, op. cit., n° 109 et 130 et

²³⁹ Voir Art. R. 612-1 C. com préc..

119. Sont également concernés par la procédure d'alerte, les groupements d'intérêt économique (GIE). Dans ces groupements, l'alerte revêt un caractère obligatoire lorsqu'ils comptent au moins 100 salariés à la fin de l'exercice ou lorsqu'ils émettent des obligations²⁴⁰. L'observation de ces seuils implique obligatoirement la présence d'un commissaire aux comptes. Or, comme le relève un auteur²⁴¹, la fonction du commissaire aux comptes n'est pas incompatible avec l'objet des groupements d'intérêt économique, il en résulte nécessairement que la procédure d'alerte est incluse dans la mission du commissaire aux comptes. Par conséquent, ce dernier pourra alors la déclencher si les conditions sont réunies.

120. Enfin, la procédure d'alerte est également reconnue aux associations et aux sociétés coopératives à condition pour ces groupements de respecter certaines exigences posées par le code de commerce. En ce qui concerne les associations, le texte de l'article L.612-4 du code de commerce vise seulement les associations qui ont reçu annuellement de l'Etat ou des établissements publics une ou plusieurs subventions, dont 150 000 000 euros au moins. Ces dernières sont tenues de nommer au moins un commissaire aux comptes et un suppléant, ce qui rend du coup applicable la procédure d'alerte²⁴² à leur égard.

121. Les établissements à caractère public et industriel, au delà d'un certain seuil révélateur de leur importance économique, sont tenus d'avoir un commissaire aux comptes. La procédure d'alerte pourra donc leur être appliquée si ce seuil est atteint. Ce seuil est celui posé pour les autres sociétés commerciales excepté la société anonyme²⁴³. Pour bénéficier de la procédure d'alerte, les sociétés coopératives doivent être dotées d'un commissaire aux comptes. La procédure d'alerte sera applicable en fonction de la forme sociétaire choisie par la coopérative: société anonyme, société à responsabilité limitée ou société civile²⁴⁴. Le domaine d'application de l'alerte du commissaire aux comptes est extrêmement large, et, comme on peut le voir, elle concerne toutes les sociétés commerciales.

122. En étendant ainsi son application à un plus grand nombre de structure, le législateur estime que le commissaire aux comptes à travers la procédure d'alerte peut contribuer à la sécurisation de l'activité économique. En effet, la mise en œuvre d'une procédure d'alerte constitue d'une manière générale, une étape non négligeable dans la prévention de la cessation

²⁴⁰ Voir Art. L. 215-15 C. com.

²⁴¹ P.-M. Le Corre, op. cit. n°122.31.

²⁴² V. Art. L. 612-4 C. com.

²⁴³ V. Art. L. 612-4 C. com.

²⁴⁴ P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit. p. 150.

des paiements. Une procédure d'alerte non déclenchée alors qu'elle devait l'être peut être la cause de la recrudescence des difficultés et conduire à une intervention judiciaire de résolution qui se termine majoritairement par la disparition de l'entreprise.

En revanche, aucune faute ne saurait être reprochée au commissaire aux comptes pour n'avoir pas déclenché l'alerte du moment où les dirigeants de l'entreprise concernée ont demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation ou d'une procédure de sauvegarde car le code de commerce le dispense d'une telle obligation²⁴⁵. En tout état de cause, l'ouverture de la procédure d'alerte à un grand nombre d'entreprises est finalement une solution qui œuvre dans le sens de la préservation de l'emploi. Il reste à savoir maintenant comment cette procédure est concrètement mise en œuvre.

123. A ce niveau, il faut distinguer la procédure d'alerte dans les sociétés anonymes de la procédure d'alerte dans les autres types de sociétés. Dans les premières sociétés citées, elle comporte trois phases sinon quatre en fonction de l'évolution du processus. Dans les secondes, il y a seulement deux phases. L'article L.234-1 du code de commerce décrit les différentes étapes de la procédure d'alerte dans les sociétés anonymes. Plus précisément, ce texte distingue quatre phases, ce sont la demande d'explication, la convocation de la direction, la mise en garde de l'assemblée et l'information du président du tribunal.

124. La demande d'explication constitue la première phase. Elle est dite confidentielle, et a pour objet d'instaurer un dialogue entre le commissaire aux comptes et les dirigeants²⁴⁶. Plus concrètement, le commissaire aux comptes relève au cours de sa mission des faits qu'il estime être de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Il en informe la direction par lettre avec demande d'avis de réception. Il doit attendre tout logiquement des explications dans un délai de quinze jours²⁴⁷, période au cours de laquelle le président du conseil d'administration ou du directoire doit répondre à l'interpellation du commissaire aux comptes. Aussi qualifiée d'information, cette phase peut demeurer en principe secrète le plus longtemps possible si la réponse apportée par la direction est jugée satisfaisante par le commissaire aux comptes. Cela permet ainsi d'assurer la continuation de l'exploitation. L'alerte prendra fin dans ce cas du moins provisoirement. L'assurance dans le maintien de la continuité de l'exploitation doit être cependant relativisée²⁴⁸. Le commissaire aux comptes peut en effet

²⁴⁵ V. Art. L. 612-3 al 6 C. com.

²⁴⁶ C-Saint-Houin, Droit des entreprises en difficulté, LGDJ, 9^e éd., 2014. p.91.

²⁴⁷ Art. L. 234-2, al.1er C.com; V. aussi, F. Perochon, Entreprises en difficulté, LGDJ, 10^e éd., p.59.

²⁴⁸ F. Perochon, op.cit. p.59.

estimer que malgré les mesures excellentes prises par le dirigeant la continuité de l'exploitation est toujours compromise. Une deuxième phase peut donc s'ouvrir si le commissaire aux comptes l'estime nécessaire.

125. Il est possible dans les quinze jours impartis à la direction, pour se prononcer sur le risque de rupture dans la continuité de l'exploitation, qu'aucune réponse ne soit donnée, ou qu'aucune mesure satisfaisante ne soit préconisée, ou encore que selon le commissaire aux comptes, les explications et mesures préconisées par le président du conseil d'administration ou du directoire, soient inappropriées et de nature à ne pas garantir le maintien de l'exploitation. L'appréciation qu'il fournit sur les réponses qui lui sont faites doit être réalisée non pas en fonction de la situation de la société, mais par référence à la question posée²⁴⁹. Il ne faut pas en effet que le commissaire aux comptes sorte de sa mission traditionnelle de certificateur de comptes pour s'immiscer dans la gestion de l'entreprise par l'appréciation qu'il ferait des réponses apportées par les dirigeants. L'absence de réponse ou de proposition satisfaisantes n'entrave cependant pas la mission du commissaire aux comptes. Ce dernier peut toujours poursuivre l'alerte²⁵⁰.

Dans ce cas, la procédure entre dans sa deuxième phase. Contrairement à la première phase, celle-là n'est pas confidentielle, puisque selon le cas le président du tribunal de commerce²⁵¹ ou le président du tribunal de grande instance et le comité d'entreprise sont informés de l'existence de l'alerte. C'est donc dès la première insatisfaction que l'alerte sort du cadre interne à l'entreprise. Cette dernière va de ce fait attirer l'attention sur elle et le spectre d'une intervention judiciaire peut advenir à tout moment²⁵².

126. Concrètement, la deuxième phase débute par une saisine par écrit du conseil d'administration ou, selon le cas, le conseil de surveillance par le commissaire aux comptes, afin de les inviter à faire « délibérer le conseil d'administration ou le conseil de surveillance sur les faits relevés ». Une copie de cette convocation est transmise au président du tribunal de commerce²⁵³. La convocation obligatoire du commissaire aux comptes initiateur de l'alerte à cette séance traduit implacablement le caractère urgent et exceptionnel de la situation de l'entreprise. Sa présence est importante parce qu'elle permettra d'attirer l'attention des

²⁴⁹ P. Le Cannu et M. Jeantin, *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, Dalloz 2007, p. 27.

²⁵⁰ C. Saint-Alary-Houin, *op.cit.* p.91.

²⁵¹ Art. L. 234.1 al 1er C.com.

²⁵² P. Le Cannu et M. Jeantin, *op.cit.* p. 27.

²⁵³ Art. L. 234-1 al.1er C.com.

dirigeants sur les faits qui ont motivés l'alerte²⁵⁴ afin qu'à la suite des discussions internes suscitées par cette convocation²⁵⁵ ces derniers puissent prendre conscience des difficultés constatées. A la suite de ces discussions entre les organes de gestion, un procès verbal de la délibération du conseil d'administration ou du conseil de surveillance est communiqué au président du tribunal de commerce et au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel²⁵⁶. Ce même procès est également transmis au commissaire aux comptes²⁵⁷.

127. Une troisième phase peut s'ouvrir à la suite de l'échec des deux premiers. Plusieurs raisons peuvent justifier l'ouverture de cette phase. Premièrement, le conseil d'administration ou le conseil de surveillance ne s'est pas réuni pour délibérer sur les faits relevés. Deuxièmement, il est observé l'absence de convocation du commissaire aux comptes lors de la séance du conseil d'administration et du conseil de directoire. Enfin, malgré les décisions prises, la continuation de l'exploitation demeure toujours compromise²⁵⁸. Au vu de toutes ces informations, le commissaire aux comptes invite le président du conseil d'administration ou du directoire dans un délai de huit jours à convoquer une assemblée générale²⁵⁹. Cette invitation est faite par écrit avec demande d'avis de réception. En cas de carence des dirigeants, le commissaire aux comptes convoque lui même l'assemblée générale dans un délai de huit jours à compter de l'expiration du délai imparti au conseil d'administration ou au directoire. Il en fixe l'ordre du jour. Il a même la possibilité de choisir un lieu de réunion autre que celui éventuellement prévu par les statuts²⁶⁰. Que se passe t-il alors si les dirigeants ne se présentent pas à la réunion sur convocation du commissaire aux comptes. C'est une éventualité mais le texte susvisé ne donne pas de précision. Il est tout simplement indiqué que le commissaire aux comptes doit établir un rapport spécial qui est présentée à l'assemblée présente²⁶¹. A ce stade de la procédure, les difficultés rencontrées par l'entreprise ne sont plus secrètes. Elles sont portées à la connaissance du comité d'entreprise ou à défaut aux délégués du personnel²⁶², mais également aux actionnaires qui peuvent émettre des suggestions non

²⁵⁴ P. Le Cannu et M. Jeantin, op.cit. p. 27.

²⁵⁵ C. Saint-Alary-Houin, op.cit. p.91.

²⁵⁶ Art. L.234-1 al 1er C.com.

²⁵⁷ P. Le Cannu, M. Jeantin, op.cit. p. 27.

²⁵⁸ Art. L. 234-1 al 1er C.com.

²⁵⁹ Art. R. 234-3, al.2 C.com.

²⁶⁰ Art. R. 234-3 al.3 C. com.

²⁶¹ Art. L. 234 al.2 C. com.

²⁶² Art. R. 234-6 al.2 C.com.

contraignantes pour les dirigeants²⁶³ ou décider de leur maintien ou non à la tête de l'entreprise ou de la mise en œuvre de leur éventuelle responsabilité²⁶⁴.

128. Dans tous les cas, des décisions seront prises pendant cette réunion, qu'elle soit à l'initiative du conseil d'administration ou du directoire ou encore du commissaire aux comptes. Et si le commissaire aux comptes estime que les décisions permettent de dissiper toutes ses inquiétudes sur la continuité de l'exploitation, l'alerte prend fin. Mais elle peut être reprise ultérieurement en cas de besoin.

129. Toutefois depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2011 -525 du 17 mai 2011 de simplification et amélioration de la qualité du droit (Warsman III)²⁶⁵, il est tout à fait possible au commissaire aux comptes d'interrompre l'alerte avant sa dernière phase. En effet, l'article L.234-1 issu de la loi sus citée l'autorise à certaines conditions, s'il le juge nécessaire et urgent, de reprendre la procédure là il où il l'avait arrêtée.

130. Cette possibilité qui est ainsi reconnue aux commissaires aux comptes²⁶⁶ est bien limitée dans un délai bien déterminé comme le prévoit le dernier alinéa ajouté à l'article L.234-1 C.com. « Dans un délai de six mois à compter du déclenchement de la procédure d'alerte, le commissaire aux comptes peut en reprendre le cours au point où il avait estimé pouvoir y mettre un terme lorsque, en dépit des éléments ayant motivé son appréciation, la continuité de l'exploitation demeure compromise et que l'urgence commande l'adoption de mesures immédiates». En revanche, cette prérogative ne devra être utilisée qu'à certaines conditions.

131. D'une part que, il faut la reprise intervienne dans un délai de six mois à compter de la date du déclenchement de la procédure et d'autre part que la raison qui a motivé l'alerte soit toujours d'actualité. La continuité de l'exploitation doit être toujours compromise en dépit des éléments ayant justifié l'interruption de la procédure. Enfin l'urgence de la situation impose la prise de mesures immédiates pour y remédier. Le texte susvisé n'indique cependant pas si le

²⁶³ C. Saint-Alary-Houin, ouvrage op.cit. p.92.

²⁶⁴ P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, op.cit. n° 122.36, p.153.

²⁶⁵ Avec cette loi, les règles relatives à l'alerte du commissaire aux comptes sont améliorées de manière considérable. En réalité, le nouveau simplifie la procédure d'alerte du commissaire. Ainsi il est désormais possible pour le commissaire aux comptes de reprendre la procédure d'alerte là elle s'était arrêtée. Pour une présentation d'ensemble de cette loi, v. Th. Montéran, « la procédure d'alerte filante des commissaires aux comptes issue de la loi de simplification du droit », Gaz. Pal. 9 juil. 2011 n° 190, p. 7.

²⁶⁶ Th. Monteran, art.préc., Gaz. Pal., 9 juill. 2011 n°190, p.7; B. Saintourens, « Simplification et amélioration de la qualité du droit des sociétés après la loi n°2011-525 du 17 mai 2011 », Rev.soc.2011, p.467, n°s 37 à 43.

commissaire aux comptes pourra user de cette faculté autant de fois qu'il le jugera. Comme le souligne un auteur²⁶⁷, le commissaire aux comptes devra pouvoir suspendre et reprendre la procédure autant de fois qu'il le voudra à condition pour lui de bien respecter le délai global de six mois que lui impose la loi. Cette possibilité désormais offerte au commissaire aux comptes en dépit des critiques²⁶⁸ dans sa mission de détection des difficultés est une innovation majeure qui peut participer à l'efficacité de la technique d'alerte. Par le passé, le commissaire aux comptes qui arrêta une procédure d'alerte devait en ouvrir une nouvelle pour le même dossier. Cela était semble-t-il, contre productif et contraire à l'esprit de sauvetage des entreprises. En effet, les difficultés rencontrées par l'entreprise exigent une réaction rapide des dirigeants. Ainsi en reprenant la procédure là où il l'avait interrompue, le commissaire aux comptes pourra rapidement apprécier l'état de la situation de l'entreprise, en assurer un meilleur suivi et éventuellement informer le président du tribunal au cas où les mesures préconisées par les dirigeants ne sont pas jugées convaincantes par le commissaire aux comptes.

132. La possibilité d'interruption ne peut donc intervenir qu'avant la fin de cette quatrième phase. Une question mérite cependant d'être posée. Une procédure d'alerte ouverte et qui a été interrompue peut elle être reprise par un commissaire aux comptes différent de son? Il semble à la lumière du nouvel article L.234-1, issu de la loi du 18 mai 2011 dite loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, qu'il appartient au commissaire aux comptes qui a ouvert la procédure d'alerte et qui l'a suspendue pendant un certain temps, de la reprendre ultérieurement. Le commissaire aux comptes qui n'avait pas déclenché initialement l'alerte ne saurait donc la poursuivre là où elle avait été arrêtée. Et pourtant, dans l'intérêt de l'entreprise dont on veut assurer le maintien en activité, le nouveau commissaire aux comptes devrait pouvoir poursuivre l'alerte où elle a été interrompue. Il suffit pour cela d'une collaboration entre le nouveau commissaire aux comptes et le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel et le président du tribunal pour être informé du dossier. Il n'est nullement besoin d'une nouvelle convocation du conseil d'administration. C'est ce qu'a décidé la Cour d'Appel de Paris dans une décision du 25 février 1998²⁶⁹.

133. De toutes les manières, après la quatrième phase, l'alerte prend fin en ce qui concerne les sociétés anonymes. Le commissaire aux comptes ne peut en revanche prédire d'avance si

²⁶⁷ F. Perochon, op. cit. p.61.

²⁶⁸ F. Perochon, Ibid.

²⁶⁹ Cour d'appel de Paris, 25 févr. 1998: Bull. Joly 1998,n°6,p.617, note J.F. Barbiéri.

les inquiétudes ou risques de menaces dont il a fait part aux dirigeants et associés seront résolues dans l'intérêt de l'entreprise. Il est donc certain que l'alerte se poursuivra, la confidentialité s'estompera et les risques d'ébrulement des difficultés ne seront pas à exclure²⁷⁰. Malgré cela, il doit continuer d'alerter les dirigeants parce que c'est un devoir pour lui et cela quelque soit la personne morale considérée.

134. Dans les autres personnes morales, la procédure est simplifiée voire abrégée. Contrairement aux sociétés anonymes, elle ne comporte au plus que trois phases. En cela, la procédure d'alerte paraît moins longue ici que celle observée dans les sociétés anonymes dans lesquelles on en compte quatre. Toutefois, au sein de ces personnes morales autres que les sociétés anonymes, il y a les sociétés commerciales et les groupements économiques, les personnes morales de droit privé non commerçantes qui ont une activité économique et enfin les entreprises publiques. Dans les sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique (GIE) la procédure est prévue par les articles L.612-3 C.Com et R.234-5 C.Com).

135. La procédure s'ouvre par une demande d'explication adressée par le commissaire aux comptes lorsqu'il décèle au cours de sa mission tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Les dirigeants (gérant SARL ou administrateur de GIE) sont tenus de répondre dans un délai de quinze jours par lettre recommandée avec demande d'avis de réception²⁷¹. Une copie de la demande d'explication ainsi que de la réponse est communiquée dans les mêmes formes et délais au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel et au conseil de surveillance, s'il en existe. Le commissaire aux comptes informe le président du tribunal de la réponse du dirigeant par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. A ce stade de la procédure, les règles applicables sont celles prévues pour les sociétés anonymes. Plus concrètement, cela veut dire que si le commissaire aux comptes constate une carence du dirigeant soit pour absence de réponse ou soit pour persistance des inquiétudes malgré les mesures prises, il établit un rapport spécial et invite par un écrit dont une copie est transmise au président du tribunal de commerce, le

²⁷⁰ Y. Guyon, LPA, 21 avr.1999, p.8, n°16; Sur la confidentialité v. C. Delattre, « Le secret des affaires, La confidentialité des procédures », Dr.soc.2012-1, ét.2; G. Teboul, « Secret et transparence dans la prévention des difficultés des entreprises », in n°spéc.RJC, sept.2001, p.17; H. Bourbouloux, « Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés », BJE mai 2012, p.183, n°87 ; Pour une application du principe en matière boursière, F. Kopf et M.. Della Vittoria, « L'information financière des sociétés en difficulté : entre transparence de l'émetteur et protection du débiteur », BJB, 01 juin 2013, n°6, p. 303.

²⁷¹ Art. L.234-2 et Art. R.234-7 C.com.

dirigeant à faire délibérer sur les faits relevés une assemblée générale²⁷². Le même rapport est communiqué au comité d'entreprise ou à défaut aux délégués du personnel.

136. Toutefois, comme cela est prévu pour les sociétés anonymes, si après la tenue de l'assemblée générale, les inquiétudes du commissaire aux comptes demeurent inchangées et que la continuité de l'exploitation paraît toujours compromise, le commissaire aux comptes informe de ses démarches le président du tribunal de commerce et lui communique avec documents à l'appui le bilan de sa mission²⁷³. En ce qui concerne le déroulement de la procédure dans les personnes morales de droit privé non commerçantes qui ont une activité économique, il faut indiquer que la procédure varie en fonction de la structure de la personne morale. Ainsi lorsque le groupement est doté d'un organe collégial distinct de l'organe chargé de la direction, on applique la même procédure que celle prévue pour les sociétés anonymes. Deux situations sont donc à observer même si dans les faits la procédure s'ouvre toujours par une information des dirigeants sur l'existence de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

137. En ce qui concerne des groupements tels que les associations qui disposent d'un organe collégial qui peut être soit le conseil d'administration ou le conseil de surveillance, la procédure s'ouvrira par une invitation par écrit faite par le commissaire aux comptes au président du groupement afin de faire délibérer l'organe collégial de la personne morale sur les faits constatés²⁷⁴. Le commissaire aux comptes est convoqué à cette séance. La délibération de l'organe collégial est communiquée au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel et au président du tribunal de grande instance. En revanche, lorsque le commissaire aux comptes constate qu'en dépit des décisions prises la continuité de l'exploitation demeure toujours compromise, une assemblée générale est convoquée. Le commissaire aux comptes établit un rapport spécial qui est présenté à cette assemblée. Ce rapport est par la suite communiqué au comité d'entreprise s'il existe, ou à défaut, aux délégués du personnel.

²⁷² Art. L. 234-2 C. com.

²⁷³ Art.612-3 et R.612-4 C.com.

²⁷⁴ Art. L. 612-3 et R. 612-4 C. com.

138. Enfin, pour les groupements qui ne sont pas dotés d'un organe collégial, la procédure se déroulera comme pour les autres personnes morales autres que les sociétés anonymes. En raison de cette absence d'organe collégial, le commissaire aux comptes adressera un avertissement au dirigeant sur les faits constatés. Ce dernier doit répondre conformément aux dispositions de l'article R.234-5 et s. du code de commerce c'est à dire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et cela dans les quinze jours qui suivent la demande d'explication. Sa réponse doit être communiquée dans les mêmes formes et délais au comité d'entreprise si le groupement en dispose d'un ou à défaut, aux délégués du personnel et au conseil de surveillance. Dans sa réponse, il doit indiquer après analyse de la situation de l'entreprise les mesures qu'il entend prendre pour remédier aux difficultés constatées. Si le commissaire aux comptes juge la réponse insatisfaisante et qu'elle ne permet pas de résorber les difficultés relevées, il établit un rapport spécial qui est adressé au comité d'entreprise et au président du tribunal de grande instance. Ce rapport sera présenté à l'assemblée générale qu'il aura préalablement convoquée.

139. A l'issue de cette assemblée générale, si les faits qui ont motivés l'alerte demeurent inchangés et que la continuité de l'exploitation reste toujours probable, le commissaire aux comptes en informe le président du tribunal et le résultat de ses démarches. La procédure prendra ainsi fin sans possibilité pour le commissaire aux comptes de faire des suggestions au risque d'être accusé de vouloir s'immiscer dans la gestion de l'entreprise, ce qui est contraire à sa mission. Pour les entreprises publiques, il y a lieu de se référer aux règles applicables aux sociétés anonymes car la procédure est la même.

140. Quant à la procédure de droit Ohada, elle s'organise autour de trois étapes. Contrairement à l'alerte du droit français qui comporte quatre étapes, la procédure d'alerte du commissaire aux comptes dans les sociétés anonymes de droit OHADA en compte trois. En Ainsi, elle apparaît alors moins longue par rapport à ce qui est prévu en droit français. Elle est prévue par les articles 153 à 156 de l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique (AUSC et G.I.E). Selon l'article 153 de l'acte uniforme susvisé, la première étape consiste en une demande d'explication faite par le commissaire aux comptes et adressée aux dirigeants de l'entreprise soit au président du conseil d'administration, au président directeur général ou à l'administrateur général selon le cas.

141. La demande d'explication peut se faire sous deux formes, soit par lettre au porteur contre récépissé ou soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Les dirigeants concernés disposent d'un délai d'un mois pour répondre à la demande d'explication. La réponse doit se faire selon le même procédé de forme utilisé par le commissaire aux comptes lors de l'envoi de la demande d'explication. Les dirigeants de la société, selon le cas, doivent en principe, dans leur réponse, donner une analyse de la situation de l'entreprise et indiquer les mesures envisagées en vue de faire cesser les inquiétudes constatées.

142. Toutefois à défaut de réponse de leur part, ou si les réponses servies sont jugées insatisfaisantes par le commissaire aux comptes, l'alerte va se poursuivre et aboutir à sa deuxième étape, c'est à dire la convocation de l'instance dirigeante. Plus concrètement, le commissaire aux comptes, dans les quinze jours qui suivent l'absence de réponse ou l'insatisfaction de la réponse donnée par les dirigeants, invite ces derniers selon le cas à faire délibérer le conseil d'administration ou l'administrateur général à se prononcer sur les faits constatés. Cette invitation est formée par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Dès réception de la lettre du commissaire aux comptes dans un délai de quinze jours, le président du conseil d'administration ou le président directeur général selon le cas, convoque le conseil d'administration, ce dernier dispose d'un délai d'un mois pour délibérer sur les faits relevés. Le commissaire aux comptes est convoqué à la séance du conseil. Lorsque l'administration et la direction générale de la société sont assurées par un administrateur général, celui-là, dans le même délai d'un mois, convoque le commissaire aux comptes à la séance au cours de laquelle il se prononce sur les faits relevés.

143. Lorsque le conseil d'administration ou l'administrateur général ont pu se réunir en vue de délibérer sur les faits constatés, un extrait du procès verbal est adressé au commissaire aux comptes dans le mois qui suit la délibération du conseil ou de l'administrateur général. L'alerte prendra fin si à l'issue de cette délibération, le commissaire aux comptes juge suffisant les mesures prises par les dirigeants, par conséquent la raison maintenir l'alerte ne sera plus justifiée et la procédure s'arrêtera à cette deuxième étape.

144. Mais il se peut que malgré les lettres d'invitation du commissaire aux comptes, aucun conseil d'administration n'ait pu se tenir, et par conséquent qu'aucune décision n'ait été prise. Il est aussi possible que malgré la tenue du conseil d'administration ou de l'administrateur général, des décisions aient été prises, mais que celles ci soient jugées inefficaces par le

commissaire aux comptes qui constate que la continuité de l'exploitation demeure toujours compromise. Dans ces cas, une troisième étape va s'imposer, elle va consister pour le certificateur des chiffres à adopter deux attitudes selon le cas.

Soi, il va établir un rapport spécial qui sera présenté à la prochaine assemblée générale, soit il va convoquer l'assemblée générale des actionnaires pour leur soumettre ses conclusions. D'après l'article 156 de l'acte uniforme cité, c'est le caractère urgent de la situation de l'entreprise qui nécessiterait cette convocation. L'urgence pourrait se justifier par exemple par référence à l'analyse comptable et plus précisément à la situation financière désastreuse de l'entreprise²⁷⁵. Ainsi le commissaire aux comptes constate que l'entreprise considérée connaît un endettement excessif, ses fonds propres sont très insuffisants, l'ensemble de son patrimoine mobilier est mis en gage pour régler la dette d'un gros fournisseur etc... En droit français, la convocation de l'assemblée générale est aussi prévue mais elle n'est soumise à aucune condition d'urgence telle que énoncée par l'article 156 de l'acte uniforme cité²⁷⁶. La précision faite par le législateur OHADA n'est pas nécessaire dans la mesure où le caractère urgent transparaît forcément dans la persistance des faits qui ont motivés l'alerte.

La simple convocation de l'assemblée générale par le commissaire aux comptes traduit inéluctablement l'urgence de la situation et justifie ipso facto la convocation des actionnaires. La procédure prend fin après la convocation et la tenue de l'assemblée générale sans qu'il ne soit possible pour le commissaire aux comptes de donner une suite à l'alerte. En clair, après ses observations et ses conclusions faites lors de l'assemblée générale, il appartiendra aux actionnaires s'ils l'estiment nécessaire, de provoquer une réaction des dirigeants à travers leur droit à l'information prévue aux articles 671 et 672 de l'AUDCSC.

145. Or en droit français, une quatrième étape intervient après la convocation de l'assemblée générale. Le commissaire aux comptes doit en effet attendre la réponse des dirigeants afin de porter l'information au président du tribunal du commerce²⁷⁷. En outre, depuis l'entrée en vigueur en France de la loi N°2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et amélioration de la qualité du droit, la procédure d'alerte a subi une simplification majeure. Le commissaire aux comptes peut désormais sous certaines conditions interrompre l'alerte avant sa dernière phase et la reprendre ultérieurement là où il l'avait arrêtée²⁷⁸. De ce point vue, et

²⁷⁵ A. S. Alghadi, op. cit. p. 46.

²⁷⁶ v. également l'article 516 de l'acte uniforme portant sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

²⁷⁷ Art. L. 234-1, al.4 et R. 234-4 C. com.

²⁷⁸ v. supra n° 67 sur l'alerte du commissaire aux comptes en droit français,

relativement au déroulement de la procédure, il y a une convergence entre les procédures d'alerte de droit OHADA et les procédures d'alerte de droit français.

146. Toutefois, les deux procédures d'alerte se distinguent au niveau du nombre d'étape et aussi par la faculté d'interruption et de reprise de la procédure d'alerte telle que reconnue en droit français. Mais dans le fond, c'est la même approche de la technique d'alerte telle que prévue en droit français qui a été reconduite en droit de l'OHADA. Il n'est donc pas surprenant qu'on retrouve dans l'ordre juridique communautaire africain les mêmes lacunes et imperfections. Ainsi un auteur²⁷⁹ relève pour sa part que la procédure d'alerte devant la société anonyme est « longue, complexe et formaliste ». Qu'en est-il dans les sociétés autres qu'anonymes?

147. Dans les sociétés autres qu'anonymes de droit Ohada, c'est à dire pour l'essentiel les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple, la procédure d'alerte est simplifiée, elle ne comporte que deux phases. Elles sont retracées par les articles 150 à 152 de l'AUSC et GIE.

148. Dans la première phase, en présence de tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation le commissaire aux comptes adresse une demande d'explication au gérant de la société concernée. Cette demande se fait par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. La réponse du gérant doit intervenir dans le délai d'un mois par également lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Il doit indiquer dans sa réponse toutes les mesures prises pour faire cesser le risque de cessation des paiements. Si ces mesures, satisfont le commissaire aux comptes, il doit alors mettre un terme à la procédure d'alerte. L'alerte aura été bénéfique à l'entreprise.

149. Toutefois, si le gérant ne donne pas une suite à la demande d'explication du commissaire aux comptes, ou si le commissaire aux comptes juge insatisfaisantes les mesures prises et que par conséquent la continuité de l'exploitation de l'entreprise reste toujours compromise, l'alerte va rentrer dans sa deuxième phase. Dans ce cas, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial. Il peut demander, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, que ce rapport soit adressé aux

²⁷⁹ S. Di Carlo, « Les mécanismes juridiques de l'alerte », in la prévention des difficultés des entreprises, analyse des pratiques juridiques, Puam 2004, p. 55 et s.

associés ou qu'il soit présenté à la prochaine assemblée générale. Le gérant dispose d'un délai de huit jours après la réception de la demande pour procéder à la communication du dit rapport. L'alerte prend ainsi fin dans ces sociétés sans pour autant que les raisons qui ont motivées son déclenchement aient disparues. Cette lacune d'ailleurs héritées du droit français se retrouve également en droit OHADA, ce qui ne doit pas cependant occulter son caractère confidentiel. C'est un point sur lequel, l'alerte de droit OHADA se distingue nettement de l'alerte de droit français.

150. Il convient toutefois de relever au regard de tout ce qui précède que les procédures d'alerte prévues par le droit OHADA sont toutes internes à l'entreprise. Il en résulte que toutes les procédures d'alerte initiées restent cantonnées dans la sphère intime de l'entreprise. En l'absence d'agents de détection externes à l'entreprise, le risque d'ébrulement du fait du déclenchement de l'alerte est ainsi amoindri. Plus concrètement, les autres organes extérieurs à l'entreprise²⁸⁰ ne seront pas informés de l'existence d'une telle procédure, ce qui préserve en principe le risque de discrédit de l'entreprise. La procédure d'alerte conserve ainsi un caractère confidentiel car la confidentialité est perçue comme une exigence en matière de prévention des difficultés des entreprises.

151. Par exemple en droit français le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel sont informés de l'existence de la procédure d'alerte. Or à travers les réunions syndicales que pourraient organiser le comité d'entreprise, les partenaires ou contractants de l'entreprise peuvent être informés de l'existence d'une telle procédure. En ce sens, c'est pour donner une chance de succès à l'alerte et probablement lui donner une certaine efficacité, que le législateur OHADA n'a fait aucune référence ni au comité d'entreprise ni au juge qui, comme cela se passe en droit français, décide de convoquer le dirigeant pour un entretien au cours duquel il lui demandera quelles sont les mesures de redressement qu'ils entendent prendre pour de faire cesser le risque de rupture dans la continuité de l'exploitation de l'entreprise²⁸¹.

152. On peut cependant se demander si le choix opéré par le législateur africain ne compromet pas d'avantage l'efficacité de cette technique de prévention détection. Il est vrai que l'alerte du commissaire aux comptes de droit français dont s'inspire le législateur OHADA

²⁸⁰ Les organes concernés dans cette hypothèse sont les présidents des tribunaux, les groupements de prévention agréée.

²⁸¹ A. S. Alghadi, *Perfectible Droit*, op. cit. p. 49.

prévoit l'information du président du tribunal de commerce et depuis l'ordonnance du 12 mars 2014 le président du tribunal de grande instance. L'association de ces derniers à la poursuite de la procédure n'a pas véritablement contribué à son succès. La preuve en est que les dirigeants diffèrent rarement aux convocations des juges de la prévention. Il est donc à prévoir qu'en l'absence de toute sanction à leur égard, les dirigeants OHADA épousent aussi les attitudes similaires, dans l'hypothèse où l'alerte serait ouverte au président de la juridiction compétente de droit OHADA.

b) Le déroulement de l'alerte des associés

153. Les associés sont des acteurs importants de l'entreprise. A ce titre le législateur français leur reconnaît un droit d'alerte afin de pouvoir interpeller les dirigeants lorsque des signes de difficultés compromettent l'évolution de l'entreprise. Le domaine de ce droit d'alerte doit être précisé ainsi que son déroulement, c'est à dire sa mise en œuvre proprement dite.

154. Ce droit d'alerte est réservé aux associés non gérants des sociétés à responsabilité limitée et aux actionnaires des sociétés anonymes²⁸². En revanche, ils ne peuvent exercer ce droit qu'à condition de réunir 5°/° du capital social. Il doit être aussi reconnu aux actionnaires des sociétés en commandite par actions dans la mesure où les règles concernant ces sociétés à l'exception de celles prévues par les dispositions du même code²⁸³ sont compatibles avec les règles des sociétés anonymes. En conséquence, si les actionnaires atteignent le pourcentage de 5°/° fixé par l'article L.22-232 du code de commerce, ils pourront exercer le droit d'alerte reconnu aux associés dans les mêmes conditions que les sociétés anonymes. En outre, par application de l'article L.227-1, alinéa 3 du code de commerce, le droit d'alerte peut aussi exister dans les sociétés à actions simplifiée.

En effet, selon cette disposition, certaines règles concernant les sociétés anonymes sont compatibles avec celles prévues pour les sociétés par actions simplifiée. Par conséquent les droits reconnus aux associés dans la société anonyme devraient pouvoir être également exercés par le ou les associés de la société par action simplifiée. Le droit d'alerte peut donc par application supplétive des dispositions prévues pour les sociétés anonymes, s'exercer dans les sociétés par actions simplifiée. Les associations d'actionnaire bénéficie de la procédure d'alerte instituée au profit des associés et actionnaires. Pour exercer le droit d'alerte qui leur

²⁸² V. Art. L. 223-36 et L. 225-32 C. com.

²⁸³ Art. L. 225-17 à L. 225-93 C. com.

est reconnu par l'article L.225-232 du code de commerce, ces associations doivent avoir communiqué leur statut à la société et à l'Autorité des marchés financiers. Cette prérogative est enfin reconnue aux associés des sociétés de personnes. Selon l'article L.221-8 du code de commerce, les associés non gérants des sociétés en nom collectif et les commandités des sociétés en commandite simple ont le droit d'exercer le droit d'alerte dans les formes et délais prévus par la loi.

155. Quant aux sociétés civiles, il faut se référer à l'article 1855 du code civil qui en fixe les conditions d'exercice du droit d'alerte. Le domaine d'application de l'alerte des associés paraît relativement large. Cette faculté reconnue aux associés ou actionnaires peut s'appliquer dans les sociétés de capitaux et de personnes. Toutefois, pour mesurer véritablement la place de ce droit d'alerte dans le système général d'alerte, un exposé de sa mise en œuvre sera nécessaire pour une meilleure appréciation de son utilité.

156. Il faut préciser avant le déroulement de la procédure, que le droit d'alerte des associés est une conséquence du droit à l'information dont dispose tout actionnaire ou associé²⁸⁴, en vertu duquel ces derniers peuvent interroger les dirigeants ou les gérants sur la gestion sociale. Cette prérogative d'alerte ne peut être cependant mise en œuvre qu'en présence du critère posé à l'article L.225-232 du code de commerce. Le critère considéré, est le même que celui de l'article L.223-236 du code de commerce relatif à l'alerte du commissaire aux comptes. Autrement dit, l'associé ou l'actionnaire peut déclencher l'alerte lorsqu'il a connaissance de « tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ». L'alerte se déroule selon deux étapes : il y a d'abord les interrogations qui sont en réalité des questions, lesquelles doivent se faire selon une forme bien précise, ensuite il y a la réponse des dirigeants ou des gérants.

157. Les questions des associés doivent revêtir la forme écrite. Malgré le manque de précision de l'article L.225-232 du code de commerce, Il doit s'agir logiquement, comme l'alerte du commissaire aux comptes, d'une lettre adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le contenu de la lettre doit être clair et préciser un certain nombre d'informations, notamment la qualité d'associé ou d'actionnaire, le nombre de parts ou d'actions détenues. La question doit enfin avoir pour objet le critère de l'alerte et donc

²⁸⁴ F. Perochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ 2014, 10^è éd. p. 52.

indiquer clairement les faits qui selon eux sont de nature à compromettre la continuité de l'exploitation et pour lesquels ils souhaitent avoir des explications.

158. A travers cette interrogation, les associés entendent « instituer un dialogue entre les dirigeants et de leur permettre de dissiper leurs craintes en prenant les mesures qui s'imposent²⁸⁵ ». Les destinataires des questions sont fonction des types de sociétés en présence. Dans les sociétés anonymes, les questions sont adressées au président du conseil d'administration ou au directoire. Pour les sociétés de personnes, la question doit être adressée au gérant²⁸⁶. Une fois reçue, la question ou les questions des associés doivent recevoir impérativement une réponse.

159. La réponse des dirigeants doit être faite par écrit, elle est obligatoire. En effet, l'article R.225-164 du code de commerce, « le président du conseil d'administration où le directoire répond par écrit dans le délai d'un mois aux questions qui lui sont posées en application de l'article L.225-232 du code de commerce». Selon le même texte, une copie de la question et de sa réponse est adressée aux commissaires aux comptes. Rien ne semble indiquer cependant dans le texte cité que l'associé soit informé de la réponse de du dirigeant. Cette omission signifie-t-elle que l'information de l'associé est sans importance? Comment l'associé peut il dans ce cas savoir que sa question a reçu une réponse de la part du dirigeant Pourtant, contrairement à l'alerte des associés, la réponse est communiquée au commissaire aux comptes et au comité d'entreprise, en ce qui concerne le droit d'alerte du commissaire aux comptes et du comité d'entreprise.

160. A l'instar du droit français²⁸⁷, dont il a repris les principes, le droit à l'information des associés dans l'espace OHADA préexiste à la tenue de la prochaine assemblée générale, il présente une dimension prévisionnelle : les associés ou actionnaires ne doivent être informés que postérieurement de l'existence des difficultés. L'information en cause doit provenir des dirigeants. Ces derniers doivent garantir une information minimale à tout associé de nature à aboutir à une parfaite transparence de la gestion sociale et à une bonne gouvernance de

²⁸⁵ C. Saint-Alary-Houin, op.cit.p.119

²⁸⁶ Pour une étude détaillée et complète du fonctionnement de ces sociétés, P. Merle, Sociétés commerciales, Dalloz, 15^e éd., 2012, pp. 457 et s. et pp. 543 et s.

²⁸⁷ Voir les articles L.225-115, L.225-116 et L.225-117 C. com.

l'entreprise²⁸⁸. Les articles 525 et 526 AUSC prévoient deux types d'information. La première est dite occasionnelle et consiste en la possibilité offerte à tout actionnaire de consulter l'inventaire des états financiers de synthèse, les rapports des commissaires aux comptes et du conseil d'administration ou de l'administrateur général ainsi que le montant des rémunérations des dirigeants et salariés les mieux rémunérés. Les articles 671 et 672 font également obligation aux dirigeants d'informer les associés avant la tenue de l'assemblée générale. Il en est ainsi lorsqu'une assemblée générale est spécialement convoquée pour se prononcer sur un projet de fusion ou de scission. Au sujet plus précisément d'un projet de fusion, l'article 671 AUSC exige que le projet en question soit obligatoirement consulté par tout associé ainsi que les rapports du conseil d'administration, les états financiers de synthèse et les rapports de gestion de toutes les sociétés concernées par la fusion.

161. La seconde obligation d'information impose la mise à disponibilité des documents sociaux qui concerne les trois derniers exercices, les procès verbaux et les feuilles de présence des assemblées tenues au cours des trois derniers exercices ainsi que de tous les autres documents si les statuts le prévoient. Afin de garantir ce droit à l'information, les associés sont libres au moment de la rédaction d'insérer dans les statuts de la société des dispositions qui leur offrent une meilleure lisibilité des actes de gestion²⁸⁹. Les associés ont le droit de s'informer de temps à autre sur la gestion de la société. Ils peuvent à cet effet consulter au siège social, dans les limites fixées par la loi, tous les documents et pièces comptables susceptibles de leur fournir des renseignements exacts sur la situation de l'entreprise. Ainsi à l'instar des commissaires aux comptes, les associés peuvent au regard des différentes informations en leur possession valablement demander des explications aux dirigeants lorsqu'ils relèvent des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. C'est le droit d'alerte des associés prévus aux articles 157 et 158 de l'AUDSCGIE qui retiennent la même procédure de déclenchement aussi bien pour la société anonyme que pour les autres sociétés.

162. La procédure de déclenchement de ce droit d'alerte obéit aux mêmes conditions de délais et de forme qu'il s'agisse des sociétés anonymes ou des autres sociétés. La seule

²⁸⁸ A.M Carton et B. Mator, « L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit OHADA », cah. dr. entr, 2000, p.21; A.S Alghadi, op.cit., p.53.

²⁸⁹ A.S. Alghadi, Perfectible Droit op.cit. p.53; A.M. Cartron, et B. Martor, art. préc. p.23.

différence notable au niveau de la procédure tient au destinataire des questions qui varie logiquement en fonction du type de société. Dans tous les cas, l'alerte s'ouvre par une demande d'explication adressée soit par tout associé au gérant s'agissant des sociétés autres qu'anonymes, soit par tout actionnaire au Président du Conseil d'administration, au Président-directeur général ou à l'administrateur général si dans cette dernière hypothèse, l'administration et la direction générale de la société anonyme sont assurées par un administrateur général, au sujet des sociétés anonymes. La demande d'explication doit intervenir dans un contexte particulier c'est à dire lorsque les associés ou les actionnaires sont informés par exemple que l'entreprise se trouve dans une mauvaise passe.

163. Plus concrètement, d'après les articles 157 et 158 AUSC et GIE, tout associé non gérant ou actionnaire peut, deux fois par exercice, poser des questions à l'organe de gestion selon le cas, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Le gérant, le Président du Conseil d'Administration, le Président-Directeur Général ou l'administrateur général répond par écrit dans le délai d'un mois aux questions qui lui ont été posées. Dans le même délai, le gérant de la société concernée adresse une copie de la question et de sa réponse au commissaire aux comptes s'il en existe un. Pour les sociétés anonymes, dans le même délai et dans les mêmes formes, le dirigeant de la société doit adresser copie de la question et de sa réponse obligatoirement au commissaire aux comptes.

Il faut observer que l'acte uniforme ne précise pas le contenu de la réponse du gérant ou du dirigeant de la société anonyme, mais on peut deviner comme c'est d'ailleurs le cas dans les autres mécanismes d'alerte, que la réponse doit indiquer les mesures que le gérant ou le dirigeant de la société anonyme attend prendre pour faire cesser le risque de cessation des paiements de l'entreprise. L'alerte des associés prend fin à ce stade de la procédure avec l'information du commissaire aux comptes, il appartient à ce dernier d'en tenir compte si éventuellement il devait déclencher sa propre alerte. On remarque cependant qu'à la différence du droit français, l'exercice du droit d'alerte des associés en droit OHADA n'est subordonné par aucune condition relative au pourcentage du capital détenu par les associés ou les actionnaires.

164. En droit français et conformément aux articles L.225- 232 et L.225-120 du code de commerce, les associés ou actionnaires doivent détenir au moins un vingtième du capital social. Par cette disposition, le législateur OHADA favorise ainsi l'expression individuelle de tous les associés, car c'est dans la manifestation de toutes les idées singulières et la prise en compte de toutes les préoccupations des associés que les solutions aux difficultés rencontrées

par l'entreprise pourront trouver une solution consensuelle²⁹⁰. En effet, lorsqu'une entreprise est en difficulté, il n'y a pas que les seuls associés ou actionnaires majoritaires qui sont concernés par cette situation. Les mêmes associés minoritaires sont aussi intéressés par la vie de l'entreprise. Puisqu'ils ont contribué au capital de la société, il est tout à fait normal qu'ils soient associés lorsque les choses se passent mal à la recherche de solution à travers les demandes d'explication adressées au gérant ou au dirigeant de la société anonyme. Quoiqu'il en soit, l'alerte des associés en droit OHADA ne pouvait pas échapper aux mêmes critiques et aux lacunes rencontrées en droit français. Ses caractères facultatifs et limitatifs ont toutefois conduit la doctrine à le présenter comme une fausse voire une pseudo alerte²⁹¹.

2- Divergences dans le choix des agents chargés de la mise en œuvre de l'alerte

165. On observe une divergence quant aux agents titulaires des techniques d'alerte. Le droit français a préféré retenir à l'instar du commissaire aux comptes trois autres acteurs à savoir le comité d'entreprise (a), les présidents des tribunaux²⁹² (b) et les groupements de prévention agréée (c). Ces trois acteurs de la détection des difficultés sont absents du dispositif de droit Ohada.

a) L'alerte du comité d'entreprise ou des délégués du personnel

166. Elle est institué par les articles L.2323-78 et L.2323-14 du code du travail et L.234-3 du code de commerce un droit d'alerte au profit du comité d'entreprise ou à défaut aux délégués du personnel. Le code du commerce définit le domaine d'application de ce droit d'alerte ainsi que le déroulement de la procédure. La reconnaissance de ce droit aux salariés s'explique par le fait que les difficultés de l'entreprise auront forcément des répercussions sur ces derniers²⁹³. Par conséquent, aucune entreprise ne saurait véritablement se redresser sans une adhésion véritable des employés, dont le maintien de l'emploi dépend étroitement du maintien en activité de l'entreprise²⁹⁴.

²⁹⁰ A.S. Alghadi, op. cit. p. 55.

²⁹¹ P.-M. Le Corre Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz, 2015-2016, p.169, n°122.51. Pour cet auteur le terme de procédure ne semble pas adapter à l'alerte des associés dans la mesure où elle ne débouche pas sur la saisine du président du tribunal; v. avis contraire, C. Saint- Alary-Houin, op.cit., p.107.

²⁹² L'article 611-2-1 prévoit désormais un droit d'alerte au profit du président de tribunal de grande instance. La procédure ne différera pas avec la procédure d'alerte du président du tribunal. Seulement que le déclenchement de l'alerte par le président du tribunal de commerce ou de grande instance sera fonction de la qualité du débiteur.

²⁹³ P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, 2015-2016, p.155.

²⁹⁴ F. Perochon, Entreprises en difficulté, .op.cit. p.54.

A l'instar des autres techniques d'alerte, l'alerte du comité d'entreprise est ouverte à toutes les sociétés commerciales. Il s'agit des sociétés anonymes, les sociétés par actions simplifiées, les sociétés de personnes telles que les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée, les entreprises individuelles à responsabilité limitée²⁹⁵. Certes cet article vise les sociétés anonymes avec conseil d'administration ou dotées d'un directoire et les sociétés avec gérants, mais il faut y englober par extension toutes les sociétés commerciales sans exception. Peu importe la nature de l'entreprise considérée, pourvu qu'elle soit dotée d'un comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel. Il en résulte donc que les sociétés civiles sont aussi concernées par le droit d'alerte du comité d'entreprise. La chambre sociale de la cour de cassation a de son côté reconnu un tel droit aux entreprises de sécurité sociale dès lors qu'elles comprennent un comité d'entreprise²⁹⁶.

167. En effet, la défaillance de toute entreprise a nécessairement un effet sur la situation des salariés. A partir de là, toutes difficultés constatées de la part de ceux là, peuvent être une source d'inquiétude si elles revêtent un caractère sérieux et préoccupant. En cela, le droit d'alerte du commissaire aux comptes ne diffère pas de celui reconnu au comité d'entreprise dans la mesure où, il s'agit d'instaurer un dialogue entre les dirigeants et les salariés pour que ceux là prennent conscience des risques de cessation des paiements et de la nécessité de prendre les mesures nécessaires afin qu'elles n'adviennent pas. Comme le souligne un auteur²⁹⁷, c'est l'amoncellement des difficultés qualifiées souvent de mineures qui conduit à la cessation des paiements, qui dans la majorité des cas consomme la disparition de l'entreprise.

168. S'agissant de ce droit d'alerte, le législateur a fait de la confidentialité un critère important, afin qu'elle soit permanente pendant le déroulement de la procédure, car il faut éviter que les informations recueillies à toutes les étapes de la procédure ne soit ébruitées par des subterfuges syndicales orchestrées par le comité d'entreprise²⁹⁸. La procédure qui se déroule sous une forme de dialogue comporte trois phases successives.

²⁹⁵ Art. L. 234-3 C.com.

²⁹⁶ Cass. soc. 19 févr. 2002: RTD com. 2002, 720, n°1, obs. F. Marcorig- Venier; Rév. proc. coll. 2/2002, p. 104, note Taquet.

²⁹⁷ F. Perochon, op. cit. p. 48.

²⁹⁸ Art. L2323-82 C. trav ; v. aussi, B. De Belval, op.cit., Studyrama, 2009, p.46

169. La première phase est une demande d'explication à travers laquelle le comité d'entreprise, lorsqu'il a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise, adresse une demande d'explication à l'employeur. La demande s'effectue à travers une question que le comité d'entreprise ou les délégués du personnel pose au dirigeant d'entreprise. Mais en réalité, cette demande d'explication est votée par le comité d'entreprise et constaté dans un procès verbal de délibération. La question sera ensuite inscrite de plein droit à l'ordre du jour de la prochaine réunion du comité²⁹⁹. A la suite de la demande d'explication faite, le comité attendra évidemment une réponse de l'employeur. La réponse peut être jugée satisfaisante et faire disparaître les craintes du comité quant à la situation économique de l'entreprise. Dans ce cas, la procédure d'alerte s'arrêtera là.

170. Toutefois, deux situations peuvent être envisagées dans la réaction de l'employeur. Il peut refuser de donner une suite à la demande d'explication en ne fournissant aucune réponse au comité d'entreprise. Il commettrait ainsi le délit d'entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise prévu par l'article 2328-1 du code de travail. Ou alors, selon le même texte de l'article L.2328-78 du code de travail suscitée, la réponse de l'employeur n'est pas suffisante. Si elle confirme le caractère préoccupant de la situation, il va s'ouvrir la deuxième phase de la procédure d'alerte qui consistera en l'établissement d'un rapport.

171. L'établissement du rapport est une conséquence du manque de réponse satisfaisante de la part de l'employeur, ce qui traduirait une persistance du caractère préoccupant de la situation économique de l'entreprise. Cela signifierait aussi le manque de dialogue entre l'employeur et le comité d'entreprise eu égard à la situation préoccupante de l'entreprise. L'objectif du rapport est d'analyser la situation économique de l'entreprise et de définir des suites à donner³⁰⁰. Dans les entreprises employant au moins mille salariés, ce rapport est établi par la commission économique prévue à l'article L2325-23 du code de travail. Il est par la suite transmis à l'employeur et aux commissaires aux comptes. Cette diffusion du rapport aux commissaires sera une occasion pour les deux détenteurs du droit d'alerte d'échanger les informations sur la situation de l'entreprise. Le comité d'entreprise peut toutefois au cours de cette phase, se faire assister par un expert comptable rémunéré par l'entreprise³⁰¹. Ce dernier peut même l'aider dans l'élaboration du rapport³⁰². Mais sa désignation doit intervenir en

²⁹⁹ Art. L.223-78 C. trav.

³⁰⁰ C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, op.cit. p. 104.

³⁰¹ Art. L. 2325-35 C. trav ; v. également, B. Teyssié, *L'expert comptable du comité d'entreprise*, JCP E 2003, 1745, p. 1998.

³⁰² D. Vidal, *Droit des procédures collectives*, Gualino 2006, p.60.

amont de la demande d'explication adressée à l'employeur, ce qui ne semble pas être le cas dans la pratique, puisque l'expert aide le comité d'entreprise à exercer son droit d'alerte en lui apportant une aide dans l'analyse de la situation et des faits de nature à motiver le déclenchement de l'alerte³⁰³. La mission de l'expert peut donc évoluer au cours de sa mission et s'étendre postérieurement aux faits qui ont motivé la demande. Il existe aussi une possibilité offerte au comité d'entreprise ou la commission économique, c'est celle de pouvoir s'adjoindre avec voix consultative deux salariés de l'entreprise choisis pour leur compétence et en dehors du comité d'entreprise³⁰⁴.

172. Quoi qu'il en soit, le rapport décidera de l'opportunité de saisir de ses conclusions l'organe chargé de l'administration de la société ou de sa surveillance. La procédure d'alerte peut donc se poursuivre et donner lieu à une troisième phase : la décision d'alerte.

173. La décision de déclencher l'alerte n'est pas systématique, en ce qui concerne d'une part, le comité d'entreprise peut renoncer à déclencher l'alerte en ignorant le rapport effectué, il demeure donc libre d'arrêter la procédure. Mais en raison de la gravité de la situation, le comité d'entreprise qui a reçu en la matière un pouvoir souverain d'appréciation, il ne peut que continuer la procédure. La démarche variera en fonction de la forme de l'entreprise en difficulté selon qu'il existe ou non un organe chargé de l'administration ou de surveillance.

174. Dans la première hypothèse, c'est à dire dans les sociétés à conseil d'administration ou à conseil de surveillance, le comité d'entreprise peut saisir directement l'organe de direction ou de surveillance³⁰⁵. En cas de saisine et à condition de respecter le délai de quinze jours, la question devra être inscrite à l'ordre du jour de la prochaine réunion de cet organe³⁰⁶. A la suite de sa saisine, l'organe considéré devra délibérer dans le délai d'un mois. La décision motivée qu'il est obligé de rendre doit se référer au rapport et concerner seulement l'alerte. Le comité d'entreprise est informé de la réponse donnée par l'organe d'administration ou de surveillance. Selon l'article L.2323-78 du code du travail, l'envoi de la réponse revêt la forme de la communication d'un extrait du procès verbal de délibération du conseil. L'alerte s'arrêtera à ce stade, le comité d'entreprise n'est pas autorisé à informer les associés, ses membres étant assujettis à l'obligation de confidentialité.

³⁰³B. De Belval, op.cit. p.45.

³⁰⁴ Art. L. 2323-79 C. trav.

³⁰⁵ Art. L. 2323-14 C. trav.

³⁰⁶ Art. L. 2323-81 C. trav.

175. Dans la deuxième hypothèse, et conformément à l'article L.2328-1 du code du travail, lorsque le comité décide de poursuivre l'alerte, ils tiennent informés les associés ou membres de la situation de l'entreprise, le gérant s'agissant des sociétés commerciales autre que les sociétés anonymes et les sociétés civiles et les administrateurs du GIE communiquent obligatoirement le rapport de la commission économique ou du comité d'entreprise aux associés. Les associés ne sont pas obligés de se prononcer sur le rapport ainsi reçu, ils sont libres de prendre les mesures qu'ils jugent nécessaires et adaptées à la situation qui prévaut³⁰⁷. Il faut relever que parfois aussi, ce droit d'alerte peut être exercé par les délégués du personnel à défaut du comité d'entreprise. Pour l'essentiel, ce sont les règles que pour le comité d'entreprise. La procédure est cependant adaptée pour tenir compte du caractère exceptionnel de l'alerte. Concrètement, les délégués inscrivent la question posée à l'ordre du jour de la prochaine assemblée qui a lieu entre les délégués et le dirigeant d'entreprise. L'alerte se déroulera par la suite comme dans celui de l'alerte du comité d'entreprise. Mais les avis de l'expert et du commissaire aux comptes peuvent remplacer le rapport des délégués qui devra être communiqué selon le cas, soit par le conseil d'administration ou de surveillance, soit par le gérant ou par l'administrateur du GIE. Les associés sont également informés de la situation de l'entreprise, la procédure s'arrête à ce stade sans qu'il soit possible pour les délégués de saisir le président du tribunal de commerce qui peut décider de convoquer le dirigeant dans le cadre d'une alerte externe.

b) L'alerte des présidents des tribunaux

176. Le très grand nombre de dossiers dont il peut être saisi ne peut recevoir un traitement rapide et efficace si le président du tribunal devait à lui seul exercer cette mission d'alerte. C'est pourquoi, par l'effet d'une délégation de compétence, il se fait aider dans sa tâche par des magistrats délégués à la prévention³⁰⁸. Le président du tribunal juge de la prévention demeure cependant un juge de l'opportunité. En cela, il peut exercer son droit d'alerte en convoquant le dirigeant ou renoncer de l'exercer en décidant de ne pas le convoquer³⁰⁹. Mais lorsqu'il décide de le convoquer, il doit vérifier le domaine d'application de l'alerte. Autrement dit, si l'entreprise concernée est visée par l'article L.612.2 du code de commerce, et dans

³⁰⁷ C. Saint-Alary-Houin, op.cit. p.105.

³⁰⁸ B. De Belval, op.cit. p. 47.

³⁰⁹ J.-P. Sortais, Entreprises en difficultés, les mécanismes d'alerte et de conciliation, LGDJ, 2006, p. 43.

l'affirmative, il devra lui appliquer le mécanisme juridique de l'alerte ? c'est à dire le mettre en mouvement.

177. Contrairement à l'alerte du commissaire aux comptes, les entreprises concernées par cette autre alerte sont beaucoup nombreuses. L'article L.611-2 du code commerce retient au nombre des bénéficiaires du droit d'alerte du président du tribunal de commerce, les sociétés commerciales, les groupements d'intérêt économique, les entreprises individuelles, commerciales ou artisanales. Les sociétés commerciales concernées sont celles visées dans le cadre de l'alerte du commissaire aux comptes par les articles L.234-1 et L.234-2 du code de commerce. Il s'agit des sociétés anonymes, des sociétés par actions simplifiées, des sociétés à responsabilités limitée, des sociétés en commande simple et des groupements d'intérêt économique.

178. Mais depuis la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, le domaine d'application du droit d'alerte s'est un peu plus élargi. L'extension concerne désormais toutes les entreprises commerciales quelque soit leur importance. L'extension du domaine d'alerte s'est encore plus élargi avec l'ordonnance du 12 mars 2014 qui rend désormais possible le déclenchement de l'alerte par le président du tribunal de grande instance. Cette alerte est prévue pour les personnes morales de droit privé et les personnes physiques qui exercent une activité professionnelle agricole ou indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé.

179. En revanche, le domaine de l'alerte du président du tribunal de grande instance connaît une exception à l'égard de certaines catégories de personnes. En effet, selon l'article L. 611-2-1 du code de commerce, lorsqu'il a connaissance de tout acte ou tout document qui atteste de l'existence de difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, le président du tribunal de grande instance ne doit procéder qu'à l'information de l'ordre professionnel ou de l'autorité compétente dont dépendent ces personnes. Il lui est donc interdit de déclencher l'alerte à l'égard de ces personnes même si les conditions de sa mise en œuvre sont réunies. Il revient alors en dernier ressort à l'ordre professionnel considéré de décider de la suite à donner à l'affaire.

180. Avec le droit d'alerte désormais reconnu au président de grande d'instance, les alertes des présidents des tribunaux apparaîtront pour toutes les autres techniques d'alerte comme

«les véritables clé de voute»³¹⁰ du dispositif actuel de prévention des difficultés des entreprises. Ces deux alertes, à travers le droit de convocation qui les caractérise, constituent indiscutablement un véritable moyen de pression supplémentaire sur la personne du débiteur. Comme ils agissent en véritables « champions de la prévention »³¹¹, ils peuvent être saisis par les autres titulaires du droit d'alerte afin de convoquer le dirigeant. Tout se passe comme si le président du tribunal considéré venait à la rescousse de ses autres collègues agents de détection, pour accentuer la pression sur les responsables d'entreprise. C'est pourquoi à travers le droit de convocation dont il est investi, le président du tribunal peut par exemple faire aboutir une procédure d'alerte orchestrée par le comité d'entreprise ou par le commissaire aux comptes. Le mécanisme de cette alerte ou de ce droit de convocation comporte plusieurs étapes. La première étape consiste en l'identification des clignotants, ensuite vient la convocation à l'entretien ou l'offre d'écoute, tout l'ensemble de la procédure doit enfin se dérouler dans un cadre strictement confidentiel et déboucher normalement sur le bilan de l'entretien dont le contenu peut situer le juge de la prévention sur la situation de l'entreprise.

181. Les clignotants sont les preuves ou données qui permettent au président du tribunal d'être convaincu de la situation préoccupante de l'entreprise et d'exercer ainsi son droit d'alerte. Ces clignotants peuvent provenir de plusieurs sources d'informations. A l'instar du cadre légal d'information mentionné par l'article L.611-2 du code de commerce qui n'est cependant pas exhaustif, d'autres sources d'informations peuvent être exploitées par le président du tribunal. Il ne se limitera donc pas aux seuls documents internes à l'entreprise. A ce titre, les greffes pris en leur qualité de « gestionnaires du système d'alerte »³¹² mais aussi en tant que chargés de la tenue du registre du commerce et des sociétés et de l'inscription des privilèges, contribuent fortement à la révélation de la situation préoccupante d'une entreprise³¹³. Dans le même sens, l'alerte du président du tribunal peut aussi avoir pour origine le commissaire aux comptes qui informe le juge de la prévention à l'occasion d'une procédure d'alerte qu'il aurait préalablement déclenchée. La mission du commissaire aux comptes peut donc servir de repère dans le déclenchement de l'alerte du président du tribunal. La participation du président du tribunal au système d'alerte du commissaire aux comptes reste cependant conditionnée par le bilan de la dite alerte.

³¹⁰ F. Perochon, op.cit.56.

³¹¹ D. Vidal, op.cit. p. 61.

³¹² M. Rouger, art. préc. p. 61.

³¹³ B. Motemps, « le rôle du greffier » in la prévention des difficultés des entreprises. Analyses des pratiques juridiques, (Sous la dir. de G. Blanc), PUAM 2004, p. 47 ; v. aussi, A.-M. Romani, « Les techniques de prévention des risques de défaillance des entreprises » in Mél. en l'honneur d'Adrienne Honorat, éd. Frison-Roche 2000, p. 177.

182. En effet, sa pleine intégration à l'alerte de l'homme de chiffre sera effective lorsqu'il apparaîtra que malgré les mesures prises par l'assemblée générale, la continuité de l'exploitation reste compromise. Et c'est ce fait que le commissaire aux comptes communiquera au président du tribunal qui engagera son propre processus d'alerte³¹⁴. L'information peut également provenir des représentants du personnel et des associés de la société dans le cadre de la mise en œuvre de leur droit d'alerte. Les administrations publiques, les organismes de sécurité et prévoyance sociale ainsi que les services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiement constituent des canaux d'information qui sont en mesure de donner des informations sur la situation économique et financière de l'entreprise³¹⁵. Dans ce contexte, l'importance du rôle des organismes étatiques en matière de détection des difficultés est d'un apport considérable³¹⁶. Par exemple, les informations qui révèlent des inscriptions récentes de privilèges du Trésor, de l'URSSAF et des protêts sont des clignotants qui permettent aux juges d'envisager une convocation du dirigeant, après analyse des risques de défaillances de l'entreprise. Plusieurs autres indices peuvent justifier le déclenchement de l'alerte. D'une manière générale, la doctrine³¹⁷ retient de façon unanime les mêmes indices. Ainsi, la perte de plus de la moitié du capital social, les avis d'impayé, les demandes de report de la date de l'Assemblée générale ou encore les demandes en paiement et injonctions de payer multiples adressées à une société sont souvent présentés comme étant des signes avant-coureurs du risque imminent de défaillance. Bien souvent aussi, les tribunaux de commerce procéderont à une analyse systématique des bilans³¹⁸. De telles données peuvent et doivent, après analyse, donner lieu en principe à une convocation.

183. Enfin, lorsque le président du tribunal constate que les capitaux propres d'une entreprise sont devenus inférieurs à la moitié du capital social, ou encore lorsqu'elle refuse de déférer à l'injonction de dépôt des comptes conformément à l'obligation de dépôt des comptes formulée par l'article précité, il peut se convaincre du risque imminent de cessation des

³¹⁴ A.-M. Romani», in *Mél. en l'honneur de Adrien Honorat*, art. préc.178.

³¹⁵ B. Soutumier, *Ancien délégué général à la prévention des difficultés des entreprises*, in *Lamy droit commercial*, 2010, *Entreprises en difficultés*, p.1235; V. J.-P. Sortais, *op.cit.* p.45.

³¹⁶ M. Rouger, art. préc. in *le nouveau droit des défaillances des entreprises*, p.63.

³¹⁷ C.Saint-Alary-Houin, *op.cit.*; M. Rouger, «La prévention des difficultés des entreprises au tribunal de commerce de Paris», *op.cit.*p.63; J.-M. Lucheux, «Les innovations dans la détection des difficultés des entreprises et dans les modalités de leur traitement amiable» in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, D. 1995, p.75.

³¹⁸ P. Fournier, « Le traitement non judiciaire des difficultés » in *la réforme du nouveau droit de l'entreprise*, Montchrestien, 1995, p.63.

paiements auquel elle est exposé et convoquer le responsable d'entreprise afin d'avoir des explications. Quoi qu'il en soit, le président du tribunal dispose d'une diversité de canaux d'information qui le conduiront à la caractérisation de la situation de l'entreprise et il convoquera ses dirigeants pour un entretien ou pour leur proposer une offre d'écoute.

184. La convocation du dirigeant est une prérogative exclusive du président du tribunal. Il en prend l'initiative au regard de certains faits, documents ou procédure dont il a connaissance. La forme, les délais et le contenu de la lettre de la convocation sont précisés à l'article R.611-10 du code de commerce. Cet article prévoit en effet que la convocation peut se faire sous deux formes, soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception soit par lettre simple. Plus concrètement, à la demande du président du tribunal, la convocation du représentant légal de la personne morale débitrice ou le débiteur de la personne physique est faite par le greffier. La convocation est envoyée un mois au moins à l'avance et dans celle-là, le président du tribunal prend le soin de préciser les raisons qui l'ont conduit à prendre une telle initiative. Elle indique également le caractère non contraignant de la convocation mais précise les conséquences pour le débiteur en cas de refus de se présenter à la dite convocation³¹⁹. Mais bien souvent, afin d'éviter toute mauvaise presse auprès des tribunaux, le dirigeant s'empresse de se présenter dès réception de la convocation.

185. L'entretien peut être l'aboutissement de l'offre d'écoute à l'initiative du président du tribunal ou de la demande d'écoute initiée par le dirigeant. Afin d'accroître son attractivité et préserver le caractère confidentiel de la rencontre, l'article R.611-11 du code de commerce prévoit que l'entretien se déroule en l'absence du greffier. L'exclusion du greffier de l'entretien vise ainsi à rassurer les dirigeants quant au respect du secret des affaires, ce qui devrait en principe les inciter à solliciter l'écoute du juge. Fondamentalement le contenu de l'entretien ne changera pas quelque soit l'origine de l'entretien. Que l'identification des risques de cessation des paiements soit de son fait ou du président du tribunal, ceux-là doivent être entièrement portés à la connaissance du dirigeant. L'objectif principal est d'envisager au cours de cette rencontre les mesures propres à redresser la situation³²⁰ car «si une entreprise sauvée peut en sauver d'autres, une entreprise qui coule peut en entraîner d'autres»³²¹ dans sa disparition.

³¹⁹ C. Saint- Alary-Houin, op.cit. p.115.

³²⁰ Art. R. 611-1 C.com ; v. aussi, C. Saint-Alary Houin, op.cit.p.116 ; J.-P. Sortais, op.cit.p. 44.

³²¹ A.- M. Romani, in Mél. en l'honneur d'Adrienne Honorat, art. préc. p. 178.

Ainsi comme le relève un auteur³²² « si l'on veut sauver davantage d'entrepreneurs, il est indispensable que le tribunal soit en possession au plus tôt des clignotants d'alerte ».

Corrélativement, le chef d'entreprise doit être aussi informé des différents moyens juridiques qui s'offrent à lui pour essayer de redresser la situation inquiétante à laquelle il doit faire face. Mais durant le face à face, une explication sur l'origine des difficultés par le dirigeant est nécessaire afin que de provoquer éventuellement une prise de conscience qui sera peut être salvatrice pour l'entreprise. Le président du tribunal peut lui faire des suggestions dans ce sens. En revanche, il n'est pas autorisé à donner des conseils au dirigeant. Il doit simplement informer car s'il le faisait, ceux-là pourraient s'avérer infructueux par la suite³²³.

En tout état de cause, l'entretien sans véritable pouvoir coercitif est une voie de responsabilité offerte au dirigeant afin de l'inciter à agir le plus tôt possible et de lui faire prendre conscience de la situation. De toute façon, une présentation volontaire et spontanée de sa part pourrait favoriser une décision éclairée puisqu'elle aura permis au président du tribunal d'avoir objectivement réfléchi sur la situation³²⁴. Une telle réaction s'avèrera d'ailleurs plus productive et moins douloureuse qu'une inaction ou refus de déférer à la convocation³²⁵. La participation du dirigeant à l'entretien favorise bien souvent la mise en œuvre d'une solution extra judiciaire sauf si sa réaction intervient trop tard et que seule l'ouverture d'une procédure collective s'impose inévitablement³²⁶. Les chances de sauvetage de l'entreprise en difficulté en seront suffisamment garanties que si la rencontre se déroule dans un cadre purement confidentiel.

186. L'effectivité de l'entretien dépend de l'attitude adoptée par le dirigeant. Il se peut en effet que l'entretien n'ait pas lieu. Comme il n'est pas obligatoire, le dirigeant peut user de son droit et refuser de déférer à la convocation du président du tribunal, soit physiquement soit par représentation³²⁷. Dans ce cas, c'est à dire lorsqu'il ne présente pas, un procès verbal de carence est établi pour constater l'absence du dirigeant. Mais lorsqu'il a lieu, il appartient au président du tribunal dont la compétence se justifie par « son autorité morale »³²⁸ sur les responsables d'entreprise et par la multitude de ses sources d'information, de faire preuve de pragmatisme et de pédagogie afin de donner des chances de succès à l'entretien.

³²² M. Corpechot, LPA, févr. 2008 n° 34, p. 3.

³²³ J.-P. Sortais, op.cit.p.44 ; F. Perochon, op. cit. p. 65.

³²⁴ B. Soutumier, Ancien délégué à la prévention des difficultés des entreprises, in Lamy droit commercial 2010, entreprises en difficultés, p. 1235.

³²⁵ A.-M. Romani, art. préc. in mélanges en l'honneur d'Adrien Honorat, p. 180.

³²⁶ C. Saint-Alary- Houin, op.cit. p. 116.

³²⁷ C. Saint-Alary- Houin, op.cit. p. 116.

³²⁸ F. Perochon, ouvrage op. cit. p. 55, n° 62.

A ce titre, certaines qualités et compétences lui seront nécessaires dans l'exercice de sa fonction. Son sens de l'écoute³²⁹ et de communication, son approche psychologique de la situation de l'entreprise, sa capacité à analyser les documents comptables de l'entreprise, sa maîtrise du droit des entreprises en difficulté, sont autant d'éléments qui vont contribuer à la réussite de sa mission de prévention. Il doit également se départir de sa robe de juge pour se présenter comme un véritable partenaire pour l'entreprise en difficulté³³⁰. Comme le souligne le président Drummen, il doit « conjuguer le chaleureux et le comminatoire »³³¹. La personnalité du président du tribunal semble donc déterminer la qualité des résultats³³².

187. Mais il faut reconnaître qu'il existe une part d'incertitude dans la mission du juge de la prévention, l'alerte pouvant se solder par un constat d'échec. Malgré cette éventualité, le président du tribunal devra poursuivre l'exercice de son droit d'alerte, et cela, un mois après la date prévue pour l'entretien³³³. Ainsi après l'entretien ou si les dirigeants ne sont pas rendus à sa convocation, le président du tribunal dans le cadre de son pouvoir d'investigation, s'adressera à nouveau aux autres agents de détection et aux autres sources d'information, afin de compléter son analyse de la situation réelle de l'entreprise³³⁴.

A cette fin, la demande de renseignement est accompagnée de la copie du procès verbal de carence ou d'entretien³³⁵. Le président du tribunal peut à la lumière des nouvelles informations en sa possession, convoquer de nouveau le dirigeant. Le nombre d'entretien peut donc se multiplier autant de fois que nécessaire dans le temps³³⁶, jusqu'à ce que, compte tenu de l'état de cessation des paiements avéré de l'entreprise, le président suggère au tribunal de se saisir d'office en vue de l'ouverture d'une procédure collective de redressement ou de liquidation judiciaire³³⁷.

Toutefois, ces investigations ne doivent pas s'effectuer de manière intempestive car leurs conséquences peuvent entraîner une publicité négative dans le monde économique et nuire considérablement aux entretiens initiés dans le cadre de la prévention-détection³³⁸. On observe donc que la détection anticipée de la cessation des paiements à travers la procédure d'alerte, se trouve au centre d'une véritable politique juridictionnelle mise en place par les tribunaux de

³²⁹ A.-M. Romani, in Mél. en l'honneur d'Adrien Honorat, art. préc., p. 180.

³³⁰ E. Brocard, « Le juge consulaire : un partenaire pour les chefs d'entreprise », LPA, 28 avril 2008, n° 85.

³³¹ Rapport de M.-B. Drummen, président du tribunal de commerce de Nanterre, le 20 novembre 2009, au congrès national des tribunaux de commerce de Versailles, sur le thème « Les modes alternatifs de règlements des conflits », cité par I. Rohart-Messenger, Gaz. Pal. Janv. 2010, art. préc. p. 5.

³³² I. Rohart-Messenger, art. préc. p. 116.

³³³ V. le rapport cité par I. Rohart-Messenger in art. préc. p.5.

³³⁴ I. Rohart-Messenger, art. préc. p.5 ; C. Saint-Alary-Houin, op.cit. p. 116.

³³⁵ Art. R. 611-12 C. com ; I. Rohart-Messenger, Gaz. Pal. Janv. 2010, art. préc.. p. 8.

³³⁶ F. Perochon, op. cit. p. 66.

³³⁷ Art. L. 611-12 C. com ; C. Saint-Alary-Houin, op. cit. p. 115.

³³⁸ F. Perochon, op.cit. p. 66.

commerce³³⁹. Les présidents des tribunaux de commerce ou leurs délégués en sont les principaux acteurs. Mais en dehors des tribunaux, il y a aussi l'alerte des groupements de prévention agréée, qui ne présente pas certes la même importance que l'alerte du président du tribunal dans le système des alertes externes, mais qui en matière d'alerte, peuvent répondre à un impérieux besoin de prévention- détection.

c) L'alerte des groupements de prévention agréé

188. Les groupements de prévention agréés ont été institués par la loi du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés. La loi de 2005 de sauvegarde des entreprises les a maintenus en espérant accroître leur rôle en matière d'alerte. Leur raison d'être repose sur l'idée que les petites et moyennes entreprises ne disposent pas généralement de moyens suffisants pour s'offrir les services d'un conseil qui puisse leur fournir une analyse de la situation de l'entreprise et prendre les mesures utiles en cas de difficultés avérées³⁴⁰. Il s'agit d'une institution régionale car les groupements de prévention sont agréés par le préfet de région. Généralement constitués sous forme de personne morale de droit privé³⁴¹, le plus souvent sous forme associative, ils ont pour mission de fournir à leurs adhérents « de façon confidentielle, une analyse des informations économiques, comptables et financières que ceux-ci s'engagent à lui transmettre régulièrement »³⁴². Ils ont aussi une mission d'alerte qui consiste à informer le chef d'entreprise et lui seul lorsqu'ils relèvent « des indices de difficultés »³⁴³. Plusieurs autres avantages leurs sont reconnus afin de les rendre attractifs³⁴⁴.

189. D'une manière générale, les groupements de prévention ont deux missions: une première qui consiste à une analyse financière de l'entreprise et une deuxième dite de prévention volontaire³⁴⁵ qui s'exerce sous forme d'alerte. Mais ces deux missions, sont liées, car il n'est pas impossible que les indices de difficultés, critère de déclenchement de l'alerte de ces groupements puissent provenir de l'analyse financière de l'entreprise. L'adhésion à ces groupements reste cependant libre et facultative. Leur domaine d'application a été étendu par

³³⁹ J. Raibaut, « Une politique juridictionnelle : la prévention des difficultés des entreprises », Rev. proc. coll. 01 nov 2009, dossier 20.

³⁴⁰ P.- M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives Dalloz 2015-2016, op. cit. n°122.61 ; F. Perochon, Entreprises en difficultés, L.G.D.J.. p. 56.

³⁴¹ Art. L. 611- 6 C. com.

³⁴² Art. L. 611- 2 C. com.

³⁴³ Art. L. 611- 11 alinéa 2 C. com

³⁴⁴ Art. L. 611- 11 alinéa 3 C. com

³⁴⁵ Art. L. 611-1 alinéa 5 C. com.

l'article L.611-1 du code de commerce issu de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005. D'après cet article, peut adhérer à un groupement de prévention toute personne immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ainsi que tout entrepreneur individuel à responsabilité limitée et toute personne morale de droit privé».

190. Peuvent alors bénéficier de l'aide des groupements de prévention agréé toutes les sociétés commerciales assujetties à l'obligation d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, tous les artisans inscrits au répertoire des métiers et toutes les personnes morales de droit privé. Une fois que l'adhésion est faite, il s'établit une obligation de confidentialité entre le groupement de prévention et l'adhérent. Le groupement doit en effet s'abstenir de ne faire aucune publicité sur la situation de l'entreprise sauf dans les journaux et bulletins professionnels³⁴⁶.

D'une manière générale, le groupement de prévention offre une qualité d'information aux entreprises adhérentes. Sa mission est facilitée par le Trésor Public et les organismes de la sécurité sociale qui participent à son fonctionnement et surtout la banque de France qui peut à la demande du groupement lui adresser des avis sur la situation financière des entreprises³⁴⁷. Le rôle de prévention des groupements s'avère plus significatif que dans les autres techniques d'alerte³⁴⁸ car ces derniers peuvent intervenir à un stade où les difficultés se trouvent encore le plus éloignée possible³⁴⁹.

191. Mais leur mission d'alerte s'arrête simplement à la seule information du chef d'entreprise. Ils peuvent certes lui proposer l'intervention d'un expert mais il est libre de la suite à donner à l'information reçue³⁵⁰. En revanche, il est possible que ces informations soient communiquées aux autres organes détenteurs du droit d'alerte notamment le commissaire aux comptes³⁵¹

192. Enfin, il faut observer que la mise en œuvre de cette alerte est toute simple. Lorsque le chef d'entreprise a accepté d'y d'adhérer, le groupement se chargera de lui communiquer, en présence d'indices de difficultés, les informations sur la situation de l'entreprise. La mission d'alerte prend fin à ce seul niveau. Contrairement donc aux autres alertes, elle paraît brève et

³⁴⁶ D. Vidal, op. cit. p. 60 ; Art. L. 611-5 al. 1 C. com.

³⁴⁷ D. Vidal, op. cit. p. 63.

³⁴⁸ F. Perochon, op. cit. p. 57.

³⁴⁹ D. Vidal, op. cit. p.63.

³⁵⁰ C. Saint-Alary-Houin, op. cit. p. 110.

³⁵¹ M. Jeantin, « La loi du 1^{er} mars relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises », Dr. Soc. 1984.599, n° 41.

moins fastidieuse. Elle préserve aussi le caractère confidentiel de l'alerte, point sur lequel elle pourrait avoir à gagner plus d'attractivité que les autres techniques concurrentes surtout que dans ces dernières on constate parmi elles des difficultés de mise en œuvre.

Paragraphe II : Les difficultés de mise en œuvre des techniques d'alerte

193. L'institution de plusieurs procédures d'alerte par la loi du 1er mars 1984 a été unanimement saluée comme un progrès considérable du droit de l'entreprise³⁵². On note ainsi d'une part l'effort louable du législateur français pour reconnaître une certaine efficacité aux mesures psychologiques et à la communication dans l'entreprise et d'autre part que à l'alerte peut passer par une utilisation heureuse des forces vives de l'entreprise. Pourtant, la mise en œuvre de ces différentes procédures d'alerte n'est pas toujours facile en raison de la complexité des critères.

194. Certes, leur déclenchement varie en fonction de l'auteur de l'alerte et de la forme de l'entreprise mais la difficulté réside surtout dans le choix du critère qui correspond au moment optimal³⁵³ pour l'exercice de ce droit, car l'alerte ne sera utile que si elle est déclenchée au plus tôt, sinon elle ne servira à rien. Dès lors l'hésitation en doctrine entre un critère général ou des critères constitués de faits objectifs précis, des signaux ou clignotants bien identifiés pour le déclenchement du droit d'alerte atteste bien de la complexité de la question. En cela, les différents critères de déclenchement des techniques d'alerte tels qu'exposés peuvent poser de sérieux problèmes. En effet, ces critères peuvent constituer un obstacle au déclenchement des différents mécanismes d'alerte. Comme il n'existe aucun critère objectif, il est difficile d'apprécier le moment de déclenchement de l'alerte (1), cette imprécision pouvant conduire elle-même à des risques d'abus ou d'inertie dans la mise en œuvre de l'alerte (2)

A- L'incertitude quant au moment de déclenchement de l'alerte du commissaire aux comptes

³⁵² E. Du Pontavice, « Le nouveau rôle des commissaires aux comptes et l'alerte par le président du tribunal de commerce », RJcom 1985. 51 ; B. Teysse, « L'alerte par le comité d'entreprise », RJ com 1986, p. 69 ; P. Le Cannu, La prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises, Bull. Joly 1988, n° 58.

³⁵³ J.-F. Barbiéri, V. Procédure d'alerte, Traité Joly Sociétés, 31 décembre 2006 ; M.-H. Monsérié-Bon, « Entreprises en difficultés » (détection des difficultés), D. fév. 2008, n° 64 et s.

195. Le législateur laisse la libre appréciation à l'auteur investi du droit d'alerte de la mettre en œuvre. Ainsi en ce qui concerne par exemple de l'alerte du commissaire aux comptes, la difficulté majeure avec cette technique 'est le choix du moment de son déclenchement, mais aussi l'appréciation des difficultés pouvant nuire à la continuité de l'exploitation. En effet, il faut éviter d'alerter les dirigeants de façon intempestive alors qu'aucun indice sérieux ne l'exige. Une alerte déclenchée abusivement risque de causer un préjudice à l'entreprise en lui faisant perdre son crédit³⁵⁴.

196. Mais d'une manière générale, le commissaire aux comptes doit déclencher l'alerte en cas de survenance de difficultés ponctuelles, par exemple en cas de débauchage d'un directeur commercial, de décès, de disparition d'un client important. Le commissaire aux comptes doit déclencher l'alerte dès que l'entreprise rencontre des difficultés de trésorerie. De telles difficultés traduisent déjà l'existence de difficultés antérieures au niveau de l'activité de l'entreprise et cela ne doit pas laisser le commissaire au compte indifférent. Il s'agira dans une telle hypothèse de détecter la sous-performance qui est à l'origine des difficultés. L'imprécision du critère de déclenchement de l'alerte à propos du commissaire aux comptes peut donc cacher une situation difficile de l'entreprise voire de véritables difficultés pouvant conduire cette dernière à la cessation des paiements.

197. D'ailleurs la référence à des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation est assez vague³⁵⁵. Elle n'a pas la précision des indicateurs d'alerte ou clignotants suggérés par le rapport Sudreau³⁵⁶ auxquels le commissaire aux comptes devra en principe se référer³⁵⁷. Cette situation n'est pas faite pour faciliter sa mission en raison de son caractère obligatoire³⁵⁸. C'est pourquoi la doctrine³⁵⁹ estime que derrière ce critère de déclenchement, peuvent se cacher des difficultés de divers ordres qui peuvent justifier le

³⁵⁴ C. saint-Alary-Houin, op.cit. p. 97.

³⁵⁵ J.-P. Sortais, op. cit. p. 19.

³⁵⁶ La réforme de l'entreprise, rapport du comité présidé par P. Sudreau in la documentation française, 1975.

³⁵⁷ J.-P. Sortais, op. cit. p. 19.

³⁵⁸ Sur la responsabilité du commissaire aux comptes, v. A. Lienhard, La responsabilité du commissaire aux comptes dans le cadre de la procédure d'alerte, Rev.proc.coll.1996.1 et J. Kling, Le commissaire aux comptes et la prévention, Rev.jur.com. 2001.10. voir également sur la responsabilité du commissaire aux comptes: cass.com.,23 févr.2007,bull.civ.IV,n°44, Rev. Soc.2007.571, note Th. Granier, Rev.proc.coll.2008/4, p.59,n°172, obs. A.Martin-Serf et sur celle de l'expert comptable: Rouen,31 janvier 2008, Rev. proc. Coll. 2008/4, p.58, n°171, obs. A.Martin-Serf

³⁵⁹ La détection précoce des difficultés des entreprises, table ronde, Rév. proc. coll. Janv.-fév. 2010, p. 50.

déclenchement de l'alerte du commissaire aux comptes. Il peut s'agir de difficultés ponctuelles ou de difficultés liées au business-model³⁶⁰.

198. Enfin, des difficultés économiques générales peuvent justifier l'alerte du commissaire aux comptes. La doctrine souligne même que des difficultés d'ordre conjoncturel et d'ordre structurel doivent permettre à l'expert comptable d'attirer l'attention du dirigeant sur les points de fragilité³⁶¹. On comprend aisément alors la réticence des commissaires aux comptes dans le déclenchement de l'alerte car la formulation générale et vague du critère de mise en œuvre du droit d'alerte ne facilite pas leur mission³⁶². Cela expliquerait sans doute l'intervention souvent trop tardive des commissaires aux comptes dans le déclenchement de l'alerte³⁶³, Ils peuvent craindre d'accentuer les difficultés de l'entreprise en passant aux phases non confidentielles de l'alerte et en rendant ainsi publiques ses difficultés. Ils peuvent aussi s'abstenir de déclencher l'alerte pour ne pas irriter un client important.

B- Le risque d'abus dans le déclenchement de l'alerte: l'exemple de l'alerte du comité d'entreprise de droit français

199. Le déclenchement de l'alerte devrait en principe être systématique chaque fois que les conditions prévues par la loi sont établies et permettre ainsi lorsqu'elle est déclenchée aux dirigeants d'entreprise d'avoir le maximum d'information sur la réalité de l'entreprise. Mais les choses ne se présentent pas toujours ainsi. Comme les agents de la détection ne disposent pas de faits objectifs de déclenchement, ces derniers se référant en général à leur propre appréciation des faits. L'alerte risque dans ce cas de ne jamais être déclenchée³⁶⁴ ou lorsqu'elle est engagée, de l'être abusivement.

200. Cette dernière hypothèse est fréquente car contrairement au commissaire aux comptes dont le critère d'alerte repose sur des éléments objectifs, en général des informations comptables, le critère de déclenchement de l'alerte du comité d'entreprise se singularise par sa subjectivité, ce qui fait du comité d'entreprise le seul organe à apprécier de l'opportunité de déclencher l'alerte. Cette liberté d'appréciation ne sera évidemment pas sans conséquences,

³⁶⁰ Il s'agit des difficultés qui interviennent dans le déroulement des affaires, ce sont les plus difficiles à traiter parce qu'elles sont imprévisibles. Ces dernières interviennent lorsque les métiers évoluent surtout quand les dérives sont lentes, table ronde, art. préc. p. 50.

³⁶¹ La détection précoce des difficultés des entreprises, table ronde, préc. p. 59.

³⁶² Y. Guyon, le rôle de prévention des commissaires aux comptes, JCP E 1987, 15066, p. 622.

³⁶³ J. Paillusseau, « Les vicissitudes de la loi du 25 janvier 1985 », LPA, 12 janvier 1994 n° 5.

³⁶⁴ C'est surtout le cas de l'alerte du commissaire aux comptes, ce dernier, peut être par peur d'engager sa responsabilité ou d'être accusé par les dirigeants d'avoir discrédité l'entreprise par une alerte non justifiée.

notamment le risque d'abus ou d'instrumentalisation de la procédure à des fins purement syndicales. En effet, une mauvaise analyse de la situation, une appréciation erronée des faits peuvent représenter un risque pour le crédit et la réputation de l'entreprise³⁶⁵ mais aussi la conduire vers une cessation des paiements si ces faits sont avérés et qu'ils n'ont pas été suivis de solutions appropriées. Ce risque d'abus d'abord provoqué par l'imprécision du critère de déclenchement, s'est ensuite accentué à la suite des hésitations jurisprudentielles existantes. Celles-ci étaient relatives à la question de savoir si les juges du fond en raison du silence du législateur, étaient en mesure de contrôler le critère de déclenchement du droit d'alerte exercé par le comité d'entreprise ou si, au contraire, le comité d'entreprise disposait en la matière d'un pouvoir absolu³⁶⁶. Cette interrogation ne devrait pas pourtant se poser si l'on s'en tient à une décision antérieure de la cour de cassation³⁶⁷.

201. Dans cette décision, la cour de cassation a fait savoir clairement qu'il ne lui revenait pas de contrôler le critère de déclenchement du droit d'alerte, car il demeure une prérogative exclusive du comité d'entreprise³⁶⁸. Cette position contraste pourtant avec la décision du 11 mars précitée qui conforte ainsi le caractère ambiguë de la position de la cour de cassation sur la question alors qu'on croyait le doute jusque là dissipé³⁶⁹. Une décision récente de la cour de cassation³⁷⁰ a relancé le débat mais n'a pas davantage suffi une fois de plus à clarifier le débat. Cette décision qui pouvait être considérée comme une décision de rupture relativement à la liberté d'appréciation du critère de déclenchement de l'alerte n'en était pas une visiblement, même si elle montre bien que le comité d'entreprise n'était plus entièrement libre. Le regard du juge du fond peut, finalement, se poser sur l'appréciation du caractère préoccupant des faits à l'origine de l'alerte et remettre en cause la procédure le cas échéant. Les juges de la cour de cassation relèvent en effet que la cour d'appel « a retenu que la réorganisation de l'entreprise, qui concernait son activité d'ingénierie au niveau mondial, était de nature à affecter la situation de l'entreprise ».

³⁶⁵ A. Donnette, « Exercice du droit d'alerte et étendue du pouvoir d'appréciation du comité d'entreprise: les doutes dissipés? », art. préc. p.53.

³⁶⁶ N. Pierre, Appréciation et pouvoirs du comité d'entreprise lors du déclenchement et de la poursuite de la procédure d'alerte, RTD com., 2006, p. 733.

³⁶⁷ Cass. Soc. 11 mars 2003, n° 01- 13, 434, Bull. civ. V, RTD com. 2003, obs. F. Marcorig-Venier

³⁶⁸ La haute juridiction affirme ceci « l'appréciation du caractère préoccupant de la situation dont se saisit le comité d'entreprise qui exerce le droit d'alerte relève du pouvoir souverain des juges du fond et échappe au contrôle de la cour de cassation ».

³⁶⁹ A. Donette, art. préc. p. 53.

³⁷⁰ Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 10-30. 126 , RLDA , n° 59 obs. A. Donnette art. préc. p.53.

202. A l'analyse, cette décision s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence antérieure, le monopole du comité d'entreprise dans l'appréciation des faits caractérisant l'alerte demeure intact. On peut en revanche reprocher aux magistrats de la haute juridiction d'avoir manqué d'audace en n'adoptant pas une position plus claire. ces derniers se refusent à contrôler ce critère subjectif, qui renvoie à une notion de fait en ce sens qu'elle ne peut échapper aux circonstances de l'espèce car rien dans cette décision n'ébranle véritablement les pouvoirs du comité d'entreprise et cela malgré le contrôle judiciaire que la cour de cassation semble reconnaître aux juges de fond³⁷¹.

203. Et pourtant, un tel contrôle judiciaire dans l'appréciation du critère de déclenchement de l'alerte et dans l'appréciation du caractère suffisant des réponses apportées par l'employeur³⁷² pourrait s'avérer indispensable. Elle permettrait de limiter les risques d'abus susceptibles de se produire dans la mise en œuvre de ce droit d'alerte. Ce serait aussi préserver la possibilité de mettre au jour un abus et de le sanctionner³⁷³.

204. La liberté ainsi reconnue au comité d'entreprise dans la connaissance des faits susceptibles de susciter une inquiétude sur l'évolution de l'entreprise et donc de justifier l'alerte peut avoir pour avantage d'être plus large et donc de permettre aux salariés d'avoir plusieurs sources d'informations dans la mise en œuvre de l'alerte³⁷⁴ mais elle peut avoir aussi pour inconvénient majeur de faire l'objet d'une utilisation abusive très souvent financièrement préjudiciable à l'entreprise, notamment lorsque le déclenchement de la procédure d'alerte donne lieu à la désignation d'un expert comptable.

205. Il en résulte que le risque d'abus du fait de l'imprécision et du caractère subjectif du critère de déclenchement est donc possible. Plusieurs décisions montrent bien que la demande d'explications présentée par le comité d'entreprise pouvait avoir un tel caractère³⁷⁵. Certes il appartient au comité d'entreprise dans le cadre de l'exercice de son droit d'alerte d'apprécier à la différence du commissaire aux comptes, les indices de difficultés, ces derniers ne lui sont

³⁷¹ A. Donnette, article préc. p. 54.

³⁷² A. Donnette, article préc. p. 53.

³⁷³ A. Donnette, Ibid..

³⁷⁴ Y. Chaput, Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises, Bull. Joly 1988 n° 66, p. 89.

³⁷⁵ TGI Paris, 27 févr. 1989, JCP 1989. E. II. 15587, n° 14, obs. Ph. Petel ; Paris 3 mai 1989, JCP 1989. II. 15623, n° 4, obs. Ph. Petel, Dr. Ouvrier 1989. 2007, obs. G. Lupi. Certains auteurs partagent aussi cet avis, add aux obs. précitées de M. Pétel, les analyses de M. Morand, les représentants du personnel et le déroulement de la procédure d'alerte interne JCP 1988, E II 15357, pp. 812 et s.

pas forcément révélés. C'est par les informations qui sont dues en application de l'article L.2323-46 et s. du code de travail qu'il apprendra le risque de défaillance. Il doit donc s'appuyer sur des faits dont il a connaissance, mais la loi ne dit pas comment pourrait avoir connaissance de ces faits. Il dispose donc du monopole de la qualification des faits préoccupants³⁷⁶ et l'appréciation qui en résulte est nécessairement subjective³⁷⁷. Désormais maître de la qualification des faits qu'il invoque, le comité d'entreprise peut simplement se contenter d'une quelconque inquiétude pour justifier l'exercice du droit d'alerte.

206. Certes au regard de l'article L2323-78 du code de travail, le comité d'entreprise est investi d'une véritable liberté d'appréciation au point d'en faire un droit discrétionnaire³⁷⁸, donc insusceptible d'abus. Pourtant, on peut légitimement penser que le comité d'entreprise puisse être poursuivi pour avoir déclenché de manière abusive l'alerte. Le législateur serait donc à l'origine de ce risque de déclenchement abusif du droit d'alerte en instituant volontairement une notion vague susceptible d'interprétation à l'excès. La jurisprudence conforte davantage ce risque puisque la cour de cassation en refusant de contrôler ce critère qu'elle qualifie de notion de fait relevant de la souveraine appréciation du comité d'entreprise.

207. Mais à part le risque de discrédit qu'une alerte injustifiée et abusive pourrait produire sur l'entreprise, le débat sur la liberté d'appréciation du comité d'entreprise dans le déclenchement de l'alerte ne peut apporter grand-chose quant à l'attractivité de cette mesure d'alerte sa portée reste très limitée. D'ailleurs, comme le relève soigneusement le professeur Bernard Saintourens, il faut souhaiter que le comité d'entreprise fasse un bon usage de ce droit et de ne pas gaspiller inutilement cette précieuse prérogative que lui reconnaît le législateur surtout que celle-ci ne peut s'exercer qu'une seule fois par an³⁷⁹.

Section II: L'absence d'effet véritable des techniques d'alerte

208. Les différentes techniques d'alerte instituées par le législateur français visent un objectif majeur: celui d'avertir les dirigeants et d'instaurer une discussion au sein de

³⁷⁶ Cass. soc. 11 mars 2003, n° 01-13.434, Bull. civ. V, n° 92, RTD com. 2003, p. 807, obs. F. Marcorig-Venier ; Voir aussi, N. Pierre, art. préc. p. 733.

³⁷⁷ A. Donnette, art. préc. p. 52.

³⁷⁸ A. Donnette, art. préc. p. 52.

³⁷⁹ B. Saintourens, Le droit d'alerte du comité d'entreprise, BJS, 01 févr. 1997, n° 2, p. 170.

l'entreprise, d'ouvrir un dialogue pouvant permettre de mettre fin très rapidement aux difficultés avant que celles-là ne conduisent l'entreprise vers une cessation des paiements³⁸⁰. Les titulaires des droits d'alerte ne sont toutefois pas les mêmes dans les différents mécanismes d'alerte. En effet, l'alerte est un devoir légal qui pèse sur le commissaire aux comptes d'une part et d'autre part un droit qui est reconnu aux principales composantes de l'entreprise à savoir les salariés par le truchement du comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel, aux associés. Ce droit d'alerte est également reconnu aux groupements de prévention agréée. De toutes ces techniques d'alerte, l'alerte du commissaire aux comptes constitue la cheville ouvrière de la prévention détection en générale et de toutes les techniques d'alerte. C'est pour cela que le législateur l'a rendu obligatoire dans les sociétés commerciales dotées d'un commissariat aux comptes. Malgré les avantages qu'elle présente dans le système de prévention détection, l'alerte du commissaire aux comptes n'est seulement possible que dans certaines sociétés spécialement définies par le législateur. Elle est donc fermée à de nombreuses sociétés commerciales. En outre, elle n'a pas jusque là produit les résultats escomptés, elle est rarement déclenchée par les commissaires aux comptes et quand elle est mise en œuvre, elle aboutit rarement ou presque pas. Cela explique fondamentalement le caractère mitigé de ses résultats (A). Les autres techniques d'alerte ne jouent qu'un rôle secondaire : leurs résultats, à l'image de l'alerte du commissaire aux comptes, sont inexistant (B).

Paragraphe I : Le caractère inefficace de l'alerte du commissaire aux comptes

209. L'une des raisons du manque de percée véritable du droit d'alerte du commissaire aux comptes est le spectre de la responsabilité qui plane sur les commissaires aux comptes. C'est une problématique à laquelle il faut apporter des observations à défaut de trouver une solution (A). La deuxième raison du manque de succès de cette technique d'alerte se trouve dans la lourdeur de la procédure (B). Une simplification permettrait d'améliorer les résultats actuellement mitigés.

A- L'inadéquation entre le principe de responsabilité des commissaires aux comptes et le devoir d'alerte

³⁸⁰ C. Saint- Alary- Houin, op. cit. n° 40.

210. A l'instar de l'étroitesse de son domaine d'application³⁸¹, l'admission de la responsabilité des commissaires aux comptes peut constituer une entrave à l'efficacité de l'alerte. Certes les commissaires aux comptes bénéficient d'une immunité dans l'exercice de leur mission puisque d'après l'article 822-15 du code de commerce, le commissaire aux comptes est délié du secret professionnel à l'égard du président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance. Mais selon l'article L.822-17 du code de commerce, leur responsabilité civile peut être retenue pour les fautes et négligences commises dans l'exercice de leurs fonctions. Il s'agit en l'occurrence des fautes liées à l'alerte. Le code de commerce dans l'article susvisé fait cas de « fautes et négligence » sans dire exactement ce qu'il faut entendre par faute et négligence. On pourrait toutefois en déduire que, le commissaire aux comptes engagerait sa responsabilité s'il ne déclenche pas l'alerte alors qu'il le devrait. Mais quelle solution retenir, lorsque le commissaire aux comptes déclenche par erreur l'alerte ? Sa responsabilité doit-elle être retenue, même s'il croyait la continuité de l'exploitation compromise?

211. D'après un auteur, le commissaire aux comptes qui déclenche l'alerte dans ce cas croyait agir dans l'intérêt de l'entreprise. Pour cela il ne doit pas être tenu responsable pour déclenchement abusif car « une fausse alerte vaut mieux qu'un dépôt de bilan »³⁸². En effet, l'alerte ne sera bénéfique pour l'entreprise que si le titulaire du droit d'alerte ne court pas le risque de voir sa responsabilité engagée systématiquement sur la base d'une erreur d'appréciation des faits. Il faut plutôt inciter le commissaire aux comptes à déclencher l'alerte. Sa révocation ne doit intervenir que si le caractère volontaire et grave de la faute est avéré³⁸³. De toute façon, le régime de responsabilité du commissaire aux comptes est un régime de responsabilité pour faute prouvée. Il faut donc établir en quoi le commissaire a mal exercé sa mission. En outre, le lien de causalité entre la faute et le préjudice devra être rapporté³⁸⁴. En définitive, la responsabilité du commissaire aux comptes doit être retenue afin de rendre effectif le déclenchement de l'alerte car elle fait partie intégrante du processus et ce dernier ne

³⁸¹ L'alerte du commissaire aux comptes ne s'applique qu'aux sociétés et organismes qui détiennent obligatoirement un commissaire aux comptes. Ce sont les sociétés par actions, quelle que soit leur importance, et les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple quand elles dépassent à la clôture de chaque exercice les critères requis par le code de commerce. v. pour cette catégorie de sociétés et organismes exceptionnellement justiciables de la procédure d'alerte, Art. R. 612-1 C.com pour les personnes morales de droit privé ; Art. 612-1 al. 3 pour les membres de ces personnes morales lorsque les seuils fixés pour la désignation d'un commissaire aux comptes ne sont pas atteints ; dans les mêmes conditions et pour les autres sociétés commerciales et les GIE, v. Art. R. 612-1 C.com.

³⁸² Y. Guyon, art. préc. n° 15.

³⁸³ Cass. com., 3 déc. 1991, Bull. Civ. IV, n° 376, p. 259; Bull. Joly 1992, p. 171, n° 48, obs. J.-F. Barbièri; Dr. Sociétés 1992, n° 24, note Th. Bonneau.

³⁸⁴ Cass.com., 21 nov 1989, Bull. CNCC 1990, p.240, note E. Du Pontavice.

devrait pas l'ignorer. Les cas de responsabilité du commissaire aux comptes sont toutefois rares en pratique.

B- La lourdeur de la procédure

212. Il faut rappeler que dans les sociétés dotées d'un commissariat aux comptes, l'alerte du commissaire aux comptes est une mission d'information sur les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Il s'agit de faits dont les commissaires aux comptes auraient connaissance à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions ou qu'ils relèveraient lors des documents qui leur sont communiqués³⁸⁵. Dès lors que ces faits sont avérés, le commissaire doit déclencher l'alerte afin que les dirigeants concernés réagissent en prenant les mesures adaptées. Mais pour que la procédure ainsi engagée par le commissaire aux comptes puisse être efficace, il eut fallu que la procédure soit simplifiée afin que le commissaire aux comptes en tire le plus rapidement les conclusions. Or l'analyse, la procédure elle-même apparaît très lourde et manque en partie de confidentialité. Elle comporte plusieurs étapes qui risquent de retarder dangereusement une possible cessation des paiements du débiteur.

213. D'abord on note une relative confidentialité dans le déroulement de la mesure d'alerte. En effet, de toutes les quatre phases que comporte l'alerte dans les sociétés anonymes, on note que la première phase est la seule qui revêt une nature véritablement confidentielle, le commissaire aux comptes signale dans celle-ci au dirigeant les faits qu'il a relevés et lui demande des explications³⁸⁶. A partir de la deuxième phase, l'alerte perd son caractère confidentiel puisque le procès verbal qui constate l'absence de réponse de la part du dirigeant³⁸⁷ dans le délai de quinze jours est adressé au président du tribunal, au commissaire aux comptes, au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel par lettre avec demande d'avis de réception. L'information du comité d'entreprise risque donc d'ébruiter les difficultés de l'entreprise. Or en matière de prévention de la cessation des paiements, la confidentialité constitue un atout primordial car les partenaires de l'entreprise ne sont pas informés des difficultés. Des solutions immédiates et souvent occultes pourront donc être trouvées notamment par la nomination d'un mandataire ad hoc. La confidentialité est un gage

³⁸⁵ Art. L. 234 C.com.

³⁸⁶ J.-F. Barbière, commissariat aux comptes, art. préc. p. 65.

³⁸⁷ Art. R.234-1 c.com

de confiance³⁸⁸. Le fait que le comité d'entreprise soit informé du déroulement de la mesure d'alerte risque de perturber le fonctionnement de l'entreprise car ce dernier peut demander des explications au dirigeant en prétextant exercer son droit d'alerte³⁸⁹.

214. Ensuite, l'information du président du tribunal pourrait signifier une situation grave de l'entreprise ou traduire un éventuel risque de défaillance de l'entreprise³⁹⁰. A ces deux observations, le caractère trop lourd et très formaliste de l'alerte du commissaire aux comptes a fait dire à certains auteurs que cet aspect risquait d'en compromettre l'efficacité³⁹¹. Or selon une doctrine, la détection doit être rapide, précoce et fiable³⁹². Par exemple les quatre phases instituées pour les sociétés anonymes sont très longues et au final le risque d'immixtion du commissaire aux comptes est probable même si ce dernier doit s'abstenir de toute ingérence dans la gestion de l'entreprise. Il est vrai que la loi Warsmann III du 18 mai 2011 a procédé à un allègement de la procédure d'alerte en instituant des possibilités d'interruption et de reprises au profit de ce dernier.

215. D'après le professeur Pérochon³⁹³, la loi nouvelle complique un peu et en un sens alourdit davantage la mission du commissaire aux comptes qui avait cru bon d'arrêter l'alerte avant sa dernière étape. La complexité vient du fait qu'il revient au commissaire aux comptes d'apprécier du caractère nécessaire et urgent de la reprise de la procédure là il avait arrêté en application du dernier alinéa désormais ajouté à l'article L. 234-1 du code de commerce. L'efficacité recherchée à travers l'amélioration de la procédure a fait place à une complexité et dans ces conditions, cette faculté de reprise ainsi instituée sera d'un maniement délicat³⁹⁴. Autrement dit, si le commissaire aux comptes juge la situation nécessaire et à condition de respecter les conditions fixées par le texte de loi cité, il « peut » reprendre la procédure au point où il l'avait laissée. Ainsi, en plus d'être l'acteur majeur du système de prévention détection, les pouvoirs du commissaire aux comptes se trouvent encore renforcés au cœur du dispositif d'alerte.

216. Par conséquent, l'efficacité des techniques d'alerte dépend en grande partie de l'attitude qu'aura le commissaire aux comptes. Or, la plupart du temps, les commissaires aux

³⁸⁸ M. Rouger, art. préc. p. 64.

³⁸⁹ Le droit d'alerte du comité d'entreprise, v. nos développements supra, n° 166.

³⁹⁰ J.-F. Martin, « Premières impressions de la pratique sur la loi nouvelle », art. préc. p. 41.

³⁹¹ La détection précoce des difficultés des entreprises, table ronde préc. p.50.

³⁹² B. Motemps, art. préc. p. 47.

³⁹³ F. Pérochon, Entreprises en difficulté, LGDJ 2014, 10^è éd. n° 78

³⁹⁴ F. Pérochon, op.cit. n° 79.

comptes des grandes entreprises s'abstiendront de déclencher l'alerte pour éviter de heurter les relations de confiance qui existent entre eux et le chef d'entreprise³⁹⁵. La loi du 26 juillet 2005 a instauré une sorte d'articulation positive puisque d'après la nouvelle rédaction de l'article L. 234-4 du code de commerce, l'obligation qui pèse sur le commissaire aux comptes de déclencher l'alerte cesse en cas d'ouverture d'une procédure amiable de conciliation et d'une procédure de sauvegarde. Cette disposition devrait faciliter la tâche aux commissaires aux comptes, puisqu'elle leur permet de trouver dans ce texte un moyen de défense si leur responsabilité devrait être envisagée pour défaut de déclenchement de l'alerte. Il suffit donc désormais qu'une conciliation ou une procédure de sauvegarde soit ouverte pour mettre le commissaire aux comptes à l'abri de tout soupçon. Cette loi risque de renforcer l'inertie des commissaires aux comptes dans le déclenchement de l'alerte.

C- L'influence des dirigeants dans la désignation des commissaires aux comptes

217. L'influence des dirigeants dans la désignation des commissaires aux comptes n'est pas spécifique au droit OHADA. Ce constat est aussi vrai pour le droit français³⁹⁶. En droit de l'Ohada³⁹⁷ comme en droit français³⁹⁸, les commissaires aux comptes même s'ils sont désignés par les statuts, sont nommés au cours de la vie sociale par l'assemblée générale ordinaire. Cette pratique n'est pas méconnue du droit français. Les commissaires aux comptes sont nommés dans les mêmes conditions et formes, ce que prévoit le droit OHADA. Plus concrètement, il reviendra donc indirectement aux dirigeants de désigner un tel commissaire ou un tel autre. Le problème de l'indépendance se pose justement à ce niveau puisque l'assemblée générale étant majoritairement composée par les dirigeants³⁹⁹. Elle ne fera que consolider les propositions des dirigeants. Il est clair que le principe de neutralité ne peut être respecté dans ces conditions.

218. De ce point de vue, les dirigeants désignent eux même de façon détournée leur contrôleur. En conséquence, le mécanisme d'alerte sera affecté dans son efficacité puisque les commissaires seront constamment influencés par ceux qui les ont nommés. Une telle situation risque d'avantage d'être préjudiciable aux entreprises de droit OHADA. On sait qu'elles sont

³⁹⁵ J. Paillusseau, art. préc.

³⁹⁶ Voir sur la nomination des commissaires aux comptes, Ph. Merle, ouvrage op.cit ; en droit Ohada, voir OHADA, sociétés commerciales et GIE, ouvrage collectif, op.cit. p. 399.

³⁹⁷ Art.703 et S. AUDSC et G.I.E.

³⁹⁸ Art. L.823-1 C. com et Art. L. 823- 4 C. com.

³⁹⁹ A. S. Alghadi, op. cit. p. 44.

beaucoup plus vulnérables et fragiles non seulement à cause de l'instabilité politique récurrente mais en raison aussi des effets pervers de la crise économique mondiale. La question se pose donc avec force beaucoup plus dans la zone OHADA qu'en France où véritablement la plupart des entreprises sont bien organisées, mieux régulées et font l'objet d'un contrôle régulier. Ce n'est pas forcément le cas des entreprises de cette zone juridique communautaire d'Afrique où le caractère informel des entreprises est encore élevé. Au delà de la question d'indépendance du commissaire aux comptes, c'est la crédibilité des entreprises OHADA gage de l'attractivité des investisseurs internationaux qui est en ligne de mire. Même si comme le fait remarquer la doctrine, cette indépendance n'est pas une fin en soi, elle contribue à assurer une garantie efficace contre les difficultés des entreprises⁴⁰⁰. Un auteur qui s'interroge d'ailleurs sur le respect de ce principe de l'indépendance des commissaires aux comptes conclut avec pessimisme que « le problème semble relever de la quadrature du cercle »⁴⁰¹.

219. Pour ce qui est des pays de la zone Ohada, le respect de ce principe est indispensable pour leur assurer un gage de compétitivité et de performance. Comme il est le premier juge des comptes, le commissaire aux comptes doit inspirer à tous une certaine confiance⁴⁰². Il doit être incorruptible. Toute complaisance ou connivence de sa part pourra lui être reprochée et toute complicité de sa part sera sanctionnée conformément à l'article 111 de l'AUOHC, pour les actes délictueux pouvant être imputés à un dirigeant⁴⁰³. Il est certain que le renforcement de l'indépendance des commissaires aux comptes garantit le bon fonctionnement du contrôle légal des comptes et assure leur sincérité et leur régularité, dans l'intérêt de l'ensemble des parties prenantes intéressées à la vie de l'entreprise⁴⁰⁴.

220. Mais la question du mode de désignation doit être revue afin de permettre aux hommes des chiffres d'exercer leur fonction sans pression et avec responsabilité. L'idée d'une désignation judiciaire déjà envisagée en doctrine pourrait constituer une solution même si elle

⁴⁰⁰ D. Vidal, « Libres propos sur l'indépendance du commissaire aux comptes après la LSF » in Mél. D. Schmidt, éd. JOLY 2005, p.476. v. aussi sur la même question, J.-F.Barbièri, « Code de déontologie et indépendance des commissaires aux comptes » B J S 2006, n°3, p.409.

⁴⁰¹ O. Dufour, Indépendance des commissaires aux comptes: création d'une commission de déontologie, LPA, 07 avril 1999, n°69, p.3; voir aussi B. Bouloc, Le renforcement de l'efficacité des contrôles effectués par les commissaires aux comptes: Rev.des Sociétés 2003, p.807.

⁴⁰² A.S. Algadi, « commissaire aux comptes et prévention des difficultés des entreprises dans l'espace Ohada », Recueil Penant 2010, n°870-873, pp.5 et s.

⁴⁰³ Pour le droit français, voir H. Matsopoulou, « Le renforcement de l'indépendance du commissaire aux comptes », Rév. soc. 2003, p. 813.

⁴⁰⁴ J.-F. Barbièri, L'indépendance des commissaires aux comptes devant le conseil d Etat, BJS, 01 juin 2006 n°6, p.711.

avait déjà été rejetée car les commissaires aux comptes arguaient qu'une telle solution est contraire au caractère libéral de la profession⁴⁰⁵. Quoi qu'il en soit, la question demeure et il faut souhaiter qu'à défaut d'obtenir cette indépendance les commissaires aux comptes puissent exercer leur mission telle que l'exige le code de la déontologie qui régit leur profession. L'efficacité de prévention-détection s'en trouverait certainement renforcée même si le rôle des associés, malgré le droit d'alerte qui leur est reconnu, leur rôle en matière de prévention-détection est aussi insignifiant.

Paragraphe II : Les faiblesses des autres mécanismes d'alerte

221. Exceptée l'alerte du commissaire aux comptes qui apparaît comme la principale technique de prévention en matière d'alerte, les autres règles d'alerte présentent plutôt des caractères facultatifs et limitatifs. Cela signifie que les titulaires de ce droit peuvent y renoncer même si les conditions de déclenchement de l'alerte sont réunies. Ce sont justes des paravents qui ne servent tout simplement qu'à renforcer l'attractivité de l'alerte du commissaire aux comptes. Lorsqu'ils sont déclenchés, le commissaire aux comptes peut se servir ainsi des informations et de leurs résultats qui en découlent pour consolider l'alerte qu'il s'apprête à déclencher ou qu'il aura déjà déclenchée. En outre, à l'instar de l'alerte du commissaire aux comptes, aucune sanction ne pèse sur les titulaires de ces mécanismes secondaires et facultatifs de détection. Leur principale caractéristique est d'apparaître comme de simples mesures d'information et non d'action (A) essentiellement centrés sur l'alerte du commissaire aux comptes (B) qui leur sert de point de référence.

A- De simples mesures d'information et non d'action

222. Ces faiblesses sont d'abord renforcées par le débat sur la question de savoir si le droit d'alerte doit être exclusivement dévolu au comité d'entreprise ou si ce droit peut être exercé par d'autres entités de l'entreprise hormis les délégués du personnel (a). Ensuite, il y a aussi la lourdeur de la procédure elle-même qui empêche ce droit d'alerte de connaître une certaine attractivité (b).

⁴⁰⁵ A. S. Alghadi, *Perfectible droit*, EUE, 2012, p. 45.

1- Le problème de la reconnaissance du droit d'alerte au comité d'entreprise

223. Dans le dispositif actuel de prévention détection, le droit d'alerte institué par l'article L.2323-78 du code de travail, l'est exclusivement au profit du comité d'entreprise et, à défaut de comité d'entreprise, aux délégués du personnel. Une jurisprudence récente semble confirmer cette disposition légale à travers une décision de la chambre sociale de la cour de cassation en date du 1er mars 2005. Il est donc désormais établi en jurisprudence que le droit d'alerte est une prérogative exclusive du comité central d'entreprise et non du comité d'établissement⁴⁰⁶. Ces positions légales et jurisprudentielles n'ont pourtant pas dissipées les doutes suscités⁴⁰⁷ sur cette question. Certaines décisions jurisprudentielles ont cependant adopté des solutions contraires⁴⁰⁸ qui remettent ainsi en cause cette solution jusque là bien acquise.

224. Les divergences jurisprudentielles qui en ont résulté, ont fini par semer le doute, au point où l'on peut se demander si cette prérogative reconnue au comité d'entreprise le restera éternellement. Rien pourtant ne prévoit dans l'attitude des juges de la cour de cassation un changement de cap. Ces derniers observent dans l'arrêt cité la plus grande fermeté possible en refusant ainsi toute possibilité de délégation de compétence à une entité autre que le comité d'entreprise. Il était hors de question pour la cour de cassation de semer davantage le trouble et de le faire partager au comité d'entreprise, ou de le déposséder d'un droit dont il est jusque là le seul titulaire. De quoi s'agit-il exactement?

Les faits de l'espèce invitaient à répondre à une question : qui du comité central d'entreprise ou du comité d'établissement est autorisé à exercer le droit d'alerte prévu à l'article L.2323-78 du code de travail? La société « AIR France » concernée dans cette affaire, était dotée d'un comité central d'entreprise et de vingt comités d'établissement. Le

⁴⁰⁶ Cass.soc., 1er juillet 2005, Bull. Joly 2005, p.846, note B.Saintourens, Dr.soc.2005, p.587, obs. Couturier; Cass.soc., 6avr. 2005, Bull.civ., V n°126, p.110 ; cass.soc. 12 oct.2005, n°04-15794, Air France/X. et autres, Bull. Joly 01 Mars 2006, n°3, p.321, note, G. Auzero; RJDA févr.2006, n°162, p.153, Confirmant ainsi une jurisprudence antérieure, voir sur ce point, CA Versailles, 14è ch., 25 juin 1993: RJS, 1993/10, p.594, n°998; CA Rouen, 1re ch., 10 févr.1999: RJS, 1999/5, p.420, n°692.

⁴⁰⁷ A. Donnette, art. préc. p.53.

⁴⁰⁸ CA Paris, 1er ch., 30 janv.2002; CA Lyon, ch.soc. 2 sept.2002: RPDS, 2002, p.187, obs.M. Cohen. La Cour d'appel de Paris a reconnu dans cet arrêt au comité d'établissement compétence pour l'exercice du droit d'alerte en considérant que le terme comité d'établissement qui est utilisé à l'article L.2323-78 C.trav. devait être interprété dans son sens générique englobant ainsi le comité d'entreprise. Quant aux juges de la cour d'appel de Lyon, ils ont estimé que le droit d'alerte ne pouvait être dénié au comité d'établissement dès lors qu'existaient des faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation de l'établissement. La position retenue par ces deux cours d'appel reposait en quelque sorte sur l'existence d'un lien entre la localisation des faits préoccupants au niveau de l'établissement et l'initiative d'exercer le droit d'alerte prise par le comité d'établissement; V. aussi TGI Lisieux, 23 novembre 2001: RPDS,2002,p.187, obs.M.Cohen.

comité d'établissement « Informatique et formation » avait décidé de déclencher une procédure d'alerte suite à une étude menée dans l'entreprise, sur sa stratégie informatique qui prenait en compte des solutions externes offertes par une société tiers. Pour débouter la société Air France de ses prétentions⁴⁰⁹, les juges de la cour d'appel avaient retenu que le droit d'alerte peut être mis en œuvre par un comité d'établissement dès lors que les faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation de l'établissement relèvent des pouvoirs du chef d'établissement. Il importe peu qu'ils puissent être liés à la politique générale de l'entreprise ou avoir des répercussions au niveau de l'entreprise toute entière.

225. Cette décision du juge du fond qui ne pouvait pas perdurer dans le temps constituait une violation flagrante des textes actuels. Les juges de la chambre sociale de la cour de cassation s'étaient toujours refusé d'adopter une position contraire au risque de remettre en cause l'esprit de la loi du 1er mars 1984 sur la prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises. Comme il fallait s'y attendre, cette décision fut cassée sans surprise par la cour de cassation en rappelant une fois de plus que, comme ce fut le cas dans d'autres décisions antérieures⁴¹⁰, que le droit d'alerte reste une prérogative exclusive du comité central d'entreprise. Cette solution demeure, même si les entreprises concernées sont divisées en établissements distincts. Il ressort clairement de cette décision que dans les établissements divisés en établissements distincts l'exercice du droit d'alerte prévu à l'article L.432-5 du code de travail appartient au seul comité central d'entreprise. Il en résulte aussi que le droit d'alerte ne saurait être accordé au comité d'établissement⁴¹¹.

226. Cette exclusion du comité d'établissement n'a rien de surprenant et s'explique par une stricte application du dispositif général d'alerte⁴¹² prévu par l'article L.2323-78 du code de travail cité. En outre, selon les hauts magistrats, les conséquences attachées aux faits préoccupants ne sont pas susceptibles d'être ressenties suffisamment de la même manière par le comité d'établissement, comme cela serait le cas à l'égard du comité d'entreprise ou du comité central d'entreprise institué au niveau de l'entreprise. Autrement dit, il n'a pas une vue globale de la situation de l'entreprise, le comité d'établissement ne peut en faire une appréciation valable lorsque surviennent des faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise.

⁴⁰⁹ La société a fait sollicité une demande en annulation de la résolution du comité d'établissement.

⁴¹⁰ CA Versailles, 14^e ch., 25 juin 1993: RJS, 1993/10, p.594, n°998; CA Rouen, 1^{ere} ch., 10 févr.1999: RJS, 1999/5, p.420.

⁴¹¹ Cass.soc., 1er juillet 2005, Bull. Joly 2005, p.846, note B.Saintourens, art. préc. p. 846.

⁴¹² Cass.soc., 1er juillet 2005, préc. p.846, note B.Saintourens,

227. Il est vrai que le comité d'établissement peut être tout à fait en mesure d'identifier des faits préoccupants qui touchent non seulement l'établissement concerné mais également l'ensemble l'entreprise. Toutefois cette instance n'a pas comme interlocuteur le chef de l'entreprise ou tout de moins, l'organe de direction de la société à qui, appartient le pouvoir et le devoir de prendre les mesures que les circonstances imposent. On remarque aussi que le rapport que le comité d'entreprise peut établir sur la situation, doit être adressé à un employeur, or cette qualité fait défaut en ce qui concerne du chef d'établissement. Les mesures qui pourraient être prises pour éviter que les difficultés ne s'amoncellent relèvent de la compétence du chef d'entreprise et non du chef d'établissement. L'exercice du droit d'alerte par le comité d'entreprise suppose que l'entreprise concernée en possède un. A défaut, ce droit ne pourra pas être exercé sauf s' il existe des délégués du personnel. Les délégués du personnel ne peuvent donc enclencher l'alerte qu'en cas d'absence du comité d'entreprise, ce qui suppose que l'entreprise emploie plus de cinquante salariés et non plus de onze, ce qui est le critère habituel de l'intervention d'une délégation du personnel. Sur cette base, le droit d'alerte devrait être refusé au comité de groupe puisque c'est au sein de chacune des sociétés qui forment le groupe que l'alerte doit être déclenchée⁴¹³.

228. Et pourtant, la doctrine⁴¹⁴ considère qu'il serait préférable d'étendre le domaine de l'alerte au comité d'établissement et cela pour deux raisons. D'abord, en se fondant sur l'article L.2323-28 C. trav, les comités d'établissement ont dans toutes les matières, autres que les activités sociales et culturelles, les mêmes attributions que les comités d'entreprise. Ensuite, le comité d'établissement pourrait être l'organe pertinent pour l'exercice du droit d'alerte dans la mesure où des faits préoccupants peuvent n'apparaître que dans un seul établissement. Ce peut être aussi des faits qui touchent l'ensemble de l'entreprise mais qui sont préoccupants que pour un seul établissement. L'argument ne manque pas de pertinence mais pas assez convainquant pour emporter l'approbation des juges du fond⁴¹⁵. Il est clair qu'aux termes de l'article L.2323-78 C. trav. Le comité d'établissement peut certes exercer les mêmes attributions que les comités d'entreprise, mais dans la limite des pouvoirs confiés aux chefs de ces établissements. Le chef d'établissement ne dispose donc pas habituellement des pouvoirs de gestion suffisamment autonomes pour prendre des mesures économiques ou financières susceptibles de mettre fin aux difficultés relevées par le comité d'établissement. Il reste en revanche

⁴¹³ Cass. Soc. , 1^{er} juillet 2005, p. 846, note B. Saintourens op.cit. p. 846.

⁴¹⁴ M. Cohen, Traité de droit des comités d'entreprise et de comité de groupe, LGDJ, 2003, 7^e éd. p. 645.

⁴¹⁵ G. Auzero, note sous Cass. Soc. 12 oct. 2005, Bull Joly 01 mars 2006 n° 3.

regrettable que le domaine du droit d'alerte soit, dans le dispositif actuel, trop restrictif : il empêche le comité d'établissement, qui est une instance aussi importante et plus proche des réalités que le comité d'entreprise, de s'en prévaloir. Les termes de l'article L.2323-78 C. trav. ne laissent apparemment aucune place pour une compétence subsidiaire qui serait reconnue à un comité d'établissement dès que le comité central d'entreprise ne prendrait pas l'initiative de déclencher la procédure d'alerte.

229. Pourtant l'hypothèse d'une abstention du comité d'entreprise⁴¹⁶, peut avoir pour effet de priver les salariés d'une possibilité de susciter de la part du chef d'entreprise une réaction dans la conduite des affaires. Elle pourrait être salutaire pour les salariés mais aussi plus largement pour l'entreprise et ses partenaires⁴¹⁷. Mais dans une telle hypothèse, c'est-à-dire dans l'éventualité d'une reconnaissance du droit d'alerte au comité d'établissement en cas de carence du comité d'entreprise, une opposition d'analyse de la situation économique de l'entreprise n'est pas à exclure. Dans ce cas, il appartiendra à la cour de cassation de se prononcer le plus rapidement possible dans l'intérêt de l'entreprise.

230. A cette première hypothèse, on pourrait en relever une seconde, celle dans laquelle on serait en présence d'une unité économique et sociale⁴¹⁸. Il est en effet possible dans cette hypothèse qu'un établissement auprès duquel un comité d'établissement a été mis en place, soit une personne juridique autonome. A ce titre, il est encore possible qu'il constitue un débiteur en cas d'ouverture d'une procédure collective, étant donné que l'existence d'une unité économique et sociale est sans conséquence sur l'existence d'une telle procédure collective. La logique aurait voulu que, pour une question de cohérence, que ce soit le comité d'établissement qui exerce le droit d'alerte. En effet en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, c'est la personne juridique retenue comme établissement dans le cadre de l'unité économique et sociale qui sera assujetti⁴¹⁹. Il est certes vrai que cette dernière approche peut varier en fonction du statut de la configuration du moment de l'unité économique et sociale concerné. Mais est-il encore opportun de continuer de faire une application mécanique du principe posé par l'article L.2323-78 du code de travail?

En effet, n'y a-t-il pas lieu de privilégier la finalité de l'alerte et permettre ainsi à une autre entité comme le comité d'établissement d'exercer l'alerte? Une telle idée devrait être admise

⁴¹⁶ Cass. Soc., 1^{er} juillet 2005, préc. note B. Saintourens p. 846.

⁴¹⁷ Cass.soc., 1^{er} mars 2005, n°03-20429, BJS, 01 juillet 2005, p.846., note B.Saintourens,

⁴¹⁸ Cass.soc., 1^{er} juillet 2005, préc., p.846, note B.Saintourens,

⁴¹⁹ Cass.soc., 1^{er} juillet 2005, préc. p.846, note B.Saintourens,

car ce qui est recherché c'est le sauvetage de l'entreprise, ce qui suppose une prise de conscience du chef d'entreprise face aux difficultés auxquelles il se trouve déjà confronté. Il s'agit de l'inciter à réagir en prenant toute mesure ou initiative utile pour remédier à cette situation préoccupante. Il conviendrait dans ce cas de ne pas avoir une vision trop restrictive des conditions de mise en œuvre du droit d'alerte. Il faut espérer que les fluctuations jurisprudentielles constatées parviennent à convaincre le législateur de la nécessité de remodeler les critères d'ouverture de l'alerte du comité d'entreprise. Le droit d'alerte du comité d'entreprise, il faut le rappeler, revêt un caractère facultatif. Il devrait, tout en demeurant uniquement dans un cadre légal, être ouvert au comité d'établissement, et même au comité de groupe⁴²⁰. Cela permettrait d'en élargir le domaine et lutter ainsi efficacement contre la prévention de la cessation des paiements. N'encourant aucune sanction en cas de non déclenchement de l'alerte, le comité d'entreprise peut parfaitement décider de ne pas exercer son droit.

231. D'ailleurs, lorsqu'il décide de le faire, le comité d'entreprise n'a pas le pouvoir de saisir les associés. Son droit d'alerte paraît donc très limité. Il ne peut qu'être relayé par le commissaire aux comptes pour provoquer une réaction éventuelle des dirigeants. Son caractère accessoire par rapport à l'alerte du commissaire aux comptes est ainsi avéré, et, de ce point de vue, la question de son efficacité, à l'instar des autres mécanismes juridiques d'alerte se pose également.

2- Le caractère limité des sources d'information du débiteur Ohada

232. Contrairement à son homologue français, le législateur du droit de l'OHADA n'a pas jugé utile de retenir une multitude de techniques de détection⁴²¹. Le choix peut se comprendre, le droit de l'OHADA est un droit naissant qui s'inspire fortement du droit français. Cela explique d'ailleurs que la tendance à la prévention de la cessation des paiements des entreprises est d'apparition récente dans cette zone juridique d'Afrique⁴²². Le législateur africain a donc estimé qu'il fallait certainement se donner le temps de s'accommoder avec

⁴²⁰ J.-F. Barbieri, Expert comptable du comité de groupe: pouvoir d'investigation et périmètre du groupe concerné, BJS, 01 mars 1995, n°3, p.242.

⁴²¹ A. S. Algadi, *perfectible droit, contribution à la réforme du droit Ohada des procédures collectives*, éd. Universitaires Européennes, 2012, p. 42.

⁴²² V. Loi française n° 84-145 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises.

l'ordre juridique nouveau. Il fallait de ce fait éviter d'encombrer les entreprises d'ailleurs fragiles dans l'espace OHADA, par l'institution de plusieurs mécanismes d'alerte, car leur utilisation intempestive pouvait être préjudiciable à l'entreprise. Mais en même temps, ce choix est critiquable car justement la limitation des techniques de détection restreint les sources d'information sur la situation de l'entreprise. Autrement dit, cette situation prive le débiteur d'être largement informé sur les risques de défaillance de son entreprise surtout que de nombreuses sociétés de l'espace OHADA ne sont pas assujetties à l'obligation d'avoir un commissaire aux comptes. L'alerte des commissaires aux comptes apparaît ainsi comme la principale sinon la seule technique juridique du système de prévention détection du droit de l'OHADA. L'alerte des associés a certes été retenu, mais ce mécanisme de détection présente un caractère subsidiaire et demeure pour l'heure sans véritable portée.

233. Ce droit d'alerte est aussi critiqué à cause de la lourdeur de la procédure. Elle suppose en effet plusieurs réunions du comité d'entreprise pour prendre les décisions qui s'imposent. Or celles-ci ne s'accordent pas toujours avec le rythme des réunions du comité. Il en résulte une lenteur des réactions des représentants du personnel devant le caractère préoccupant de la situation économique de l'entreprise préjudiciable au succès de la prévention. Malgré les critiques observées, un auteur relève cependant les mérites de cette procédure⁴²³.

B- Des procédures essentiellement centrées sur l'alerte du commissaire aux comptes

234. Les autres mécanismes d'alerte sont centrés sur l'alerte du commissaire aux comptes. Cette dépendance les rend inefficace. Il en va ainsi de l'alerte du président du tribunal dont la portée reste limitée (1). Quant à l'alerte des associés, la doctrine estime qu'elle n'en constitue pas un véritablement (2). L'alerte des groupements de prévention risque de disparaître en raison de l'incertitude qui entoure leur avenir (3).

1- La portée limitée du droit d'alerte du président du tribunal

235. La consécration du droit d'alerte du président du tribunal a contribué au renforcement du système actuel de prévention détection⁴²⁴, Leur rôle s'est accentué depuis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 qui a fait des présidents des tribunaux de commerce de

⁴²³ C. Saint-Alary-Houin, op.cit. n°176, Cet auteur estime que les risques de divulgation des difficultés de l'entreprise, préjudiciables à la poursuite de l'activité sont aussi possibles. En revanche, il pense que le droit d'alerte n'a pas désorganisé les sociétés et que la crainte éprouvée n'est pas justifiée.

⁴²⁴ J. Ph. Haehl, « La consécration du droit d'alerte du président du tribunal », LPA, 30 septembre 1994, n°117.

véritables partenaires au service des entreprises. La réforme du 12 mars 2014 est allé plus loin encore en reconnaissant le droit de convocation au président du tribunal de grande instance⁴²⁵. L'objectif d'anticipation de la cessation des paiements ne peut être atteint que si le dirigeant se sent en confiance au sein du tribunal. Le président du tribunal de commerce ou de grande instance ne doit donc pas intervenir en tant que juge, mais en tant professionnel de la vie des affaires⁴²⁶. Ils doivent désormais faire plus appel à leur force de persuasion qu'à la contrainte⁴²⁷. Ils doivent demeurer comme le souligne le professeur Sortais dans le domaine du « pré judiciaire » ou du « para-judiciaire »⁴²⁸. C'est pour cette raison, que ces derniers ont pris conscience des enjeux en présence, se sont efforcés de mettre au point, dans le respect des textes, des pratiques innovantes de nature à exercer pleinement leur rôle dans la prévention détection. Ils ont aussi pris en considération les réticences psychologiques des chefs d'entreprise à franchir la porte du tribunal, en mettant en place des méthodes d'entretien de nature à favoriser l'accueil du débiteur et à respecter une nécessaire confidentialité⁴²⁹. Ce rôle important qu'ils jouent dans la prévention de la cessation des paiements ne doit pas toutefois occulter les lacunes de l'alerte du président du tribunal qui en réduisent considérablement la portée. La première difficulté réside en effet dans le caractère facultatif de la convocation⁴³⁰, alors qu'elle est la condition du succès de cette technique.

Or la convocation est une prérogative exclusivement ouverte au président du tribunal de commerce il peut en user ou non et cela à l'égard de toutes les entreprises à caractère commercial ou artisanal. Le caractère facultatif de cette convocation, laissée à la seule appréciation du président du tribunal, explique bien souvent la distorsion entre les juridictions. Par exemple, on note qu'en 2002 les présidents des tribunaux de commerce ont adressé aux chefs d'entreprise 11379 convocations. De 1996 à 2004, les présidents de Tribunaux de commerce de Paris, Nanterre et Créteil ont procédé à plus de 37000 convocations. Jusqu'en 2009 le nombre de dirigeants convoqués chiffre était de 5878⁴³¹. Certains ont toutefois refusé de mettre en œuvre cette mesure, soit seulement 20%.

⁴²⁵ Art. L. 611-2-1 C. com.

⁴²⁶ J.-Ph. Haehl, « Le droit d'alerte du président du tribunal de commerce », LPA n° spécial du 14 septembre 1994, p.45 et s.; N. Vidal, « Les pouvoirs du juge résultant de la procédure de prévention des difficultés des entreprises régie par le code de commerce », in La prévention des difficultés des entreprises, Sous la direction de G. Blanc, PUAM, 2004, p.113 ; E. Brocard, « Le juge consulaire: un partenaire pour les chefs d'entreprise », LPA, 28 avril 2008 n°85; J. Raibaut, « Une politique juridictionnelle: la prévention des difficultés des entreprises », Rev. proc. coll. pp.73 à 74.

⁴²⁷ P. Le Cannu, Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises, GLN-Joly éd. 126, n° 155.

⁴²⁸ J.-P. Sortais, Entreprises en difficulté, Les mécanismes d'alerte, LGDJ 2010, p. 56.

⁴²⁹ M. Rouger, « La prévention des difficultés au tribunal de commerce de Paris », art. préc. p. 63 ; I. Messager, art. préc. p.5.

⁴³⁰ J.-P. Sortais, op.cit. p.42.

⁴³¹ V. OCED, graphique établi à partir des données fournies par les tribunaux de commerce de Paris, Nanterre, Bobigny et Créteil LOJC Aout 2010, n° 35, p. 9 cité par C. Saint-Alary-Houin, op. cit.

En second lieu, l'objet de la convocation qui est d'envisager les mesures propres à redresser la situation⁴³² est conditionné par la tenue de la convocation autrement dit, il faut que le dirigeant accepte de déférer à la convocation. Pour que de telles mesures puissent être prises.

Or, le chef d'entreprise n'est pas tenu de se rendre à la convocation du président. Il n'encourt d'ailleurs aucune sanction en cas de refus⁴³³. Le président ne dispose pas, et cela a pu être regretté par la doctrine, de moyens directs de coercition pour contraindre le dirigeant à déférer à l'invitation qui lui est adressée⁴³⁴. Le seul véritable risque qu'il court est de voir son image ternie et d'avoir une mauvaise publicité auprès du tribunal qui pourrait d'ailleurs s'en prévaloir dans une procédure collective ultérieure, au moment de la recherche de la responsabilité pécuniaire des dirigeants⁴³⁵.

236. En revanche, il peut leur enjoindre de procéder au dépôt des comptes annuels⁴³⁶ et cela n'est pas sans conséquence. En outre, le critère de déclenchement est par sa gravité, lui-même tardif. Il intervient en général à un moment où l'entreprise est déjà proche de la cessation des paiements. Il est tout aussi étonnant de remarquer que la loi du 26 juillet 2005 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui font de la prévention de la cessation des paiements l'objectif majeur du droit des entreprises en difficulté a pas autorisé l'intervention du président du tribunal aux groupements à objet civil notamment les associations et sociétés, les entreprises individuelles civiles⁴³⁷. Il faut regretter cette exclusion dans les Tribunaux de Grande Instance alors que dans certaines hypothèses, notamment pour les associations qui déploient une activité économique et pour les professionnels libéraux, elle pourrait constituer un instrument fort utile surtout que les autres textes s'appliquent aux professionnels indépendants et aux activités civiles⁴³⁸. Par ailleurs, les entreprises comprennent difficilement le rôle du président du tribunal de commerce qu'ils considèrent à tort comme un juge de la faillite⁴³⁹. On ignore en effet si les pouvoirs d'investigation et d'injonction du président du tribunal relèvent de son pouvoir juridictionnel ou s'analysent plutôt en des actes d'administration judiciaire.

⁴³² Rapp. J.-J. Hyst, n° 335, p.96 cité par P.-M. Le Corre, *Droit et Pratiques des procédures collectives*, op.cit, p. 132.

⁴³³ P.- M. Le Corre, op. cit. p. 133; V. aussi, J.-J. Daigre, *Le rôle du tribunal de commerce, bilan d'une enquête*, JCP E 1987, II, 15066, p.625; voir aussi, J.-P. Sortais, op.cit, p.43.

⁴³⁴ J.-P. Sortais, op. cit. p. 43 ; I. Rohart- Messenger, art. préc.p.5.

⁴³⁵ P.- M. Le Corre, op. cit. p. 133.

⁴³⁶ Art.L.611-2, II, C.com.

⁴³⁷ Professions libérales, officiers ministériels notamment.

⁴³⁸ Sont visés ici le mandat ad hoc, la procédure de conciliation, l'alerte du commissaire aux comptes.

⁴³⁹ C. Saint-Alary-Houin, op. cit. p. 112.

237. Dans le cas de l'alerte, le président du tribunal n'est pas amené à statuer à propos d'un litige, cela n'est pas sa mission, le doute est tout de même permis et on comprend les réticences d'ailleurs légitimes des dirigeants à son égard. Il semble aujourd'hui admis en doctrine que les pouvoirs qui justifient l'intervention du président du tribunal se rapprochent plutôt de la qualification d'actes d'administration judiciaires. Mais, à dire vrai, ils le sont davantage au nom de la magistrature économique⁴⁴⁰ qui conduit le juge à sortir du champ traditionnel de sa mission de « juridictio »⁴⁴¹. De telles situations peuvent constituer un frein à la sollicitation de l'alerte dont le succès est subordonné essentiellement à l'autorité morale⁴⁴² qu'il aura sur les chefs d'entreprise lors de l'entretien, ce qui n'est pas évident. Par conséquent, la doctrine estime que le juge de la prévention doit disposer d'un certain nombre de qualités⁴⁴³ pour espérer mener à bien sa fonction.

238. Plus précisément comme cela a été relevé, « la personnalité du président du tribunal et son approche des problèmes des entreprises semblent déterminer la qualité des résultats »⁴⁴⁴. La disparité des résultats observés est donc étroitement liée à la personnalité du président du tribunal chargé de mettre en œuvre cette technique de prévention fondée sur le dialogue, la négociation et la diplomatie. Autrement dit, il doit savoir mettre le débiteur en confiance, l'amener à parler de sa situation avec franchise et clarté. De toute évidence, il doit posséder des qualités d'écoute et de communication⁴⁴⁵. Selon l'expression d'un auteur, il doit « conjuguer le comminatoire et le chaleureux »⁴⁴⁶. Le juge de la prévention doit également avoir des compétences techniques.

239. Ainsi est-il souhaitable que, le président du tribunal puisse être capable d'analyser les documents comptables, pour se faire une idée de la situation réelle de l'entreprise, mais également qu'il connaisse le droit des entreprises en difficulté, afin d'éclairer et renseigner efficacement le débiteur sur les outils juridiques mis à sa disposition. Afin, pour respecter le principe d'impartialité, il est indispensable que le juge de la prévention ne soit pas celui qui ouvre la procédure collective dans le même dossier. En effet, en application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, le juge qui a entendu les confidences du

⁴⁴⁰ J.-P. Sortais, op. cit. p. 48.

⁴⁴¹ L. Bernadini, « L'excès de pouvoir dans les procédures collectives », LPA 28 Nov. 2008, n°239, p. 21.

⁴⁴² I. Rohart-Messart, art. préc. p. 5.

⁴⁴³ C. Saint-Alary-Houin op.cit. p. 112, qui souligne que le charisme et l'influence du président du tribunal sont les gages de succès de l'entretien ; I. Rohart. *Message* art. préc. p. 5, insiste sur le fait que le juge de la prévention doit posséder des qualités psychologiques et techniques nécessaires à l'accomplissement de sa tâche.

⁴⁴⁴ M. Jeantin et P. Le Cannu, *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, D., 7^e éd., 2006 n°56.

⁴⁴⁵ F. Perochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^e éd. n°39.

⁴⁴⁶ I. Rohart-Messart, art. préc. p. 5.

débiteur, tant au stade de l'alerte qu'à celui éventuellement d'un mandat ad hoc ou d'une conciliation, ne soit pas celui qui par la suite, connaît de la procédure collective du même débiteur. Il doit s'abstenir de donner des conseils, car cela n'est pas son rôle car en agissant ainsi il engagerait sa responsabilité⁴⁴⁷.

240. En définitive, le succès de l'alerte du président du tribunal doit reposer sur la confidentialité car son respect permet de garder intact le crédit de l'entreprise. C'est en général la gestion des conséquences du procès verbal de l'entretien qui est fort délicate. En effet, ce procès verbal obligatoire, permet au juge d'obtenir des renseignements sur la situation économique et financière au près des tiers. Or, les investigations menées peuvent alerter les tiers sur la situation de l'entreprise et donc de nuire considérablement à son crédit. Le tribunal à la suite de ces investigations peut aussi se saisir d'office et ouvrir une procédure collective. C'est celles-ci ne doivent être trop fréquentes, afin que les entretiens de prévention détection ne soient pas perçus comme de façon négative dans le monde économique⁴⁴⁸.

2- L'absence d'un véritable droit d'alerte au profit des associés

241. L'institution par la loi du 1er mars 1984 du droit d'alerte au profit des associés ou les actionnaires pourrait se justifier par leur détention du pouvoir sociétaire de nommer et de révoquer les dirigeants sociaux et du pouvoir de faire adopter les mesures nécessaires au rétablissement de la situation. Ce pouvoir énorme dont ils disposent devrait leur permettre de jouer un rôle fondamental lorsque la société dans laquelle ils sont associés ou actionnaires connaisse des difficultés pouvant compromettre la continuité de son exploitation⁴⁴⁹. Et pourtant le constat d'ailleurs regrettable est que ce droit d'alerte n'est pas une véritable alerte⁴⁵⁰. Certains auteurs l'ont même qualifié de « mini alerte » ou de « petite alerte »⁴⁵¹ qui se limite à la possibilité de poser des questions écrites aux dirigeants lorsqu'ils constatent des « faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ». Leur droit d'alerte s'arrête là car ce sont les commissaires aux comptes ou le comité d'entreprise qui déclenchera effectivement l'alerte.

⁴⁴⁷ Ph. Roussel Galle, Les acteurs de la prévention des difficultés des entreprises, Entretiens de la sauvegarde, 29 janv. 2007, Dict. perm. Diff. Ent., Bull. 279, 8 févr. 2007, p. 4664.

⁴⁴⁸ I. Rohart. Messenger, La prévention par les présidents des tribunaux, art. préc. p.5.

⁴⁴⁹ Ph. Roussel Galle, «Les acteurs de la prévention des difficultés des entreprises, Entretiens de la sauvegarde, 29 janvier 2007, Dict. perm. Diff.ent., Bull.279, 8 février 2007, p.4664.».

⁴⁵⁰ I. Rohart. Messenger, La prévention par les présidents des tribunaux, art. préc. p.5.

⁴⁵¹ M.-H. Monsière-Bon, Entreprises en difficulté (détection des difficultés), art. préc. n° 152-163.

Plus concrètement, le droit d'alerte des associés n'a aucune portée véritable, en outre, le domaine et le principe de cette alerte sont limités. En effet, les titulaires de ce droit sont spécifiquement définis par la loi. Il s'agit des associés minoritaires uniquement pour les sociétés anonymes⁴⁵². Il résulte que ce droit d'alerte n'existe pas pour les autres sociétés commerciales. Cela dit, les associés de ces sociétés ne pourront pas demander des explications aux dirigeants s'ils constatent des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. On peut considérer cette exclusion comme un oubli de la part du législateur, car rien objectivement ne justifie cette exclusion. De plus surtout que l'alerte, lorsqu'elle est déclenchée et quelque soit sa portée, constitue toujours un clignotant permettant d'apprécier la situation économique ou financière de l'entreprise.

242. En outre, il y a lieu de relever que dans les sociétés anonymes et les autres sociétés par actions, seulement un ou plusieurs représentant au moins 5% du capital social peuvent mettre en œuvre ce droit d'alerte. Ces derniers peuvent poser des questions écrites que deux fois par exercice. Cette restriction du domaine de l'alerte des associés est révélatrice du manque d'influence de cette alerte en matière de prévention détection. Une autre limite résulte du fait que les textes ne prévoient pas de forme particulière aux questions posées par les associés, ni aux réponses qui leur sont données par les dirigeants sociaux. Les questions doivent être posées par écrit. En revanche, aucune modalité d'envoi de ces questions écrites n'a pas été prévue. On peut donc préconiser aux associés le choix de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception, ou en cas de dépôt des questions au siège social de la société, l'exigence d'accusé réception en mains propres. Quant au contenu des questions posées et en l'absence de précision des textes, il semble opportun de faire figurer dans la question la qualité d'associé et le nombre d'actions ou de parts détenues. Quelle que soit la forme utilisée, les associés doivent se ménager la preuve de l'envoi des questions. La réponse aux questions des associés minoritaires doit se faire par écrit, elle est d'ailleurs obligatoire. L'article 225-232 du code de commerce souligne que la réponse est communiquée au commissaire aux comptes. Aucun texte ne prévoit en revanche si la réponse doit être adressée personnellement à l'actionnaire ou à l'associé qui a posé la question ou si elle doit être consultée au siège social. En tout état de cause, les dirigeants qui ne répondraient pas aux questions engageraient leur responsabilité civile et commettraient le délit d'entrave s'ils ne faisaient pas parvenir leur réponse au commissaire aux comptes.

⁴⁵² Art. L. 225-232 C. com. pour les sociétés anonymes (SA) et art. L. 223-36 C. com. pour les SARL.

243. A ce niveau déjà, les conséquences de la réponse ou de l'absence de réponse des dirigeants mettent en lumière les limites et l'insuffisance de cette procédure d'alerte comme moyen de prévention des difficultés de l'entreprise. On constate d'ailleurs que l'alerte instituée par les articles 2253-36 et 225-232-2 du code de commerce ne comporte qu'une seule phase. C'est la preuve du peu d'intérêt que lui porte le législateur contrairement à l'alerte du commissaire aux comptes qui comporte plusieurs phases. Aussi ces textes ne permettent pas aux associés minoritaires de saisir le conseil d'Administration ou le conseil de surveillance ou encore l'assemblée des associés ou les actionnaires, pour que ces organes prennent les mesures appropriées à la situation.

244. Cela dit, pour que le droit d'alerte constitue une véritable mesure d'alerte, des palliatifs au dispositif légal actuel s'imposent⁴⁵³. Ainsi, lorsque les associés minoritaires constatent une absence de réponse de la part des dirigeants ou, s'ils estiment les réponses non satisfaisantes, ils devront utiliser d'autres voies non prévues par les textes actuels afin d'alerter les associés ou les actionnaires majoritaires, pour qu'ils prennent des mesures appropriées.

245. Parmi ces moyens de poursuite de la procédure d'alerte par les associés, il y a la possibilité de communiquer les questions posées et les réponses obtenues à l'assemblée générale des associés ou des actionnaires. Il y a également la possibilité pour les minoritaires de provoquer la convocation d'une assemblée générale et de proposer des projets de résolution à cette assemblée. L'expertise de gestion pourra être aussi déclenchée par les associés ou actionnaires minoritaires. Ces actions peuvent être cumulées dans la mesure où leur champ d'application est différent. En revanche, il ne faut pas que leur utilisation présente un caractère abusif. En outre, les associés ou les actionnaires minoritaires peuvent également tenter de faire relayer leur action par d'autres acteurs notamment le commissaire aux comptes, le comité d'entreprise et même par le président du tribunal de commerce.

246. La procédure d'alerte des associés de droit OHADA est limitée pour deux raisons. D'abord elle revêt un caractère limitatif et ensuite elle est limitée dans le temps. Le législateur OHADA s'est contenté de reconduire le droit d'alerte des associés tel que prévu en droit français sans aucun effort de correction. Les mêmes lacunes ont été logiquement reproduites dans la zone juridique de l'espace OHADA. On ne pouvait donc pas espérer grand chose cette procédure.

⁴⁵³ B. Bouquet, « Le droit d'alerte des associés minoritaires », art. préc. p 89 et s.

247. Il ressort des dispositions des articles 157 et 158 de l'AUDSCGIE que tout associé ou tout actionnaire peut adresser par écrit des questions au gérant ou au principal dirigeant de la SA, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Ces deux dispositions comportent certes des innovations louables, mais il n'en demeure pas moins que la procédure d'alerte des associés reste fragilisée en raison de son caractère facultatif. En effet, il ressort des articles précités, que les associés ont simplement un droit et non le devoir de déclencher l'alerte. Ce n'est donc pas une obligation pour les associés de déclencher l'alerte. A la différence des commissaires aux comptes, les associés ne sont pas obligatoirement tenus, en cas de constat des indices de difficulté, d'enclencher la procédure d'alerte. On peut alors penser qu'ils ne se préoccuperont véritablement de l'alerte que lorsqu'ils sentiront leurs intérêts véritablement menacés. N'étant pas tenus de déclencher l'alerte parce que ne disposant pas à proprement parler d'un droit d'alerte⁴⁵⁴. La conséquence logique de cette faculté est que les associés ne pourront en aucun cas également voir leur responsabilité engagée pour abstention. Inversement, leur responsabilité ne pourra être engagée pour alerte non fondée. Aussi peut-on craindre des actions menées par simple complaisance ou de manière irresponsable. C'est certainement pour éviter d'éventuelles actions superflues que le législateur a limité les possibilités d'alerte par les associés, ce qui n'est pas de nature à favoriser son efficacité.

248. En plus d'être facultatif, le droit d'alerte des associés doit s'exercer dans un délai temporel bien défini c'est à dire deux fois par exercice. Or contrairement aux commissaires aux comptes qui doivent déclencher l'alerte toutes les fois que la situation de l'entreprise est préoccupante, les associés sont dans l'obligation d'exercer leur droit que dans ce délai précis. Autrement dit, au-delà, de ce délai, l'associé ne sera plus recevable dans sa demande d'explication, sauf à l'occasion des assemblées générales où il pourra toujours poser par écrit des questions aux dirigeants⁴⁵⁵. Pourtant les faits « de nature à compromettre la continuité de l'exploitation » peuvent se manifester à tout moment de la vie sociétaire et toutes les fois qu'un acte inopportun est posé par les dirigeants. Il est donc possible qu'une fois les deux possibilités d'exercice de leur droit d'alerte épuisé, même s'ils dispensent d'informations qui indiquent clairement que la situation de l'entreprise risque d'être compromise dans son exploitation, ils ne peuvent pas déclencher une alerte.

⁴⁵⁴ C. Saint-Alary-Houin, op. cit. p. 163 ; OHADA, sociétés commerciales et GIE, ouvrage collectif op.cit. p. 163.

⁴⁵⁵ Art.526 AUDSC et G.I.E.

249. Dans un tel cas, il va falloir que les associés espèrent que le commissaire aux comptes veuille bien exercer son droit d'alerte afin de porter l'information aux dirigeants sinon la situation de l'entreprise pourra se dégrader rapidement. C'est pour cette raison que la procédure d'alerte est qualifiée de subsidiaire⁴⁵⁶ par rapport à l'alerte du commissaire aux comptes qui lui sert en quelque sorte de relais. La limitation des pouvoirs de contrôle de la société par les associés est assez curieuse quand on sait que dans plusieurs sociétés de droit OHADA, il n'existe pas de commissaires aux comptes chargés d'assurer un contrôle suivi des comptes. Les associés n'ont donc pas les mains libres comme les commissaires aux comptes en matière d'alerte. A la différence de ces derniers, qui ont le pouvoir d'inviter les dirigeants de la société anonyme à faire délibérer le conseil d'administration ou l'administrateur général à se prononcer sur les faits relevés en cas d'insatisfaction⁴⁵⁷ les associés n'ont nullement cette possibilité.

250. Bien plus, le commissaire aux comptes peut établir un rapport spécial qui est présenté à la prochaine assemblée générale en cas d'inobservation par les dirigeants de leurs obligations face à l'alerte, ou si en dépit des décisions prises, la continuité de l'exploitation reste compromise. Ce sont des choses que l'associé ne peut décider dans le cadre de l'exercice de son droit d'alerte. Tout au plus, devra-t-il obligatoirement passer par le commissaire aux comptes s'il veut aboutir à de tels résultats⁴⁵⁸. On peut donc penser que les commissaires aux comptes ont un droit de regard sur les résultats de l'alerte obtenus par les associés dans la mesure où ils ne convoqueront le conseil d'administration ou l'assemblée générale qu'après s'être assurés de la réalité de la menace.

251. Au regard de tout ce qui précède, le constat est que la procédure d'alerte par les associés est d'une efficacité limitée. Il est à craindre qu'elle ne permette en fin de compte à l'associé que de prendre date, en montrant qu'il a eu connaissance des difficultés qu'a rencontrées l'entreprise à un moment donné. Toutes les critiques ici faites ne sont pas méconnues du droit français⁴⁵⁹. Le seul mérite du législateur OHADA à propos de l'alerte des associés comme de l'alerte du commissaire aux comptes est d'avoir institué des mécanismes de détection dans la zone OHADA. Mais il a fait preuve de paresse législative en reprenant sans les ignorer, les mêmes lacunes déjà présentes et critiquées en droit français. Même si certains auteurs français semblent faire l'apologie de l'alerte des associés en se référant à sa

⁴⁵⁶ A. S. Alghadi, *op. cit.* p. 51.

⁴⁵⁷ Art. 155 AUDSCGIE.

⁴⁵⁸ Voir Art 156 et 158 AUDSC et G.I.E.

⁴⁵⁹ Sur l'alerte des associés en droit français, v. *supra*, n° 134.

finalité et à son contenu⁴⁶⁰. Il faut convenir que l'alerte des associés en droit OHADA et en droit français demeure «le parent pauvre de la prévention⁴⁶¹. Les associés peuvent toutefois solliciter du président de la juridiction compétente la désignation d'un expert chargé de réaliser plusieurs opérations de gestion. Il en résulte que même si la prévention des cessation des paiements n'est pas acquise par l'effet de l'alerte, les associés disposent d'autres moyens pour contrôler la gestion des dirigeants, puisque dans le cadre du droit d'alerte des associés, le nombre d'alerte se fait par associés et non globalement⁴⁶². Ce qui pourrait permettre en fonction du nombre d'associé, d'avoir plusieurs possibilités d'alerte.

252. En conclusion, les textes relatifs à l'alerte des associés sont insuffisants pour parvenir à la mise en place de mesures propres destinés à pallier aux difficultés de l'entreprise, avant qu'il ne soit trop tard. Le droit d'alerte dont bénéficient les minoritaires, procède plutôt de l'information que d'une véritable prévention dans la mesure où ce droit se limite à poser des questions aux dirigeants sociaux et que la procédure s'arrête à ce stade, qu'il soit répondu ou non aux minoritaires par les dirigeants, et que les réponses qu'ils auront obtenues soient ou non satisfaisantes. Ainsi cette procédure ne permet pas de saisir les organes qui ont le pouvoir de mettre en œuvre une véritable prévention si cela est nécessaire. Il est regrettable que les différents législateurs ne soient pas allés au-delà de l'information dans les prorogatives qu'il a accordées aux minoritaires. C'est en cela, que cette procédure ne répond pas pleinement à l'objectif de prévention pour lequel elle a été instituée.

3- L'incertitude quant au devenir des groupements de prévention agréée

253. Le code de commerce à travers l'article L.611-1 a institué un droit d'alerte au profit des groupements de prévention agréée. Aux termes de cette disposition, lorsque le groupement relève des indices de difficultés, il en informe le chef d'entreprise et peut lui proposer l'intervention d'un expert. Leur raison d'être repose sur l'idée que les petites entreprises ne disposent pas généralement de moyens nécessaires pour se procurer les services d'un homme de chiffre afin d'analyser la situation de l'entreprise et prendre, le cas échéant, les mesures utiles⁴⁶³.

⁴⁶⁰ F. Perochon, op. cit. p. 52 ; C. Saint-Alary-Houin, op. cit. p. 109.

⁴⁶¹ Y. Guyon, Droit des affaires, T2, Entreprises en difficultés, Economica, 9^e éd. 2003, p. 69.

⁴⁶² A. S. Alghadi, *Perfectible droit*, op. cit., p. 57.

⁴⁶³ P. Scotto Di Carlo, « Les mécanismes juridiques de l'alerte », in *La prévention des difficultés des entreprises*, art.préc. pp.55 et s.

254. Plus précisément, les groupements de prévention ont été institués afin de fournir à leurs adhérents de façon confidentielle une analyse des informations comptables et financières qu'ils s'engagent à lui transmettre régulièrement. Or il y a lieu de faire observer que cette adhésion n'est pas obligatoire pour le chef d'entreprise, il peut donc s'en passer, ce qui montre le manque d'emprise véritable de ce droit d'alerte dans le système français de prévention détection. Par ailleurs même quand le chef d'entreprise décide d'y recourir, le groupement ne dispose pas de moyen de coercition pour obliger ce dernier à traiter les difficultés qu'il lui a révélées. Evidemment, le traitement de ces difficultés ne se fera pas dans le cadre de la prévention détection, le système de prévention détection ne disposant pas d'outils juridiques de traitement des difficultés, leur rôle se limitant strictement à un objectif d'information du débiteur. La mission du groupement lorsqu'elle est sollicitée s'analyse donc en une simple mission d'information, le débiteur demeurant libre de ne pas donner suite à la proposition qui lui est faite, de même d'ailleurs, qu'il lui est loisible de ne pas réagir aux informations que lui a données le groupement de prévention. On comprend à juste titre qu'elle soit qualifiée par un auteur de "mini alerte"⁴⁶⁴.

Selon un auteur, les groupements de prévention ont été un échec⁴⁶⁵. La première raison de cet échec est liée à la réticence des chefs d'entreprises à autoriser ce qu'ils estiment être une surveillance de leur gestion, voire une ingérence par les dits groupements dans leurs affaires. Ensuite, il y a la concurrence dont ils font l'objet. En effet, les entreprises disposent désormais de plusieurs sources d'informations sur leur situation, cela a fait dire un auteur⁴⁶⁶ que les groupements de prévention agréés sont pratiquement inutiles dans le dispositif actuel. Objectivement, le rôle de ces groupements de prévention n'est plus indispensable, malgré les amendements tendant à accroître leur mission, d'ailleurs rejetés⁴⁶⁷. Leur portée reste largement faible, surtout que de plus en plus certains professionnels libéraux comme les avocats sont sollicités par les entreprises en matière de détection des difficultés⁴⁶⁸. Dans l'ensemble, toutes ces techniques servent de relais à l'alerte du commissaire aux comptes.

⁴⁶⁴ C. Saint-Halary-Houin, op.cit. p. 110.

⁴⁶⁵ P. Scotto Di Carlo, « Les mécanismes juridiques de l'alerte », in La prévention des difficultés des entreprises », op.cit. pp.55 et s.

⁴⁶⁶ T. Bellot in table ronde, art. préc. pp. 49 et s.

⁴⁶⁷ C. Saint-Alary-Houin, ouvrage op.cit. 110.

⁴⁶⁸ M. Bollet, in la prévention des difficultés des entreprises, Analyses des pratiques juridiques, sous la direc. G. Blanc, art. préc. p. 139 et s.

Chapitre II: L apport notable des sources complémentaires de détection

255. Les techniques de détection créées par la loi ne sont pas les seules susceptibles de procurer des informations sur la situation des entreprises. En effet, coexistent à côté des mécanismes d'alerte, d'autres sources de détection des difficultés dont l'efficacité est souvent beaucoup plus réelle dans certains domaines. Ces sources ne sont pas toujours connues pourtant la pratique relève leur grande utilité et la fiabilité de leur clignotants est par moment implacable. C'est l'exemple des structures financières dont le rôle de détection est très perceptible dans le milieu bancaire (Section I). S'ajoute à cela, l'information comptable recueillie auprès des tribunaux de commerce ou de grande instance (Section II).

Section I: Le rôle de détection des structures financières

256. Les structures financières devraient jouer un rôle important en matière de détection des difficultés si un cadre juridique leur était réservé. Les relations d'affaire qu'elles entretiennent en général avec les entreprises leur permettent d'avoir des informations sur la santé financière de leurs partenaires ou leurs cocontractants. C'est l'exemple de l'assurance crédit (Paragraphe I) dont il faut apprécier l'importance en matière de détection des difficultés. Il en va de même des services bancaires (Paragraphe II) qui comme l'assurance crédit sont des précieux outils qui permettent de révéler les risques de cessation des paiements.

Paragraphe I: L'assurance crédit

257. Le choix de l'assurance crédit s'explique, dans le cadre cette étude, par sa forte connotation économique et financière⁴⁶⁹ mais aussi parce qu'elle constitue aujourd'hui un outil indispensable de gestion intégré du risque client⁴⁷⁰. D'ailleurs l'article 144-1 du code monétaire et financier fait obligation à la banque de France de communiquer les renseignements qu'elle détient sur la situation financière des entreprises aux entreprises d'assurances habilités à pratiquer des opérations d'assurances crédit. Les assureurs crédit disposent donc de solides bases de données dont l'analyse permet d'avoir les renseignements

⁴⁶⁹ J.-P. Deschannel et L. Lemoine, L'assurance crédit, PUF 1996, p. 28.

⁴⁷⁰ D. Sorlin, Complémentarité de l'assurance crédit, LPA, 22 juillet 1996, n°88, p. 21.

sur les cotations des entreprises recensées. Ils peuvent de la sorte, s'ils étaient sollicités à jouer un rôle majeur en matière de détection des difficultés, constituer un formidable instrument d'information sur les risques de défaillance des entreprises. Pourtant malgré le rôle de prévention avéré qu'elle pourrait jouer, l'assurance-crédit n'a toujours pas retenue l'attention du code de commerce. Son contenu mérite néanmoins d'être précisé (A) ainsi que ses outils de détection (B).

A- Le contenu du contrat d'assurance crédit

258. De nombreux écrits et travaux ont été consacrés à cette technique de détection, il y a lieu de s'y référer pour comprendre toutes les implications de cette matière⁴⁷¹. Il faut toutefois retenir que l'assurance-crédit est une opération par laquelle une partie, l'assuré se fait promettre moyennant une rémunération, la prime, pour lui ou pour un tiers, en cas de réalisation d'un risque, une protection par une autre partie, l'assureur, qui, prenant en charge un ensemble de risques, les compense conformément aux lois de la statistique⁴⁷².

259. Cette définition fait apparaître trois traits essentiels de l'assurance crédit à savoir la prime, le risque, la prestation de l'assureur et deux éléments techniques: un regroupement des risques et l'utilisation des lois statistiques. Bien qu'ancienne, cette définition a été reprise par la doctrine moderne⁴⁷³. Ainsi pour dire plus simplement, selon ces auteurs, « l'assurance crédit est l'assurance souscrite par un créancier pour couvrir le risque d'insolvabilité de son débiteur » ou bien encore « l'opération par laquelle un créancier souscrit une assurance contre les risques découlant de l'octroi de crédit ». Malgré les difficultés de qualification⁴⁷⁴, l'assurance crédit est désormais présentée comme un contrat d'assurance qui réunit tous les éléments d'une véritable opération d'assurance⁴⁷⁵. On parle alors de contrat d'assurance crédit c'est-à-dire une convention passée entre un assureur et un souscripteur, le plus souvent une

⁴⁷¹ V. à titre indicatif, Ph. Casson, « Assurance-crédit », Rép. Com. Dalloz octobre 2010 ; J.- P Deschanel et Laurent Lemoine, L'assurance crédit, op.cit, Marcel Fontaine, Essai sur la nature juridique de l'assurance crédit, thèse doctorat Bruxelles 1966; J. Bastin, La défaillance de paiement et sa protection, L'assurance crédit, LGDJ Paris 1993; M. Denis- Linton, L'assurance crédit en droit interne, thèse doctorat, Paris I 1978.

⁴⁷² J.-P. Deschanel et L. Lemoine, l'assurance crédit, op.cit, p.28 ; J. Hémard, Théorie et pratique des assurances terrestres, Sirey 1924, t.1, n° 42.

⁴⁷³ Y. Lambert- Faivre et L. Leveneur, Droit des assurances, Dalloz 2011, 13^e éd., n° 676 ; B. Sousi-Boubi, Lexique de la banque et des marchés financiers, Dalloz 2001, 5^e éd., p. 15.

⁴⁷⁴ Ph. Casson, Assurance crédit, Rep. Com. Dalloz oct. 2010, p. 3.

⁴⁷⁵ V.M. Fontaine, thèse de doctorat, préc. p. 206, l'auteur affirme clairement que l'assurance crédit est un contrat d'assurance ; A.- M. H. Assi Ezzo, J. Issa-Sayegh, J. Lohoues-Obles, CIMA, Droit des Assurances, Bruylant Bruxelles 2002, nos 512 et s.

entreprise industrielle ou commerciale qui désire se garantir contre le risque client lié aux avances et délais de paiement des ventes ou des prestations de services.

260. D'une manière générale, on distingue trois catégories d'assurance-crédit. La première, la plus ancienne, est l'assurance aval, selon laquelle l'assureur s'engage envers un créancier (ou un tireur de traite), moyennant paiement d'une prime, à payer immédiatement au titulaire de cette créance (ou de cette traite) son montant si le débiteur ne règle pas à l'échéance. Il s'agit donc d'une assurance paiement à l'échéance généralement souscrite par le tireur d'une lettre de change au profit d'un banquier qui l'escompte, d'où l'appellation assurance aval⁴⁷⁶. Ce type d'assurance crédit est dépassée et n'est plus utilisée de nos jours. Plusieurs raisons ont été avancées pour justifier son déclin⁴⁷⁷.

Ensuite, apparaît l'assurance-caution ou assurance-cautionnement. Elle a connu un véritable succès à une certaine époque⁴⁷⁸. Elle se présente comme « une modalité d'assurance par laquelle un débiteur ne pouvant fournir une caution à son créancier lui substitue une assurance-caution en garantie de ses propres engagements »⁴⁷⁹. Cette formule s'est aujourd'hui généralisée et de ce point de vue elle est pratiquée aussi bien par les assureurs crédit et les par les assureurs en général.

261. Enfin, vient l'assurance- crédit insolvabilité. Elle constitue selon l'expression d'un auteur⁴⁸⁰, « la branche mère de l'assurance crédit ». Elle permet de garantir le créancier contre l'insolvabilité, constatée judiciairement ou par l'expiration d'un délai de carence du débiteur. Les assureurs-crédit insolvabilité enregistrent un chiffre d'affaire d'environ 690 millions d'euros sur un marché très concentré et couvrent 320 milliards d'euros, soit environ le quart du crédit interentreprises en France⁴⁸¹. Il en résulte que des trois catégories d'assurance crédit l'assurance crédit insolvabilité est la plus importante et la formule la plus utilisée dans les entreprises pour couvrir les différents risques commerciaux. C'est pourquoi seule cette forme sera utilisée dans comme technique ou stratégie de prévention de la cessation des paiements des entreprises. Plus concrètement, il y a lieu de s'interroger en quoi l'assurance crédit constitue véritablement un outil de détection des difficultés des entreprises.

⁴⁷⁶⁴⁷⁶ Ph. Casson, art. préc.

⁴⁷⁷ Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, Litec 2010, 8^e éd. n° 1085.

⁴⁷⁸ Ch. Gavalda, *Le renouveau de l'assurance cautionnement des marchés garantie des acheteurs dans le commerce international* in *Mélanges Azard*, Dalloz, p. 75 et s.

⁴⁷⁹ Ph. Casson, art. préc.

⁴⁸⁰ M. Fontaine, *Essai sur la nature juridique de l'assurance crédit*, thèse de doctorat, Bruxelles 1966, n° 9, p.3

⁴⁸¹ Ph. Casson, art. préc.

B- Les techniques de détection du risque propres à l'assurance crédit

262. Selon un auteur, les assureurs crédits ont mis en place les outils les plus sophistiqués en matière de détection du risque, c'est-à-dire de la cessation des paiements⁴⁸². Ceux-ci reposent sur un système de prévention dont la performance est reconnue et qui, pour cette raison, est de plus en plus sollicité par certaines sociétés⁴⁸³. Il s'agit de diverses sources d'information et autres éléments de détection qui reposent pour l'essentiel sur les lois de la statistique. Parmi ces sources d'information, on retiendra celles qui sont propres à l'assureur (1). Elles doivent être collectées parmi les divers moyens de détection. On s'attardera sur les sinistres (2) c'est-à-dire l'insolvabilité.

1- La collecte des informations ou l'expertise du risque

263. La collecte des informations procède de la technique de l'expertise en termes d'analyse de risque. Elle permet à la fois une identification précise du débiteur et son évaluation financière (rentabilité, endettement, fonds propres). Elle est effectuée par des hommes de terrain en charge d'une zone géographique qui font une première analyse, une décision va être prise par la suite par des hommes de métier spécialistes par branche d'activité et capables de restituer les entreprises dans un contexte de marché, de produits. Si les informations révèlent l'existence ou la surveillance imminente d'un risque, celui-ci fait l'objet d'une surveillance active⁴⁸⁴. Car, pour obtenir une bonne prévention, il faut disposer de renseignements fiables et consolidés, et cela implique un désengagement opéré avant que les problèmes n'apparaissent sur la place publique. Il est évident que les informations fournies par les assurés à l'assureur sur leurs expériences de paiement sont une ressource importante qui permet de détecter au plus tôt la dégradation des trésoreries des entreprises. A cet effet, l'assuré doit faire connaître, à l'assureur, les retards de paiement, les prolongations d'échéance etc. Il a d'ailleurs intérêt à agir avec sincérité car contractuellement jamais l'assuré n'est intégralement remboursé d'une créance impayée⁴⁸⁵.

⁴⁸²Thierry Bellot, La détection précoce des difficultés des entreprises, Rév. proc. coll. Janv.-fév. 2010, table ronde préc. p.53.

⁴⁸³ D. Sorlin, Complémentarité de l'assurance crédit, LPA, 22 juillet 1996 n°88, p. 21, l'auteur affirme que les compagnies d'affacturage, ont au regard, du développement de leur activité, ressenti le besoin de recourir à l'assurance crédit afin de bénéficier des systèmes de prévention.

⁴⁸⁴J.-P. Deschannel et L. Lemoine, op. cit. p.54.

⁴⁸⁵ J.-P. Deschannel et L. Lemoine, op. cit. p.54.

264. D'une manière générale, les entreprises accueillent favorablement les missions de terrain des agents assureurs. Elles savent qu'il est important pour elles d'avoir une bonne réputation auprès des assureurs crédit en termes de publicité et de confiance dans les relations d'affaire avec leur partenaire. Lors de ces visites au sein des entreprises, les agents sollicitent des entretiens avec les dirigeants et recueillent des multiples informations. Ces renseignements ainsi obtenus demeurent en revanche confidentiels, ils sont donnés à l'assureur dans un but très précis et ils ne sont pas susceptibles de diffusion. L'information peut être également obtenue grâce aux banques de données accessibles par télématique, la richesse de ces données leur confère une certaine fiabilité⁴⁸⁶. Les sociétés spécialisées dans le renseignement commercial constituent aussi une source importante d'information.

265. Au total, l'assureur crédit dispose d'une diversité de sources d'information, qu'il s'agisse des informations données par les greffes des tribunaux de commerce, les journaux d'annonce légale par les agences d'enquête personnalisées ou encore les études économiques, les Études juridiques et pour les statistiques. Leur rôle de détection est incontestable⁴⁸⁷. Au regard de tout ce qui précède, toutes ces informations pourraient être éventuellement mises à la disposition du président du tribunal dans le cadre de la politique de prévention. Pour ce faire, un cadre juridique devrait être créé afin d'envisager une telle éventualité car juridiquement l'assureur-crédit est tenu au secret professionnel⁴⁸⁸.

266. Mais comme il n'existe aucun lien contractuel entre l'assureur crédit et l'entreprise en difficulté, dont la principale activité est de couvrir les fournisseurs de l'entreprise en difficulté⁴⁸⁹ le retrait de ce dernier d'un dossier jugé trop risqué dans ses relations avec les fournisseurs de l'entreprise en question, devrait s'interpréter comme un élément révélateur de l'existence de difficultés rencontrées par l'entreprise. Il serait alors utile et salvateur pour l'entreprise considérée que le juge de la prévention puisse être autorisé à accéder aux informations de l'assurance-crédit afin d'offrir son aide dans la perspective de trouver une solution négociée aux difficultés rencontrées. L'assureur dispose cependant d'un autre élément indicateur de risque, c'est le sinistre.

⁴⁸⁶ D. Sorlin, art. préc. p. 2.

⁴⁸⁷ J. Bastin, La défaillance de paiement et sa protection, l'assurance crédit, L.G.D.J., 2^e éd. 1993, p. 150 et s.

⁴⁸⁸ Ch. Gavalda et J. Stoufflet, Droit bancaire, op. cit. n° 1087.

⁴⁸⁹ D. Zwerger, in table ronde préc. p.53.

2- Les sinistres

267. En matière d'assurance crédit, le sinistre est l'insolvabilité du débiteur. L'insolvabilité est définie comme le non paiement déclaré, puis présumé du débiteur (a). Elle peut se justifier aussi dans l'hypothèse d'un état de manquement de paiement (b)

a) De l'insolvabilité déclarée à l'insolvabilité présumée

268. L'insolvabilité déclarée résulte du jugement de redressement ou liquidation judiciaire constatant l'état de cessation des paiements du débiteur. Elle a pendant longtemps constitué le seul fait générateur de la mise en jeu de la garantie de l'assureur crédit. Mais le critère de l'insolvabilité déclaré s'est avéré limité en raison des longs délais pouvant exister entre l'échéance impayée et le jugement déclaratif de faillite. Certains débiteurs malhonnêtes ne manquant pas d'imagination pour user de manœuvres dilatoires. Les lacunes de l'insolvabilité déclarée ont donc conduit tout logiquement les assureurs crédit à recourir à une autre variante de l'insolvabilité, c'est-à-dire l'insolvabilité présumée. D'après ce mécanisme, l'insolvabilité est encourue lorsque le débiteur, en dépit des relances, n'a toujours pas payé à l'expiration d'un certain délai de carence, en général neuf mois après la remise du dossier à l'assureur⁴⁹⁰.

b) L'état de manquement

269. L'état de manquement traduit un non paiement dans un certain délai (trente ou soixante jours) après l'échéance de la créance. A l'expiration de ce délai, en créant l'état de manquement, les factures nouvelles émises par l'assuré se trouvent automatiquement non garanties. Ainsi l'état de manquement traduirait des difficultés rencontrées par l'assuré dans la mesure où il y a eu un non paiement. Certes il peut s'agir d'un non paiement momentané mais cette carence de paiement peut aussi traduire véritablement un état de risque, c'est-à-dire la cessation des paiements à venir. Dès lors qu'il n'est plus couvert par la garantie d'assurance, le débiteur risque de se trouver dans une situation difficile si ultérieurement il subit un risque⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ J.-P. Deschannel et L. Lemoine, *op.cit.* p. 51.

⁴⁹¹ J.-P. Deschannel et L. Lemoine, *op.cit.* p. 51.

270. Anticiper le plus tôt possible les risques afin de réagir de manière efficace est, un gage de sécurité pour l'entreprise mais aussi pour ses partenaires. Pour ces derniers en effet, une entreprise en difficulté qui finit par disparaître, est un client en moins avec les conséquences financières que cela suppose. Dès lors les clignotants mis en place par certaines structures financières, au delà des précautions sécuritaires, peuvent s'interpréter comme un service rendu à ces dernières. Les banquiers, les experts comptables et auditeurs en contrat s'inscrivent dans cette optique même si pour les deux professionnels cités, leur sollicitation est souvent demandée par le dirigeant lui-même.

Paragraphe II: Les services bancaires

271. En matière de prévention détection, les services bancaires disposent de techniques spécifiques de détection des difficultés souvent plus fiables et cohérentes⁴⁹² que celles des autres entreprises de droit commun. Ce particularisme s'explique par la raison d'être des banques à savoir la production et la gestion de la masse monétaire qu'elles reçoivent de leurs clients. En effet, les banques sont aussi des entreprises qui au cours de leur fonctionnement, sont susceptibles de rencontrer des difficultés qui peuvent causer leur disparition. La spécificité de leur objet invite donc à mettre en place des techniques spéciales de détection souvent complexes mais efficaces afin d'éviter les risques de défaillance (A). Mais dans les rapports avec les autres entreprises, auxquelles elles sont amenées à octroyer des crédits, les banques peuvent à travers des indices qui leur sont propres déceler des difficultés. Ces signes ou clignotants auxquels les banques se réfèrent pour apprécier la situation des autres entreprises constituent des apports notables en matière de détection des difficultés des entreprises (B).

A- Des techniques spécifiques de détection applicables aux entreprises bancaires

272. Parce que ne peut être banquier qui veut, les législations Françaises et Ohada ont mis en place des techniques de détection, afin de garantir aux clients et aux partenaires des établissements bancaires et un niveau de sécurité suffisamment important pour qu'en principe

⁴⁹² Ch. Leguevaques, Droit des défaillances bancaires, Economica 2002, p. 52.

aucune difficulté ultérieure ne puisse être constatée⁴⁹³. Cet objectif de prévention systématique suppose la sélection des futurs banquiers (1) mais aussi la mise en place d'un contrôle et d'une surveillance continues de l'activité bancaire (2). Contrairement aux autres entreprises, la prévention des difficultés en matière bancaire se fait au moment de la constitution de l'entreprise de crédit. La particularité du dispositif de détection n'empêche cependant pas les entreprises bancaires de recourir aux mécanismes de détection de droit commun tels que l'alerte. En revanche, si comme toute entreprise, l'établissement de crédit peut recourir à la procédure d'alerte de droit commun, le caractère sensible de la profession bancaire en rend son usage peu fréquent et pour le moins mal aisé (3).

1- La technique de sélection ou l'agrément bancaire

273. En matière bancaire, la prévention du risque de défaillance des entreprises de crédit est particulière car elle obéit à des règles spécifiques. Ce particularisme de la profession bancaire vise à éviter les conséquences extrêmement graves que pourrait entraîner la défaillance d'une banque à l'égard des autres banques mais aussi des entreprises non bancaires⁴⁹⁴. Ainsi en droit français⁴⁹⁵ et dans les pays africains de la zone franc⁴⁹⁶, la prévention des défaillances bancaires commence lors de leur constitution qu'au cours de leur exploitation. L'exercice de la profession bancaire n'est pas ouvert à tout le monde. Elle procède d'un tri très sélectif qui repose sur des critères bien définis. En effet, à la différence des autres entreprises, même si la profession bancaire constitue une activité commerciale, elle se caractérise plutôt par la limitation de son accès. L'accès à la profession de banquier est subordonné à l'obtention d'un agrément qui constitue une sorte de passeport⁴⁹⁷ ou de véritable autorisation administrative d'exercer la profession⁴⁹⁸. C'est l'instrument indispensable de surveillance de l'activité des

⁴⁹³ La pratique a cependant démontré que le risque de faillite est toujours possible. L'affaire du crédit Lyonnais en France montre bien que le système de prévention en matière comporte des limites et il ya fallu dans cette affaire l'intervention de l'Etat en 1995 pour éviter la défaillance de cette banque.

⁴⁹⁴ M. R. Tcheumaliu Fansi, Droit et Pratique bancaire dans l'espace Ohada ; A. Kenmogne Simo, « La spécificité de la prévention des difficultés en matière bancaire dans les pays africains de la zone franc », Rev. proc.coll. décembre 2005 n° 4

⁴⁹⁵ En droit français v. l'ouvrage de référence, Ch. Léguevaques, Droit des défaillances bancaires, Economica 2002, p. 55 ; en droit africain v., M. R. Tcheumaliu Fansi, Droit et Pratique bancaire dans l'espace Ohada ; A. Kenmogne Simo, art. préc. n° 4.

⁴⁹⁶ Ces pays sont regroupés en deux grandes catégories : Ceux de la CEMAC (Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale, elle regroupe le Cameroun, le Gabon, la Guinée équatoriale, la République Centrafricaine, La République du Congo et le Tchad) et ceux de l'UEMOA (Bénin, Burkina - Faso, Côte d'Ivoire, Guinée Bissau, Mali, Niger, Sénégal, Togo). Ces pays forment utilisent le Franc comme monnaie et entretiennent une coopération monétaire avec la France.

⁴⁹⁷ Ch. Léguevaques, op.cit. p. 55. n° 80.

⁴⁹⁸ Ch. Gavalda et J. Stoufflet, Droit Bancaire, Litec, 8è éd. 2010, n° 52, p. 35.

établissements de crédit par l'Etat⁴⁹⁹. Il n'y a que les entreprises qui présentent des gages de fiabilité qui peuvent accéder au marché bancaire⁵⁰⁰. De simples particuliers aussi riches qu'ils soient t-ils, ne peuvent prétendre à l'exercice de la profession bancaire, ils ne peuvent pas à ce titre demander l'agrément. L'exercice de cette profession leur est fermée et par conséquent, il n'y a que les personnes morales qui peuvent solliciter un agrément afin d'effectuer à titre de profession habituelle le métier de banquier⁵⁰¹. L'agrément est obligatoirement délivré au moment de la constitution de la société⁵⁰². Une jurisprudence de la chambre commerciale de la cour de cassation de 2002 était favorable à ce que, le défaut d'agrément donne lieu à des sanctions civiles notamment l'annulation des prestations illégalement accomplies⁵⁰³. Mais cette solution a évolué depuis lors, la première chambre civile de la cour de cassation s'étant refusé de suivre la position dégagée par la chambre commerciale, en ce qui concerne les conséquences civiles en cas de violation du monopole bancaire⁵⁰⁴. D'ailleurs, l'autorisation d'exercice n'est pas perpétuelle, ce qui veut dire que l'agrément peut être retiré en cours d'exercice de l'activité bancaire⁵⁰⁵. La perte de l'agrément peut avoir aussi pour conséquence la radiation de l'établissement de crédit⁵⁰⁶. L'agrément est donc un critère de prévention du risque de défaillance. Il permet déjà de détecter en amont les aptitudes de la personne morale requérante à exercer la profession. Le refus de l'octroi de l'agrément voudrait donc vouloir dire que le requérant ne présenterait pas les conditions et les qualités nécessaires à l'exercice de la profession. De ce point de vue, le refus a un effet d'anticipation puisqu'il permet d'éviter une éventuelle cessation des paiements d'une entreprise bancaire qui n'aurait pas du exercer si l'agrément ne lui avait pas été accordé. Plus concrètement, l'agrément est un critère d'élimination du circuit bancaire des personnes non aptes à gérer un établissement de crédit.

Pourtant en vertu du principe de la liberté du commerce et de l'industrie⁵⁰⁷, la création d'une entreprise ne devrait pas être subordonnée à une autorisation. Par exemple, dans le droit commun, à part les formalités d'inscription dans les divers registres de commerce, toute

⁴⁹⁹ G. Manceau, « Le sort de l'agrément », *Rev. dr. Banc. et bourse*, mai/juin 1996, n° 55, p. 90 et s.

⁵⁰⁰ S. Piedelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, Economica 2011, n° 126, p. 126.

⁵⁰¹ Ch. Légevaques, *op. cit.* p.54.

⁵⁰² D'après l'article L. 511-10 du code monétaire et financier français, « Avant d'exercer leur activité, les établissements de crédit et les sociétés de financement doivent obtenir un agrément ». En droit Ohada, il faut se référer à l'article qui reprend à l'identique la disposition du code monétaire et financier français cité. Selon cette disposition du texte de loi,

⁵⁰³ Cass. Com., 2 juillet 2002, n°1290, *Bull. Joly Bourse*, 01 novembre 2002, n° 6, p. 557, note. J.-P. Delville.

⁵⁰⁴ Cass. ass. plén., 4 mars 2005, n°03-11.725 : *JCP E* 2005, II, 690, note Th. Bonneau ; *D.* 2005, 836, obs. Delpech ; *LPA* n° 113, 8 juin 2005, p. 15, note M.-M. Veverka ; J. Stoufflet, *Le défaut d'agrément bancaire n'entraîne pas la nullité des contrats conclus : RD bancaire et financier* mai/ juin 2005, p. 48.

⁵⁰⁵ Art. L. 511- 15 code monétaire et financier et art. Ohada.

⁵⁰⁶ A propos de la radiation des établissements de crédit pour perte d'agrément voir : en droit français, v. Art. L. 511-17 Code monétaire et financier, pour le droit Ohada, v.

⁵⁰⁷ Y. Guyon, *Que reste t-il du principe de la liberté du commerce et de l'industrie* in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies techniques 1978, p. 56

personne physique ou morale peut créer la société de son choix sans qu'il ne soit besoin de solliciter l'obtention d'un agrément. On observe ainsi d'une manière générale, une souplesse dans la création d'entreprise. Cette souplesse peut se comprendre, comme déjà indiqué au nom de la règle de la liberté de commerce et d'industrie, puisque sans entreprise, il ne peut avoir une économie forte et prospère. Cette souplesse dans la création d'entreprise contraste avec le caractère pesant des règles de constitution d'une entreprise bancaire.

274. Cette rigueur lors de la constitution des établissements de crédit aurait pu être bénéfique aux autres entreprises, par l'exigence d'un permis d'entreprendre par exemple⁵⁰⁸. Cette différence de traitement dans la création des entreprises explique certainement la récurrence des difficultés auxquelles les entreprises de droit commun sont prématurément confrontées. Il est bien certain que la profession bancaire est toute particulière⁵⁰⁹ et par conséquent l'exigence d'un agrément pour l'exercice d'une activité commerciale revêt un caractère tout à fait exceptionnel. Mais, la sécurisation de l'économie mondiale passe inéluctablement par la sécurisation du système financier. La rigueur ainsi observée au niveau de la loi bancaire contribue à la prévention des risques de défaillance des entreprises de crédit. Elle traduit le caractère préventif de la loi bancaire qui est perçue ainsi comme une loi par essence préventive⁵¹⁰. La rareté des cas de défaillance des entreprises bancaires notamment en France⁵¹¹, témoigne à priori de l'efficacité du dispositif mis en place par les différents législateurs. Dans cette optique, des contrôles et des surveillances sont effectuées, afin de renforcer au maximum le dispositif de contrôle des risques de défaillance bancaire.

2- Les mécanismes de contrôles et de surveillance

275. Contrairement aux entreprises de droit commun, les entreprises bancaires sont dotées de nombreux mécanismes de contrôle et de surveillance afin de détecter les risques de cessation des paiements. D'une manière générale, les mécanismes de contrôle sont nombreux

⁵⁰⁸ Sur les raisons de cette solution, v. nos développements, infra, n° 671 et s.

⁵⁰⁹ Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, Litec, 8^e éd. 2010, n° 52, p. 35.

⁵¹⁰ G. Manceau, « La dualité des régimes juridiques », in *La défaillance d'une banque*, colloque de Deauville 8-9 juin 1996, *Rev. jur. Com.*, n° 11, novembre 1996, p. 8.

⁵¹¹ Voir Ch. Leguévaques, op. cit. p. 25. L'auteur dresse un tableau des défaillances bancaires intervenues en France de la période allant de 1976 à 2000. Le seul véritable cas de défaillance qui n'en est pas un véritablement c'est l'affaire du crédit lyonnais de 1995. Sur cette affaire, voir *Collection Equinoxe, Dérives bancaires : le système bancaire français à l'épreuve du Crédit Lyonnais*, Editions Les Djins, 1995, p. 10 ; H. Bentegat et P. Bonazza, « Crédit Lyonnais : Le scandale bancaire du siècle », *Le Point*, 26 mars 1994, p. 48 ; v. Cour des comptes- rapport public particulier, *Le groupe crédit Lyonnais (octobre 1995)*, rapport consultable sur le site www.ccomptes.fr,

et assez denses⁵¹². Mais il est possible de les présenter à un double niveau de contrôle. Au niveau interne, le contrôle exercé est un contrôle de conformité qui a pour but de vérifier que les opérations pratiquées par l'entreprise bancaire respectent les lois et règlements, les règles déontologiques et les usages professionnels mais aussi la politique de crédit⁵¹³ définie par la direction. Le contrôle interne joue un rôle important dans la prévention de la cessation des paiements en ce sens qu'il permet d'anticiper sur les crises de solvabilité ou de liquidité de l'entreprise. Plus concrètement, il permet de mesurer les risques auxquels l'établissement est exposé et la rentabilité des opérations afin de garantir la qualité de l'information comptable et financière. En droit Français, c'est l'article L. 511-41⁵¹⁴ du code monétaire et financier qui précise les conditions dans lesquelles est exercé ce contrôle interne et définit les procédures. En droit Ohada, il faut se référer à la loi bancaire de l'Uemoa dont l'article reprend les mêmes règles du code monétaire et financier de droit français.

276. A l'échelon externe, on note la coexistence d'un double niveau de contrôle. Le premier contrôle est celui qui est effectué par l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution⁵¹⁵ telle que prévue par l'article L. 612-1 du code monétaire et financier. L'objectif de ce contrôle est contenue dans la mission légale assignée à l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution à savoir surveiller de manière permanente la situation financière et les conditions d'exploitation des personnes soumises à ce contrôle et mentionnées à l'article L. 612-2 du même code. La protection des intérêts des épargnants, peut conduire également l'autorité de contrôle et de résolution à porter à la connaissance du public, toute information qu'elle jugera nécessaire sans que puisse lui être opposé le secret professionnel. Ainsi donc, comme le témoigne sa dénomination légale, le contrôle prudentiel constitue le cœur de la mission de l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution, ce qui implique que soit

⁵¹² M. Eeckhoudt, La prévention de la faillite bancaire, LPA, 14 janvier 2010 n° 10, p. 3 ; Ch. Léguevaques, op. cit. pp. 85 et s. ; Panorama général de la loi de régulation bancaire et financière, LPA, 16 décembre 2010 n° 250, p. 3.

⁵¹³ Ch. Léguevaques, op. cit. pp. 85 et s.

⁵¹⁴ Ce texte précise que « les établissements de crédit doivent également disposer d'un système adéquat de contrôle interne leur permettant notamment de mesurer les risques et la rentabilité de leurs activités (...)

».

⁵¹⁵ L'autorité de contrôle prudentiel et de résolution est un organe administratif indépendant (article L. 612-1, I, al.1 code monétaire et financier) à l'égard de qui aucun pouvoir hiérarchique, de tutelle ou de contrôle ne s'impose. L'absence de personnalité juridique qui le caractérise est sans conséquence puisque ce sera l'Etat qui assumera les conséquences dommageables qui relèvent de son activité. Sur la responsabilité de l'Etat du fait de la carence de la commission bancaire dans son rôle de contrôle des activités bancaires : CE, 30 novembre 2001, Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie c. / M. ou Mme Kechichian, LPA, 08 novembre 2002 n° 224, p.11, note A. Bourrel ; banque et droit n° 82, mars-avril 2002. 56, obs. Th. Bonneau ; Rév. trim. dr. Com. 2002. 353, obs. R. Cabrillac ; JCP 2003, 396, n° 1, obs. J. Stoufflet ; V. aussi, A. Prüm, « La CJCE admet l'irresponsabilité des autorités de contrôles des banques vis-à-vis des déposants », Rév. dr. Bancaire et financier, janv.-février 2005. 3.

maintenue en permanence la solvabilité mais aussi la liquidité de l'établissement. Elle est née de la fusion du comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et de la commission bancaire. Dans le fond, l'autorité de contrôle prudentiel n'a fait que reprendre les mêmes missions qui étaient jusque là dévolues au comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et à la commission bancaire. Ce rapprochement s'explique par le désir d'unification de la supervision prudentielle pour une meilleure efficacité⁵¹⁶.

277. Le deuxième niveau de contrôle est exercé par les commissaires au compte. Ce type de contrôle, qui repose sur des principes comptables, n'est pas étranger aux règles de détection, telles que prévues par le code de commerce et l'acte uniforme sur les sociétés générales et les groupements d'intérêt économique de droit Ohada. Mais à la différence des entreprises de droit commun, les entreprises de crédit quelque soit leur forme juridique, doivent comporter obligatoirement au moins deux commissaires au compte qui sont chargés de procéder à la certification des comptes et vérifier la sincérité des informations⁵¹⁷, ce qui fait des commissaires aux comptes des acteurs indispensables dans le dispositif de détection des défaillances bancaires.

En outre, lorsque ces commissaires aux comptes constatent dans le cadre de leur mission toute infraction ou fait de nature à entraîner une défaillance de l'établissement de crédit, ils doivent en informer rapidement et impérativement l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Ils attestent ainsi que les comptes annuels sont réguliers et donnent une image fidèle de la société. A ce titre, le rôle des commissaires aux comptes ne diffère pas de celui qu'ils sont amenés à jouer dans les autres entreprises. Mais, en matière bancaire, leurs pouvoirs sont beaucoup plus importants pour exercer leur mission⁵¹⁸. C'est ce qui justifie le renforcement de leur obligation d'indépendance⁵¹⁹ et l'étendu de leur responsabilité⁵²⁰. Ils restent toutefois sous la supervision de l'autorité de contrôle et de résolution qui les nomme et qui peut à ce titre leur demander tout renseignement sur l'activité et la situation financière de l'entité qu'elle contrôle ainsi que sur les diligences qu'ils y ont effectuées dans le cadre de leur mission de contrôle⁵²¹. Ce double niveau de surveillance est nécessaire parce qu'il permet

⁵¹⁶ Voir sur ce point, M. Eeckhoudt, La prévention de la faillite bancaire, article préc.

⁵¹⁷ Art. L. 511-38 code monétaire et financier

⁵¹⁸ Ch. Légevaques, Droit des défaillances bancaires, *Economica* 2002, p. 95.

⁵¹⁹ L'autorité de contrôle prudentiel et de résolution est garante de l'indépendance des commissaires aux comptes. En effet, d'après le texte de l'article L. 511-38 du code monétaire et financier cité, les « commissaires aux comptes ne doivent pas représenter ou appartenir à des cabinets ayant entre eux des liens de nature juridique, professionnelle, de capital ou organisationnelle ».

⁵²⁰ Ch. Légevaques, *op. cit.* n° 162, p. 95.

⁵²¹ Art. L. 612-44 code monétaire et financier

un meilleur suivi de l'activité de l'entreprise mais aussi la sanction de toute négligence des commissaires aux comptes.

278. En ce qui concerne des mécanismes de surveillance, il faut souligner que le contrôle s'exerce à deux niveaux. D'abord, la surveillance de l'activité bancaire est effectuée par l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution qui apparaît comme le superviseur en chef. Elle consiste à la surveillance directe de l'activité des établissements de crédit dans les conditions définies à l'article L. 613-20-1 du code monétaire et financier. Plus concrètement, sur une base consolidée, l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution s'assure du respect par les établissements de crédit des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables⁵²². Mais la surveillance peut aussi se faire de manière indirecte par le contrôle des commissaires aux comptes. Elle consiste en ses échanges d'information entre les commissaires aux comptes et l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Dans cette optique, l'article L. 612-44 du code monétaire et financier donne la possibilité à l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution de demander aux commissaires aux comptes des établissements de crédits concernées tout renseignement sur l'activité et sur la situation financière de ces derniers. De la même manière, et selon le même texte de loi cité, l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution peut également transmettre aux commissaires aux comptes des établissements de crédit concernés toutes les informations utiles à la réalisation de leur mission. Il faut toutefois préciser que les informations ainsi fournies sont couvertes par le secret professionnel. L'importance de ces échanges d'information reste cependant primordiale en matière de détection des risques de faillite car cela permet à l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution de suivre quotidiennement la situation financière des entreprises de crédit.

279. Finalement, il est intéressant de constater que les mécanismes de détection sont nombreux et reposent pour l'essentiel sur la rigueur de la loi bancaire. Il est certain que ni le code de commerce et l'acte uniforme sur les sociétés commerciales ne disposent d'un tel système de surveillance de l'activité des entreprises afin de pouvoir détecter le plus rapidement possible les signes de la cessation des paiements. Ces mécanismes aussi nombreux et spécifiques⁵²³ soient ils, n'ont cependant pas empêché certaines banques de

⁵²² Art. L. 612-31 code monétaire et financier.

⁵²³ Ch. Légevaques, op. cit. n° 162, pp. 68 et s.

frôler le risque de faillite⁵²⁴. Malgré cela, il faut admettre que le risque de cessation des paiements d'une entreprise de crédit est beaucoup moins probable qu'une entreprise de droit commun. En effet, la détection en matière bancaire est très rigoureusement encadrée par rapport aux entreprises de droit commun. Cela est d'autant plus vrai que pour garder leur singularité les services bancaires refusent que les techniques de dépistage de la cessation des paiements de droit commun leur soient automatiquement appliquées. Il en va ainsi des techniques d'alerte dont l'application est délicate voire impossible en matière bancaire.

3- Une application mal aisée de la technique d'alerte aux établissements bancaires

280. Le mécanisme d'alerte comme technique de détection est applicable à toutes les entreprises. Le législateur français et le législateur Ohada n'ont pas fait de distinction quant à son domaine d'application. Par conséquent, les entreprises bancaires sont également concernées par l'alerte. Autrement dit, le dirigeant d'un établissement de crédit peut recourir à la règle de l'alerte pour être informé de la situation financière de son entreprise et prendre les mesures nécessaires s'il apparaît qu'il court un risque de défaillance. La spécificité des entreprises de crédit amène cependant à aborder la question avec beaucoup de prudence. En effet, tous les procédés d'alerte n'ont pas vocation à s'appliquer automatiquement aux entreprises de crédit. Même lorsqu'elle est appliquée, la technique d'alerte obéit à une démarche particulière pour tenir compte des exigences de la loi bancaire. Dans cette optique, la loi bancaire a assujettit l'alerte du commissaire aux comptes à une obligation d'information. Selon le texte de l'article L. 612-45, II du code monétaire et financier, les commissaires aux comptes sont tenus de signaler dans les meilleurs délais à l'autorité de contrôle et de résolution tout fait ou décision concernant la personne soumise à son contrôle dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur mission, de nature à constituer une infraction aux textes législatifs et réglementaires ou à porter atteinte à la continuité de l'exploitation. La référence faite à la notion de continuité de l'exploitation par le texte de loi cité, conduit à se référer à une notion existante déjà et définie dans les différents systèmes de prévention détection des difficultés des entreprises. Ce faisant, on peut aisément penser que

⁵²⁴ O. Duffour, « Le bruyant rebondissement de l'affaire Kerviel », LPA, 28 mai 2015 n° 106, p. 3 ; O. Duffour, Le revirement inattendu de la cour de cassation dans l'affaire Kerviel, Petites affiches, 03 avril 2014 n° 67, p. 4 ; O. Duffour, La cour d'appel rejette la demande d'expertise de Jérôme Kerviel, LPA, 03 février 2015 n° 24, p. 4 ; CA Paris, P. 5- Ch. 12, 24 oct. 2012, n° 11/ 404, Bull Joly bourse, note N. Rontchevsky ; Cass. crim. , 19 mars 2014, n° 12-87416, Bulletin Joly Bourse, 01 mai 2014 n° 5, p. 265, note N. Rontchevsky ; TGI Paris 11è Ch. 3è sect., 5 oct. 2010, n° 0802492011, Bulletin Joly Bourse, 01 janv. 2011 n° 1, p. 37, note N. Rontchevsky ; v. aussi Ch. Réault , « Le risque zéro n'existe pas », Banque n° 558, avril 1995, p. 35 et 36.

les faits et décisions concernées sont donc les mêmes que ceux que le commissaire aux comptes considère dans le cadre de la certification des comptes ou dans celui de la mise en œuvre de la procédure d'alerte⁵²⁵. Au delà de cette précision, il y a lieu d'observer tout de même que la position du commissaire aux comptes en matière d'alerte bancaire n'est pas aisée dans la mesure où il n'a véritablement pas le pouvoir de déclencher l'alerte contrairement à ce qui se passe en droit commun. Il doit d'abord informer l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Il appartiendra ensuite à cette entité de décider de la suite à donner aux informations données par le commissaire au compte. Le président du tribunal n'est pas informé, ce qui peut se comprendre puisqu'il faut éviter tout conflit de compétence entre les autorités judiciaires et les autorités bancaires. L'application de la technique d'alerte apparaît ainsi difficile et dans ces conditions il est peu probable qu'elle soit vraiment utilisée comme une technique de référence de détection du risque de défaillance. Les services bancaires préfèrent plutôt se référer à l'alerte⁵²⁶ de l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Ce droit d'alerte reconnu à l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution lui confère un pouvoir d'injonction⁵²⁷ très renforcé dont l'ineffectivité peut conduire à la prise des sanctions⁵²⁸ à l'égard des établissements de crédit concernés.

281. Exceptée donc la technique d'alerte, les entreprises de crédit disposent de techniques de détection qui leurs sont propres, elles ne peuvent être appliquées qu'à elles. Mais il existe également d'autres procédés de détection développés par les banques et qui cette fois sont applicables aux autres entreprises. Ce sont des signaux grâce auxquels il est possible de connaître la situation financière d'une entreprise.

B- Les techniques bancaires de détection applicables aux autres entreprises

282. Le banquier dispose de deux principaux clignotants de détection de difficultés. Il y a d'une part les clignotants externes et d'autre part les clignotants internes⁵²⁹. Les clignotants externes se réfèrent à des indices précis notamment l'évolution de la cotation de la Banque de

⁵²⁵ Pour plus de développements sur cette notion, v. supra, n° 99 et s.

⁵²⁶ Art. L. 612-32 et Art. L. 612-33 du code monétaire et financier

⁵²⁷ Art. L. 612- 32 code monétaire et financier

⁵²⁸ Art. L. 612- 33 - alinéas 1 à 7 code monétaire et financier ; voir aussi, Ch. Léguevaques, Droit des défaillances bancaires, Economica 2002, p.124.

⁵²⁹ F. Papazian, Le rôle du banquier en matière de détection des difficultés, in La prévention des difficultés des entreprises, Analyses des pratiques juridiques, PUAM, 2004, P.37 et S.

France (BDF)⁵³⁰. La cotation est composée de deux éléments; une cote d'activité et une cote de crédit. Un tableau de cotation chiffré permet d'indiquer la situation financière de l'entreprise⁵³¹, la liste des incidents de paiement de la Banque de France, l'accroissement du nombre de banques déclarantes, le changement de date d'arrêt, de bilan, l'absence de comptes annuel⁵³². La cotation financière est établie par la Banque de France au profit des établissements de crédit, les informations recueillies par la Banque de France sont accessibles sous certaines conditions⁵³³. Il s'agit d'informations financières, descriptives et comptables relatives aux incidents de paiements sur effets et aux crédits déclarés par les établissements de crédit.

283. Les clignotants internes reposent plus sur des critères purement financiers, ce sont entre autres l'évolution de la trésorerie, l'évolution de l'utilisation des encours bancaires, l'analyse financière. En somme, la communication entre le client et le banquier est fondamentale si l'on veut anticiper les risques et les difficultés car d'une manière générale lorsque les clignotants du banquier sont visibles, il est souvent trop tard⁵³⁴.

Section II: L'information recueillie auprès des tribunaux de commerce

284. Les tribunaux de commerce constituent dans la politique actuelle de prévention des collaborateurs de premier plan des entreprises⁵³⁵. Leur rôle dans la prévention de la cessation des paiements s'est renforcé et est appelé certainement à l'être encore davantage. Les informations dont elles disposent sont diverses et variées (Paragraphe I). Parmi elles l'information comptable et financière revêt une extrême importance car elle doit permettre aux dirigeants de déceler les difficultés de l'entreprise dès leur apparition et de prendre avec promptitude les mesures appropriées avant qu'elle ne soit acculée à une situation désespérément compromise⁵³⁶.

⁵³⁰ La cotation Banque de France, est une appréciation de la banque de France sur la capacité de l'entreprise à honorer ses engagements financiers sur un horizon de trois ans.

⁵³¹ source: www.fiben.fr. 2014, Banque de France (BDF).

⁵³² V. supra, n° 300 et s.

⁵³³ C. Saint- Alary- Houin, op. cit. p. 83.

⁵³⁴ F. Papazian, art. préc. p. 38.

⁵³⁵ J. Raibaut, « Une politique juridictionnelle, la prévention des difficultés des entreprises », Rev. proc. coll. 01 nov.2009, p.6; Ch. Bavard, « Les greffiers des tribunaux de commerce au centre du dispositif légal des sûretés mobilières- publicité et prévention » in Les reformes des sûretés et l'entreprise: développement du crédit et anticipation des difficultés ,121è congrès du conseil national des greffiers in Rev des proc. coll. Sept-oct 2009.

⁵³⁶ C. Sawadogo, thèse de doctorat préc. p. 38.

285. Mais il en existe d'autres qui, elles, sont détenues par les greffes qui en assurent la diffusion auprès du public. En dehors du tribunal, il existe également des structures d'aide à la prévention, elles revêtent un caractère privé ou public et entretiennent une forme de collaboration avec les techniques de prévention – traitement. Elles consistent à offrir dans un cadre amiable une aide aux entreprises dans le règlement de leurs difficultés. Il s'agit des offres de prévention hors tribunal (Paragraphe II).

Paragraphe I: La diversité des informations

286. La diversité des informations recueillies au près des tribunaux de commerce contribue à la prévention de la cessation des paiements, les informations à leur disposition permettent en effet de détecter et de connaître les difficultés des entreprises concernées, et au besoin, de rentrer en contact avec elles, afin d'initier une série d'échange dans le cadre du droit d'alerte du président du tribunal de commerce. Grâce à ces informations, les contractants des entreprises pourront être renseignés davantage sur la situation de leur cocontractant et envisager des négociations afin de résoudre les problèmes rencontrés. D'une manière générale, les informations reçues sont de nature comptable et financière (A), elles peuvent être également économiques et juridiques. Ces dernières ne sont pas pour autant les seules, d'autres canaux d'information pouvant aussi être exploités par les greffes des tribunaux dans le cadre de la détection des difficultés des entreprises (B).

A- L'information comptable et financière

287. L'information comptable et financière est une obligation qui pèse sur toute entreprise possédant un compte. Elle a pour but de donner et de faire connaître des renseignements sur la situation financière de l'entreprise. Elle se traduit par l'obligation de dépôt des comptes(1) dont l'inobservation est sanctionnée (2)

1- Le non dépôt des comptes

288. Le dépôt des comptes consiste à donner des résultats chiffrés de toutes les activités de l'entreprise de l'année écoulée. Autrement dit, il s'agira de faire connaître de façon précise, au

cours d'une période, la situation financière de l'entreprise⁵³⁷. C'est pourquoi, le non dépôt des comptes s'analyse en général comme un signe révélateur de difficulté des entreprises. Les greffes des tribunaux de commerce au près de qui, ces comptes doivent être déposés⁵³⁸ peuvent en tirer les conséquences du non dépôt et disposer ainsi d'une information importante sur la situation comptable et financière de l'entreprise. La plupart des sociétés en effet, lorsqu'elles sont en proie à des difficultés, refusent de déposer leurs comptes sociaux afin que les partenaires de l'entreprise ou les concurrents ne puissent pas être informés de leur intimité ou fragilité financière⁵³⁹. Certes, la loi⁵⁴⁰ indique que chaque année, les dirigeants des sociétés commerciales doivent déposer leurs comptes au près des greffes des tribunaux de commerce, mais il n'y a pas que les comptes annuels qui permettent de donner des informations sur la situation financière d'une entreprise. Les comptes prévisionnels dont l'objet est d'anticiper sur les difficultés futures peuvent également servir de repère de détection des risques. Ils permettent au dirigeant d'être informé de la manière la plus complète que possible à travers certains éléments en leur possession et d'être ainsi orientés sur le futur⁵⁴¹. Les comptes prévisionnels reposent pour l'essentiel sur les nouveaux documents comptables qui malgré leur nature dualiste, jouent un rôle préventif en permettant d'améliorer l'information des dirigeants. L'obligation des dépôts des comptes intéresse donc finalement ces deux catégories de comptes (comptes annuels et comptes prévisionnels). Elle suppose toutefois que soit établis les documents comptables (a) c'est à dire l'ensemble des comptes et que ceux-ci soient par la suite vérifiés par un commissaire aux comptes (b) et enfin qu'ils diffusent au sein de l'entreprise(c)⁵⁴².

a) L'établissement des documents comptables

289. En principe toute entreprise qui n'a rien à se reprocher, doit établir ses comptes sans difficulté et sans attendre qu'elle y soit contrainte. L'établissement des documents comptables est une obligation annuelle qui pèse sur les entreprises. Elles consistent pour ces dernières à reprendre à la clôture de chaque exercice toutes les opérations de l'entreprise qui ont été enregistrées dans le compte au cours de l'année. Deux catégories de documents comptables

⁵³⁷ C. Sawadogo, thèse de doctorat préc., p. 38.

⁵³⁸ P. Le Cannu et B. Dondero, op. cit. p. 273.

⁵³⁹ C. saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 9^e éd. 2014, p. 78 ; M. Cozian, A. Viander, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 26^e éd. 2013, p. 221 ; P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, LGDJ, 6^e éd. p. 273.

⁵⁴⁰ Art. L. 611-2 C. com ; Art. 13 AUDCG.

⁵⁴¹ C. Saint-Alary-Houin, op. cit. p. 66.

⁵⁴² A. P. Santos et J. Yado Toé, *Droit commercial Général* Ohada, éd. Brulant, Bruxelles 2000, p. 83.

sont à observer : les documents annuels et les documents prévisionnels. Les documents comptables annuels sont établis sur la base de faits qui ont eu lieu, permettent de connaître la situation financière de l'entreprise et de déceler ainsi les difficultés auxquelles elle est exposée dans l'avenir⁵⁴³. C'est pourquoi, ils constituent des sources irremplaçables d'information pour reconstituer l'histoire de l'entreprise au cas où le débiteur viendrait à faire l'objet d'une procédure collective ultérieure⁵⁴⁴.

290. Quant aux documents prévisionnels, ils s'inscrivent dans une perspective prospective. Il serait intéressant de savoir le contenu de ces documents comptables et les personnes assujetties à l'établissement de ces mêmes documents mais aussi les sanctions encourues en cas de non respect de cette obligation de dépôt des comptes.

291. En droit français et en droit de l'OHADA, le contenu des documents comptables est bien fixé et il est quasiment identique dans les deux ordres juridiques. Les documents comptables comprennent les comptes annuels ou les états financiers de synthèse annuelle et les documents comptables prévisionnels. Les documents comptables sont des éléments de référence en matière de détection des difficultés. Les états financiers de synthèse autre appellation des comptes annuels, qui s'adressent de manière générale aux commerçants personnes morales⁵⁴⁵ mais de manière plus précise aux sociétés commerciales⁵⁴⁶ regroupent les informations comptables portant sur l'exercice écoulé. Les documents comptables prévus en droit français sont établis en «euros» et en langue française⁵⁴⁷.

292. En droit africain uniforme, malgré l'absence de disposition précisant en ce domaine, les documents comptables sont d'une manière générale établis en «CFA» et en français du moins pour ce qui est des pays francophones membres de l'OHADA et dont la monnaie est adossée à l'euro. Il faut relever dans l'ordre juridique africain que les articles 15 de l'Acte uniforme portant droit commercial général et l'article 137 relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE n'apportent aucune précision détaillée quant au contenu des états financiers de synthèse, ces deux dispositions se contentant simplement de l'exposer en des termes généraux. C'est finalement à l'article 269 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales notamment dans les formalités particulières à ces sociétés qu'il a fallu

⁵⁴³ Art. 13 AUDCG.

⁵⁴⁴ Art. L. 123-12 C.com.

⁵⁴⁵ Art. 13 AUDCG.

⁵⁴⁶ Art. L. 123-12 C. com.

⁵⁴⁷ Art. L. 123-22 C. com.

se référer pour en connaître le contenu. En effet, c'est à l'imitation du droit français⁵⁴⁸ que le législateur africain donne la liste des éléments qui compose les états financiers de synthèse. Les états financiers de synthèse annuels comprennent en effet le bilan, le compte de résultat et l'état annexé. Il faut ajouter à ces éléments précités un autre élément à savoir le tableau des ressources et des emplois prévus en droit de l'OHADA mais qu'on retrouve aussi en droit français dans l'article L.232-2 C.com. Il s'agit en réalité du tableau de financement dont le but est de mieux appréhender l'état de la société, il revêt un caractère rétrospectif car tourné vers le passé. Il présente l'état des lieux en termes de variation des ressources et les flux d'emplois de l'exercice⁵⁴⁹.

293. Le bilan présente de manière distincte les éléments d'actif et les éléments de passif qui constituent le patrimoine de l'entreprise, par l'indication des capitaux propres⁵⁵⁰. Le compte de résultat est un récapitulatif des produits et des charges d'exploitation qui fait apparaître, de façon claire le résultat net de l'exercice, celui-ci pouvant être bénéficiaire ou déficitaire. L'état annexé compète et précise si possible les informations données par les autres états financiers. Afin de leur assurer une certaine crédibilité, les comptes annuels ou états financiers de synthèse annuels doivent être approuvés par les associés en même temps que le rapport de gestion⁵⁵¹. Le rapport de gestion qui peut être considéré également comme un indicateur de difficulté en cas de non dépôt, est un document destiné à informer les actionnaires de l'évolution des affaires sociales durant l'année écoulée. Il vient compléter ainsi l'information donnée par les comptes sociaux.

Plus concrètement, le rapport de gestion a pour but d'exposer la situation de la société, son évolution prévisible, les évènements importants survenus depuis la clôture de l'exercice, les activités de la société en matière de recherche et de développement, les perspectives de la continuation de l'activité⁵⁵². Le rapport de gestion est établi selon le cas par les dirigeants de l'entreprise⁵⁵³. En droit de l'OHADA, il comporte deux sortes d'informations, une information traditionnelle qui porte sur la situation de l'entreprise durant l'exercice écoulé et une information prévisionnelle qui est donnée par les documents prévisionnels. Sur ce point, une différence est notable entre le droit français et le droit africain.

⁵⁴⁸ Art. L. 123-12 C. com.

⁵⁴⁹ C. Saint-Alary-Houin, op. cit. p. 72 ; A. P. Santos et J. Yado Toé, ouvrage op. cit. p. 85.

⁵⁵⁰ Art.L.123.12 C.com.

⁵⁵¹ Art. L. 232-1 C.com et Art. 138 AUSCG.

⁵⁵² Art. L. 232. Alinéa 1 C. com. ; Art. 138 AUSC et G.I.E.

C. saint-Alary-Houin, ouvrage op. cit ; A.P. Santos et J. Yado Toé, op. cit. p. 85.

⁵⁵³ Art. L. 123. Alinéa 1 C. com ; Art. 138 AUSC et G.I.E.

En effet en droit de l'OHADA les informations traditionnelles et les informations prévisionnelles bien que différentes sont établis dans le même rapport de gestion de l'exercice écoulé. Ce n'est pas le cas en droit français puisque, malgré les dispositions de l'article L.232-2 du code de commerce, il n'est nulle part indiqué que les documents annuels et prévisionnels sont exposés dans le rapport annuel de gestion. Il faut donc considérer dans ce cas que puisqu'il existe deux informations, il existera aussi deux rapports de gestion, c'est à dire un rapport annuel de gestion dans lequel seront exposées les documents annuels et un autre rapport prévisionnel de gestion destiné à recevoir les documents prévisionnels. Ce manque de précision de la part du législateur africain a valu une critique de la part d'un auteur⁵⁵⁴. Ce dernier fait remarquer qu'il est inutile voire surabondant d'exiger des dirigeants ou des gérants l'établissement des documents prévisionnels dans le rapport de gestion de l'exercice écoulé dans la mesure où les documents prévisionnels sont déjà contenus dans le rapport de gestion. Ils seront nécessairement communiqués aux actionnaires et obligatoirement déposés au greffe du moins en ce qui concerne les sociétés anonymes. Aussi selon le même auteur⁵⁵⁵ cité, pour qu'une telle obligation soit logique, il serait souhaitable que les documents prévisionnels soient établis dans un rapport autre que le rapport annuel de gestion surtout qu'ils reposent sur des informations différentes.

294. Même si elle n'est pas sans intérêt, la critique de cet auteur ne paraît pas tout à fait convaincante. D'abord, le fait que les documents annuels et les documents prévisionnels figurent dans le même rapport annuel de gestion ne remet nullement en cause l'objectif d'information économique auquel le rapport de gestion est censé répondre. De ce point de vue, même si les informations prévisionnelles et annuelles sont contenues dans le seul rapport de gestion, s'il en résulte des difficultés au vu du rapport et quelque soit leur nature, elles seront dévoilées.

295. Enfin, cette critique ne peut prospérer davantage puisque la distinction entre les informations traditionnelles et les informations prévisionnelles n'est pas absolue, certaines parmi elles vacillent en effet entre le passé et le futur. Il en va ainsi des nouveaux documents comptables⁵⁵⁶ qui malgré la référence à une comptabilité prévisionnelle, ne présentent pas la même nature. Certains présentent plus un caractère rétrospectif, d'autres anticipent plus sur la

⁵⁵⁴ C. Sawadogo, thèse de doctorat, . préc. p. 41.

⁵⁵⁵ C. Sawadogo, Ibid.

⁵⁵⁶ Voir art. L. 232-2 C.com, R. 232-5 C. com et R. 232-3 C. com.

situation future de l'entreprise et ont pour cela un caractère prévisionnel⁵⁵⁷. Le dernier élément à savoir est l'annexe, elle complète et commente l'information donnée par le bilan et le compte de résultat. C'est le document qui vérifie la conformité des informations contenues dans les deux premiers documents⁵⁵⁸. Dans cet état annexé, les législateurs français et OHADA, toujours dans une parfaite entente en la matière, indiquent deux états qui sont sensés révéler le degré d'endettement de l'entreprise. Ce sont respectivement un état des cautionnements, avals et garanties donnés par la société et un état des sûretés consenties par elle⁵⁵⁹. Le code de commerce précise dans l'article précité que cette disposition ne s'applique pas aux sociétés exploitant un établissement de crédit ou une entreprise d'assurance. En droit OHADA, cette précision n'est pas de mise, c'est certainement une omission du législateur africain, les établissements de crédit et les compagnies d'assurance étant soumises à des règles spécifiques⁵⁶⁰ édictées notamment par le code CIMA⁵⁶¹ pour les entreprises d'assurances intervenant dans l'espace OHADA et la loi bancaire dans le cadre de l'UEMOA⁵⁶² et la CEMAC⁵⁶³.

296. Pour ce qui est des documents comptables prévisionnels, ils sont plus élaborés en droit français qu'en droit de l'OHADA. Certes, l'article 138 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et GIE fait mention d'informations traditionnelles et d'information prévisionnelles dans le rapport de gestion, mais il ne fait allusion à aucun document prospectif. Parmi ces documents, il s'agit dans le premier cas de l'état de la situation de l'actif réalisable et disponible et du passif exigible, et du tableau de financement prévus à l'article L.232-2 C.com. Dans le second cas, il s'agit des vrais documents prévisionnels: ce sont le résultat prévisionnel et le plan de financement prévisionnel⁵⁶⁴.

⁵⁵⁷C. Saint-Alary-Houin, op. cit. p. 41.

⁵⁵⁸ Art. L. 123-1 alinéa 3 C. com.

⁵⁵⁹ Art. L. 231-1 al. 2 C. com. Art. 139 AUSC et G.I.E.

⁵⁶⁰ Ouvrage Collectif, Le Droit uniforme africain de l'affaire issue de l'OHADA, Litec 2004, op.cit. pp.297 et 310.

⁵⁶¹ La conférence Inter africaine des Marchés d'Assurance dont l'objectif est de poursuivre en commun la rationalisation des marchés nationaux des pays membres, autrement dit il s'agit pour les membres fondateurs de transformer les marchés d'assurance en un grand marché disposant de règles et d'une autorité communes tendant vers un meilleur équilibre des mécanismes institutionnels en établissant entre eux une organisation commune dotée de compétences et d'organes propres agissant conformément aux pouvoirs défini dans le traité. Pour une étude détaillée sur cette organisation, A.- M. H. Assi-Esso, J. Issa-Sayegh et J. Lohoues Obles, CIMA, Droit des assurances, Bruylant Bruxelles 2002.

⁵⁶² Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.

⁵⁶³ Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale.

⁵⁶⁴ R.232-5 C.com et R.232-3 C.com.

297. Tous ces documents prévisionnels permettent de pressentir les difficultés avant même leur survenance. Mais pour pouvoir jouer un tel rôle, ces comptes se doivent d'être réguliers, sincères afin de donner selon le principe anglo-américain de « true and fair view » une image fidèle de la situation financière de l'entreprise⁵⁶⁵. Les deux législateurs sont donc convaincus que pour assurer une meilleure détection des difficultés, il faut que les informations données au titre des comptes annuels soient le plus irréprochables que possibles, et ne pas être entachées d'erreur ou d'éléments mensongers. Les entreprises doivent de ce fait respecter ce principe de clarté dans la déclaration des comptes, du moins, celles d'entre elles qui sont assujetties à l'obligation de dépôt des comptes.

298. Les personnes assujetties à cette obligation sont fonction des dispositions juridiques en vigueur dans le système de droit concerné. En droit de l'OHADA, les personnes tenues de respecter cette obligation légale sont soit des personnes physiques commerçantes soit des personnes morales commerçantes. Mais les personnes concernées sont essentiellement des personnes morales commerçantes⁵⁶⁶. Ce sont les sociétés commerciales, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes, les GIE, les sociétés à capital public ayant l'Etat comme actionnaire unique et les sociétés d'économie mixte où l'Etat détient une partie du capital. Le législateur OHADA et notamment l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE assimile les GIE et les sociétés à capitaux publics aux sociétés commerciales. C'est pourquoi ces deux dernières sociétés ont été retenues et soumises par voie de conséquence à l'obligation d'établir des documents comptables.

299. En droit français, le domaine d'application de publication des comptes est beaucoup plus large qu'en droit africain. Les personnes concernées par cette obligation sont, en plus des sociétés commerciales⁵⁶⁷ l'entreprise à responsabilité limitée lorsque l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté est commerciale ou artisanale⁵⁶⁸, les personnes morales non commerçantes ayant une activité économique, les sociétés civiles, les associations⁵⁶⁹ les sociétés coopérative⁵⁷⁰ et les GIE. L'obligation de dépôt de compte pour les personnes

⁵⁶⁵ Art.L.123-14 C.com;Art. 8 et 9 AUDC.

⁵⁶⁶ Art.1er AUDCG.

⁵⁶⁷ Les sociétés par actions, Art.L.232-23C.com; Les SARL ,Art..L.232-22 C.com; certaines sociétés en nom collectif et en commandite simple, Art. L.232-21; des GIE et des associations L.612-1 et s.

⁵⁶⁸ Art.L.612-2 al.2 C.com.

⁵⁶⁹ Art. L. 612-4 C. com.

⁵⁷⁰ Art.L.612-1 C. com alinéa 3.

morales non commerçantes qui ont une activité économique, n'est cependant pas systématique, car elles doivent atteindre certains seuils posés par la loi⁵⁷¹. En conséquence, la loi impose qu'elles ne seront plus tenues à cette obligation si pendant deux exercices successifs, les seuils fixés ne sont pas atteints.

300. S'agissant des GIE, le code de commerce fixe deux seuils, 300 salariés et 18 millions de chiffres d'affaires⁵⁷². En revanche, les GIE cessent d'être assujettis s'ils ne dépassent pas ces seuils pendant deux exercices successifs⁵⁷³. Il faut relever au passage que le législateur français à la différence de son homologue africain ne reprend pas la distinction classique commerçants personnes physiques et commerçants personnes morales pour désigner les entreprises devant être assujetties à l'obligation de dépôt des comptes. Sans doute qu'il l'a trouvé trop réducteur car ne prenant pas en considération toute l'activité économique. Il s'en est tenu à une autre approche qui repose sur la distinction personnes morales commerçantes, personnes morales non commerçantes ayant une activité économique. Elle est beaucoup plus large que le critère retenu par le droit OHADA. Englobant ce dernier, elle aboutit finalement à ne pas retenir les personnes morales de droit privé non commerçantes dans le système actuel de droit OHADA, ce qui est regrettable, au regard de l'intensité de leur activité économique. Toutes les entreprises tenues à l'obligation d'établissement des comptes doivent le faire à défaut de quoi, elles encourent des sanctions.

b) La vérification des comptes

301. La vérification des comptes prévue par les textes⁵⁷⁴ est une conséquence de l'extension et de l'évolution du rôle du commissaire aux comptes. Ce rôle est désormais plus global et qui vise à la « normalisation du risque économique » assumée par les dirigeants sociaux⁵⁷⁵. Ce rôle justifie son appellation de réviseur légal des comptes⁵⁷⁶. La vérification des comptes exclut de la part du commissaire aux comptes toute immixtion dans la gestion mais elle n'emporte pas nécessairement une exactitude des comptes. Elle vise tout simplement à montrer qu'ils ont été établis de bonne foi et qu'ils traduisent de manière objective la situation de l'entreprise.

⁵⁷¹ Art.612-1 C.com: 50 salariés, 3 millions 100.000 euros de chiffre d'affaires et 1,550 millions d'euros au bilan.

⁵⁷² Art. R. 612-3 C. com.

⁵⁷³ Art. R. 612-3 C. com.

⁵⁷⁴ Art. L.823.10 C.com; Art.712 et 713 AUSC et G.I.E.

⁵⁷⁵ P. Le Cannu et B. Dondero, op. cit. p.332, n°521.

⁵⁷⁶ M. Cauzian, A. Viander, F. Deboissy, Droit des sociétés, LexisNexis 25^e éd. p.450.

Concrètement, le commissaire aux comptes vérifie la fiabilité et la concordance avec les comptes annuels des informations fournies dans le rapport de gestion du conseil d'administration, du directoire s'agissant des sociétés anonymes ou du gérant s'agissant des autres sociétés autres que la société anonyme. Il vérifie également la sincérité et la concordance dans les documents adressés aux actionnaires ou associés sur la situation financière et les comptes annuels. S'il s'agit d'un groupe de société, le contrôle consistera à vérifier la concordance et la fiabilité avec les comptes consolidés des informations données dans le rapport sur la gestion du groupe.

D'après les auteurs précités⁵⁷⁷, la mission du commissaire aux comptes est destinée à se forger une opinion sur les comptes sociaux et afin de mener à bien celle-ci, il doit s'interroger sur les caractères de régularité et de sincérité des comptes, si ces comptes traduisent de façon fidèle le résultat social et la situation financière de la société. La vérification des comptes est toutefois enfermée dans un délai. Ce délai est le même dans les deux ordres juridiques, c'est à dire en réalité trente jours puisque le délai de quarante cinq jours visés par les deux législations Art. R.232-1 du code de commerce et Art.140 AUSCet GIE ne prend pas en compte les quinze jours impartis au commissaire aux comptes pour faire parvenir son rapport avant la tenue de l'assemblée générale. Ce délai semble assez court pour que le commissaire aux comptes puisse accomplir sa mission⁵⁷⁸.

302. La vérification doit en principe conduire à la certification des comptes⁵⁷⁹ mais cette dernière modalité n'est pas acquise à l'avance, le commissaire aux comptes pouvant adopter dans un rapport général plusieurs attitudes possibles⁵⁸⁰. Il peut soit certifier les comptes annuels si les questions posées aux dirigeants reçoivent une réponse satisfaisante, soit les certifier avec des réserves ou encore, refuser purement et simplement de les certifier s'il les juge irréguliers et non sincères. Après la vérification des comptes, il établit un rapport et selon le cas, il approuve la sincérité des comptes annuels présentés dans le rapport de gestion de l'organe en charge de l'établir, soit il refuse de certifier les comptes ainsi présentés et dénonce les irrégularités constatés dans l'établissement de ces comptes. Le rapport du commissaire aux comptes est important car il a pour but d'informer les associés sur la situation comptable et financière de l'entreprise avant la tenue de l'assemblée générale ordinaire et leur permettre une approbation éclairée des comptes annuels⁵⁸¹.

⁵⁷⁷ M. Cauzian, A. Viander, F. Deboissy, op. cit., p. 450

⁵⁷⁸ C.Sawadogo, Thèse de doctorat préc., p.44.

⁵⁷⁹ Art.L.823.9 C.com.

⁵⁸⁰ P. Le Cannu et B. Dondero, op. cit. p. 33 ; M. Cauzian, A. Viander et F. Deboissy, op. cit. p. 451.

⁵⁸¹ C. Sawadogo, thèse de doctorat préc., p. 45.

303. Sur ce point, il faut souligner que contrairement au droit africain, le droit français donne la possibilité aux entreprises qui ne sont pas assujetties à l'obligation de désigner un commissaire aux comptes⁵⁸², qu'un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital⁵⁸³ de demander par voie de justice la nomination d'un commissaire aux comptes. Cette possibilité n'existe malheureusement pas en droit de l'OHADA, ce qui est regrettable car le contrôle effectué par le commissaire aux comptes et le rapport établi permet dans une certaine mesure aux associés de mieux apprécier la situation financière exacte de l'entreprise, cette situation pouvant être totalement différente de celle présentée par les dirigeants.

D'une manière générale, la vérification des comptes profite à toutes les personnes intéressées à la survie de l'entreprise qu'il s'agisse des dirigeants souvent pas très expérimentés, ou des tiers mais surtout des représentants des salariés⁵⁸⁴. En cela, le défaut de concordance et de fidélité dans l'établissement des comptes peut être perçu comme un signe de difficulté pouvant attirer l'attention du commissaire aux comptes et motiver des demandes d'explications dans le cadre d'une alerte.

Mais pour les entreprises qui n'ont pas l'obligation de désigner un commissaire aux comptes et qui n'en disposent pas malgré la possibilité que leur offre la loi, la vérification des comptes peut se faire par des structures indépendantes. Ainsi et de manière générale, les petites entreprises, les très petites entreprises du secteur informel surtout dans l'espace OHADA ont recours à des experts comptables ou à des centres de gestion agréés créés à cet effet. Les législateurs français et africains accordent donc une importance au contrôle des comptes des entreprises le commissaire aux comptes en est l'organe principal. Ce dernier est invité, une fois la vérification faite, à informer à travers un rapport les actionnaires ou associés, le comité d'entreprise et le ministère public.

c) L'information au sein de l'entreprise après vérification des comptes

304. Il faut rappeler qu'à la fin de chaque exercice, les documents comptables et rapports de gestion établis par la direction de l'entreprise, sont communiqués simultanément aux organes désignés par l'ordre juridique considéré. En droit français, et dans les sociétés anonymes, le

⁵⁸² Art.L.221-9 al.3 C.Com.

⁵⁸³ Art. L. 223. 35 al. 3 C. com.

⁵⁸⁴ C. Sawadogo, thèse de doctorat, préc. p. 46.

rapport de gestion et les documents comptables sont adressés au conseil de surveillance⁵⁸⁵ au commissaire aux comptes et au comité d'entreprise⁵⁸⁶. Dans les sociétés autres que les sociétés anonymes, les bénéficiaires de ces rapports et documents comptables sont le commissaire aux comptes, le comité d'entreprise et le conseil de surveillance s'il en existe un⁵⁸⁷.

305. En droit de l'OHADA, dans les sociétés anonymes et le cas échéant, dans les sociétés à responsabilité limitée, ces documents comptables sont adressés au commissaire aux comptes⁵⁸⁸. En l'absence de l'adoption d'un acte uniforme relatif au droit du travail, les salariés des entreprises de droit OHADA ne recevront pas d'information à ce sujet. De ce point de vue, les salariés ne peuvent pas jouer un rôle en matière de détection des difficultés comme cela se fait en droit français. Ce rappel permet de faire comprendre que les documents comptables établis par la direction font l'objet d'une diffusion suffisante au sein de l'entreprise dans la perspective des préparatifs de la prochaine assemblée générale au cours de laquelle la question de leur approbation devra se poser. Seuls les destinataires de l'information sont principalement les organes de contrôle, ces derniers sont astreints à une obligation de discrétion. L'information de ces organes de contrôle revêt toutefois une importance capitale. On remarque en effet que ces organes sont investis d'un rôle de détection de difficultés au sein de l'entreprise.

306. La communication du rapport des dirigeants préalablement à la tenue de l'assemblée générale, permettra par exemple notamment le commissaire aux comptes et au comité d'entreprise pour le droit français, d'alerter les dirigeants dans le cadre du droit d'alerte. Les associés ou les actionnaires peuvent aussi au vu de ce rapport se faire une idée de la situation financière de l'entreprise et interpellier les dirigeants au cours de l'assemblée générale. C'est pourquoi en plus du droit de communication qui leur est consacré⁵⁸⁹ un droit d'assistance leur est reconnu en vertu duquel ils peuvent se faire assister par un expert comptable ou un commissaire aux comptes. En droit OHADA, aux termes de l'article 289 al.3 AUSC GIE, ce droit est limité aux seuls sociétés en nom collectif, contrairement au droit français qui étend ce droit d'assistance en plus des sociétés en nom collectif, aux sociétés anonymes, aux sociétés en commandite simple et aux SARL. La limitation du droit d'assistance en droit

⁵⁸⁵ S'agissant du rôle du conseil de surveillance, voir Cozian, Deboissy, Viandier, *op.cit.*; Le Cannu et Dondero, *op.cit.*

⁵⁸⁶ Art. 232-2 al 1 C.com.

⁵⁸⁷ Art. L. 232-4 al.1 C.com.

⁵⁸⁸ Art. 140 AUSC et G.I.E.

⁵⁸⁹ Art. L.225-108 C.com et Art 345 AUSC et GIE

OHADA est critiquable⁵⁹⁰ puisque l'intérêt d'un tel droit est de permettre aux associés ou actionnaires de bénéficier de l'expertise des hommes du chiffre afin de mieux apprécier le rapport comptable des dirigeants et préparer ainsi en connaissance de cause la prochaine assemblée générale.

307. Ce droit d'assistance est également reconnu au comité d'entreprise en droit français, ce dernier peut en effet se faire assister par un expert comptable et demander des explications au commissaire aux comptes. Les associés bénéficient de la même source d'information que le comité d'entreprise c'est à dire par le biais du rapport du commissaire au compte qui commente les documents comptables lequel est communiqué par la suite à l'assemblée. Mais les associés ne bénéficient pas de cette source d'information au même titre que le comité d'entreprise.

308. Plusieurs raisons ont souvent justifié une telle approche notamment l'absence de compétence comptable des associés afin d'apprécier le document comptable de la direction ou le risque de voir les associés se désengager de la société au regard du rapport⁵⁹¹, C'est pour cela d'après le professeur Corinne saint Alary Houin⁵⁹², les associés ne peuvent véritablement jouer dans ce cas un rôle majeur en matière de prévention. En toute hypothèse, le rôle du commissaire aux comptes dans ce dispositif est essentiel. Soit en recevant le rapport, il se déclare satisfait et en informe l'assemblée soit il n'est pas satisfait et alerte la direction. Mais indépendamment de son devoir d'alerte, il est tenu d'un devoir d'information⁵⁹³ à l'égard des actionnaires, du comité d'entreprise et du parquet. En effet, après investigation, le commissaire aux comptes doit présenter dans un rapport général à travers lequel il renseigne les actionnaires de l'entreprise, il pourra alors répondre à leur question sur les points qu'ils estiment être de nature à compromettre l'avenir de l'entreprise. Le rapport du commissaire aux comptes peut servir à une demande d'explication de la part des actionnaires lors de l'assemblée générale annuelle. Le même rapport, lorsqu'il contient des irrégularités et inexactitudes, est également porté à la connaissance du conseil d'administration ou de surveillance lorsqu'il en existe, comme c'est le cas en droit français. En effet, d'après l'article L.225-108 du code de commerce cité, les documents comptables qui sont remis aux

⁵⁹⁰ C.SAWADOGO, thèse de doctorat préc. p.50 et s.

⁵⁹¹ C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté op.cit.p.77.

⁵⁹² C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, Ibid.

⁵⁹³ M. Cauzian, A. Viander et F. Deboissy, op. cit. p.451.

actionnaires doivent leur permettre de se prononcer en connaissance de cause et de porter un jugement informé sur la gestion et la marche des affaires de la société.

309. L'appréciation des rapports de la direction et de celui du commissaire aux comptes est essentielle dans la perspective d'un meilleur éclairage de la situation financière réelle de l'entreprise. Dans les sociétés anonymes ou en commandites par exemple, le conseil de surveillance peut demander des explications au directoire en raison de sa mission générale de contrôle, il peut encore aller plus loin en demandant la révocation de l'équipe dirigeante⁵⁹⁴. Mais il n'y a pas que les actionnaires qui sont les seules destinataires du rapport du commissaire aux comptes, il y a aussi le comité d'entreprise à l'égard de qui ce rapport revêt une extrême importance. La communication du rapport du commissaire aux comptes au comité d'entreprise résulte du droit à l'information et à la consultation régi par le droit du travail et par le droit des sociétés. Le comité d'entreprise est en effet informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche de l'entreprise. A cette fin, il reçoit régulièrement des informations et des rapports sur la situation et ses résultats. En conséquence, lorsque le contenu et les explications du commissaire aux comptes l'exigent, le comité d'entreprise peut exercer l'une de ses prérogatives à savoir le droit d'alerte.

310. Pour finir, le commissaire aux comptes doit informer le ministère public du résultat de ses investigations et lui révéler les faits délictueux dont il aura eu connaissance⁵⁹⁵. La révélation concerne tout fait pénalement sanctionné, ce qui englobe les crimes, les délits et les contraventions, peu importe qu'ils soient prévus par le droit des sociétés, le droit comptable, le droit social ou fiscal⁵⁹⁶ ect. L'information du parquet traduit la dimension sociale et l'intérêt général que représente une entreprise. Faut il y voir la prépondérance de l'ordre public économique? Certainement, car l'entreprise est incontestablement une entité économique dont la disparition engendre une multitude de conséquences notamment le risque de suppression d'emploi. En tout état de cause, les documents comptables qu'ils soient traditionnels ou prévisionnels permettent de jauger la capacité financière de l'entreprise à couvrir ses engagements d'examiner la cohérence du rapport publié et donc finalement d'établir un diagnostic sur sa situation. Comme le relève la doctrine, l'établissement régulier des comptes

⁵⁹⁴ : C. Saint-Alary-Houin, op.cit. p.76.

⁵⁹⁵ Art.L.823-12 C.com.

⁵⁹⁶ M. Cozian, A.Viander, F. Deboissy, op.cit.p.452.

revêt une extrême utilité dans la négociation d'un accord de conciliation ou pour obtenir des délais dans un plan de sauvegarde ou de redressement⁵⁹⁷.

2- Les sanctions du non respect de l'obligation de dépôt des comptes

311. Le non respect de l'obligation de dépôt des comptes peut donner lieu à des sanctions pénales et civiles. En droit OHADA, et plus particulièrement dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et GIE, il n'existe véritablement pas de sanction spécifiques contraignantes. Autrement dit aucune contrainte ne saurait être exercée à l'égard des personnes assujetties à cette obligation. La seule disposition retenue est de nature pénale et contenue dans l'article 890 de l'Acte uniforme visé. Elle vise à réprimer les agissements dolosifs des dirigeants sociaux coupables de fausses déclarations ou publications destinées à dissimuler la véritable situation financière de l'entreprise. Ce qui est donc puni ici, c'est l'infidélité c'est-à-dire le manquement à l'obligation principale de régularité et de sincérité lors de la publication des comptes, laquelle doit permettre en principe, aux actionnaires et aux associés ou les autres concurrents d'être informés de l'état des finances de l'entreprise. Aucune peine n'est cependant prévue pour l'incrimination.

312. D'une manière générale, l'Acte uniforme laisse le choix aux législations des Etats membres dans l'édiction des peines⁵⁹⁸. Le risque de voir des incriminations sans suivi de peine est alors possible du moins si l'Etat considéré n'éprouve pas le besoin de retenir une peine alors que l'infraction serait quand même prévue par la législation communautaire. Que serait alors une infraction sans peine surtout que d'après un principe consacré en droit pénal, il ne peut y avoir «d'infraction sans peine et inversement pas de peine sans infraction».

313. Contrairement au droit OHADA, il existe en droit français plusieurs sanctions réglementaires qui sanctionnent l'inobservation de l'obligation de dépôt des comptes. Il en résulte donc qu'en la matière, le droit français est plus étoffé et cohérent que le droit africain uniforme. La première sanction est d'ordre pécuniaire, Il s'agit du droit d'astreinte reconnu au président du tribunal de commerce en vertu duquel, il peut adresser une injonction aux dirigeants d'une société commerciale à procéder au dépôt de leurs comptes annuels à «bref délai». Cette injonction se fait sous la forme d'une ordonnance dans le délai d'un mois à

⁵⁹⁷ M. Cozian, A. Viander, F. Deboissy, op.cit.p.452.

⁵⁹⁸ Code OHADA commentés et annotés, 4^e éd. Juriscope 2012, p.641.

compter de la notification ou de la signification de celle-ci. La même ordonnance fixe le taux de l'astreinte⁵⁹⁹. Cette même injonction peut être adressée à l'entrepreneur à responsabilité limitée lorsque l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté est commerciale ou artisanale⁶⁰⁰. En outre, ajoute l'article R.611-16 C.com, lorsque l'injonction de faire n'a pas été suivi d'effet, le président du tribunal statue sur la liquidation de l'astreinte par une nouvelle ordonnance. Le débiteur est alors invité à verser le montant de sa condamnation au Trésor public.

Cette injonction du dirigeant pour non dépôt des comptes annuels est différente de celle prévue par l'article L.123-5-1 du code de commerce. Ce texte vise le référé- injonction à travers lequel tout intéressé ou le ministère public saisi le président du tribunal afin que le dirigeant puisse procéder au dépôt de ses comptes annuels. Il peut même à cette même fin désigner un mandataire chargé d'effectuer cette formalité⁶⁰¹. Le président du tribunal statue en référé afin d'enjoindre sous astreinte le débiteur à se plier à cette formalité.

314. Le texte ne précise cependant pas les sanctions du non respect de l'injonction de déposer les comptes, le droit commun de l'astreinte devrait pouvoir pallier à cette carence afin de donner à cette technique de l'efficacité⁶⁰². Une application analogique de l'article L.238-1 alinéa 2 du code de commerce devrait pouvoir aussi rendre la sanction efficace. En effet, d'après cette disposition, «Lorsqu'il est fait droit à la demande, l'astreinte et les frais de procédure sont à la charge des administrateurs, des gérants, des dirigeants ou du liquidateur mis en cause.».

Plusieurs autres dispositions pénales contenues dans le code de commerce répriment le fait pour les dirigeants sociaux de ne pas procéder au dépôt de leurs comptes annuels et de leur rapport sur les opérations de l'exercice écoulé. Ainsi l'article L.241-4 du code de commerce punit d'une amende de 9000 euros, «le fait pour les gérants, de ne pas, pour chaque exercice, dresser l'inventaire, établir les comptes annuels et un rapport de gestion.», l'article L.242-8 du code de commerce prévoit la même amende pour les administrateurs ou les directeurs généraux des sociétés anonymes. Mais afin de jouer efficacement leur rôle de détection des difficultés, les comptes annuels se doivent d'être vérifiés.

⁵⁹⁹ Art. R. 611-13 C. com.

⁶⁰⁰ Art. L. 611-2 C. com.

⁶⁰¹ S. Zeidenberg, *Le renouveau des injonctions de faire*, *Dr. et patrim. nov. 2001*, p.74; E. Jeuland et F. Manin, «Les incertitudes du référé injonction de faire en droit des sociétés», *Rev. Sociétés 2004*, p.1

⁶⁰² P. Le Cannu et B. Dondero, *op. cit.* p. 274.

B- Les informations détenues par les greffes des tribunaux de commerce

315. Ces informations sont de deux ordres, il y a celles qu'on retrouve dans les registres de commerce(1) et les informations issues des inscriptions des sûretés (2)

1- Les informations issues des registres de commerce

316. La prévention de la cessation de paiement doit commencer au moment de la création des sociétés ou des entreprises individuelles. A ce titre, les registres de commerce ont un important rôle d'information à jouer. En droit français, le registre de commerce et des sociétés a été institué afin de donner les informations quant à l'existence régulière des entreprises. En droit OHADA, le même objectif est poursuivi par le législateur à travers le registre de commerce et du crédit mobilier.

a) Le registre de commerce et des sociétés de droit français

317. Le registre du commerce et des sociétés est régi par les articles L.123-1 et suivants et R123-31 du code de commerce. Il s'agit d'un répertoire officiel de toutes les personnes physiques et morales qui font du commerce. Le registre du commerce et des sociétés est tenu par les greffes des tribunaux de commerce et son but est d'assurer l'identification des personnes dont l'immatriculation ou l'inscription est requise par la loi. Il est donc censé donner toutes les informations et renseignements utiles sur la situation des entreprises. Son utilité en matière de détection des difficultés est évidente. Les entreprises qui souhaitent traiter avec d'autres entreprises doivent pouvoir au préalable se renseigner sur l'activité de cette dernière et les principaux éléments qui la constituent. Elles doivent par exemple savoir si l'éventuelle cocontractante est une exploitation individuelle ou, une société, si elle est propriétaire du fonds de commerce ou si elle l'exploite en location-gérance. Toutes ces interrogations ne peuvent avoir une réponse qu'en consultant sur place le registre du commerce et des sociétés par la demande d'un extrait Kbis ou en accédant au site « infogreffe »⁶⁰³. En effet, ce registre comporte toute une panoplie d'informations sur chaque société ou

⁶⁰³ V., «Le renseignement commercial, mode d'emploi» Lettre de l'observatoire consulaire des entreprises en difficulté, juin 1996, n° 6, p.37.

sur chaque entreprise individuelle. A ce titre, la demande d'immatriculation permet de savoir l'identité de l'entreprise, le siège social, son ou ses dirigeants. Sont également réunis dans le registre du commerce et des sociétés, les statuts des entreprises ainsi que les différents actes effectués par les personnes morales depuis leur immatriculation⁶⁰⁴. Il en va de même des comptes sociaux, des rapports du commissaire aux comptes qui sont publiés au registre du commerce et des sociétés et dont les personnes intéressées peuvent avoir connaissance en se rendant au greffe du tribunal dans le ressort duquel l'entreprise exerce son activité. Ainsi, une entreprise qui constate après vérification du registre de commerce et des sociétés que son cocontractant ou son concurrent a perdu la moitié de son capital, ou proroge constamment les délais de tenue de l'assemblée générale peut se faire une idée de la situation financière et revoir ses prévisions contractuelles avec cette dernière.

318. Le rôle de renseignement et d'information du registre du commerce et des sociétés se mesure encore davantage au niveau des procédures judiciaires de prévention et des procédures collectives. Par exemple, la décision homologuant l'accord de conciliation est publiée au registre du commerce et des sociétés⁶⁰⁵, en outre les ouvertures des procédures collectives de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire sont aussi inscrites au registre du commerce et des sociétés. Il va s'en dire qu'au vu de toutes ces informations, les autres entreprises ne voudront pas contracter avec une entreprise qui fait par exemple l'objet d'une procédure collective de sauvegarde ou encore dont le rapport du commissaire aux comptes est inquiétant. Ce mode de publicité ainsi institué est un instrument juridique de sécurisation des affaires, les informations enregistrées doivent en revanche être fiables et dénuées de toute mauvaise foi car c'est au regard des informations publiées que les relations d'affaires peuvent être conclues.

319. En ce sens, une inscription mensongère peut avoir des conséquences pour une entreprise qu'ignorant par exemple la situation exacte du dirigeant s'engage dans une relation d'affaire. Or les difficultés de certaines entreprises peuvent provenir de l'incompétence de gestion de certains dirigeants. C'est pourquoi selon l'article L.123-5 du code de commerce, «le fait de donner, de mauvaise foi, des indications inexactes ou incomplètes en vue d'une immatriculation, d'une radiation ou d'une mention complémentaire ou rectificative au registre du commerce et des sociétés est puni d'une amende de 4500 euros et d'un emprisonnement de six mois ». La jurisprudence à la suite du législateur se montre aussi très ferme et sévère à

⁶⁰⁴ L'article L. 123-1 du code de commerce indique les personnes tenues à l'immatriculation.

⁶⁰⁵ Art. L. 611-10 c.com.

l'égard des dirigeants et des personnes auteurs de mentions inexactes. Elle a condamné un prévenu qui lors de son inscription, pour être nommé au poste de Président Directeur Général d'une société s'est abstenu volontairement de mentionner une déclaration de faillite personnelle⁶⁰⁶. Elle a adopté la même sanction contre une entreprise pour dissimulation frauduleuse au poste de gérant de l'entreprise, les juges retiennent que le but poursuivi était de masquer à l'administration et aux autres entreprises l'identité du véritable dirigeant de l'entreprise⁶⁰⁷, elle en a conclu que les conditions de l'infraction visée de déclarations frauduleuses visée à l'article L.123-5 du code de commerce précité étaient réunies.

320. Les législateurs et les juges sont donc unanimes que la meilleure manière d'aider les entreprises à éviter la cessation des paiements est de leur permettre d'avoir tous les renseignements utiles au moment où elles s'engagent dans les relations contractuelles. En effet une entreprise qui n'est pas répertoriée dans le registre du commerce et des sociétés est présumée menée une activité fictive voire occulte, son activité étant ignorée des tiers, ceux ci n'ont aucune information qui leur permettent de traiter avec elle. Ce manque d'information peut être préjudiciable pour les autres entreprises dont l'activité est régulièrement connue. Si par exemple, une entreprise donnée entre en relation d'affaire avec une entreprise non déclarée ou qui n'a pas procédé à la radiation en raison de la cessation de ses activités, l'entreprise qui ignore cette situation court le risque de connaître une situation financière difficile, la relation contractuelle considérée ayant mobilisé de moyens financiers importants, dans ces conditions, il sera difficile voire impossible pour l'entreprise défailante d'honorer ses engagements. Mais cela ne signifie nullement que toutes les difficultés rencontrées par les entreprises, proviennent d'un défaut de renseignement commercial. Les sources des difficultés sont généralement diverses et nombreuses. Cela dit, bien que régulièrement informées par les greffiers, certaines entreprises éprouvent des difficultés. Malgré son utilité, le registre du commerce et des sociétés ne peut donc empêcher les difficultés des entreprises, à tout le moins, il ne peut que les atténuer voire les limiter en prévenant les entreprises par la divulgation des informations. On retrouve ce même rôle de détection des difficultés en droit OHADA à travers le registre de commerce et du crédit mobilier.

⁶⁰⁶ Cass. com., 12 mai 1993, JCP E, 1993. Pan. 744 ; v. pour un cas similaire de déclaration mensongère pour masquer la situation financière de failli du prévenu, Cass. crim., 28 nov. 2007- n° 06-89. 207.

⁶⁰⁷ Cass. crim. , 25 avril 2004, RJDA 2004, n° 206 ; v. également pour un cas d'immatriculation fictive d'une société commerciale ayant reçu un numéro d'immatriculation inexistant, la société ainsi créée n'avait aucune existence légale et malgré cela, son gérant a exercé son activité sans la carte de commerçant, ce qui lui a permis d'obtenir des fonds, Cass. crim., 07 janv. 1975, n°72-92458.

b) Le registre du commerce et du crédit mobilier de droit OHADA

321. Contrairement au droit français dont le registre du commerce ne concerne que les personnes physiques commerçantes et les personnes morales commerçantes, l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général a institué un registre de commerce qui opère une centralisation des inscriptions, d'une part de toutes les sociétés commerciales et commerçants personnes physiques et, d'autre part, des sûretés sur les biens mobiliers⁶⁰⁸. L'adjonction du terme «crédit mobilier» s'explique par l'obligation d'inscription des sûretés mobilières qui pèse désormais sur tout commerçant de l'espace OHADA.

322. Le législateur africain propose ainsi un régime unifié et simplifié contrairement au droit français qui prévoit des régimes de publicité particulier pour les sûretés. Le registre du commerce et du crédit mobilier fournit donc en plus de l'obligation d'immatriculation des commerçants, une autre donnée à savoir, l'obligation d'inscription des sûretés mobilières. Son contenu s'en trouve ainsi étendu mais son but demeure le même⁶⁰⁹.

En effet, qu'il s'agisse du Registre du Commerce et des Sociétés (RCS) de droit français ou du Registre de Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM) de droit OHADA, l'objectif est le même, celui de renseigner au maximum les entreprises sur la situation financière et juridique des entreprises contractantes⁶¹⁰. Pour ce qui est du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, son institution dans l'espace Ohada constitue un élément d'attractivité des investissements étrangers notamment les entreprises qui ont pendant longtemps reproché à cette zone juridique le manque de fiabilité de son système de renseignement commercial⁶¹¹.

323. On peut toutefois se poser la question de savoir si les pays membres de l'espace OHADA dispose de moyens suffisants pour faire fonctionner un tel système unifié, le manque d'informatisation risque de compromettre son bon fonctionnement⁶¹². Dans ces conditions, les greffiers des juridictions compétentes en charge du registre du commerce et du crédit mobilier⁶¹³, ne pourront pas faire fonctionner correctement le registre unifié ni même donner

⁶⁰⁸ Art. 19 AUDCG

⁶⁰⁹ J. Lohoues-Oble, « Innovation dans le droit général », petites affiches, 13 oct. 2004, n° 205, p. 11.

⁶¹⁰ J. Lohoues, art. préc. p. 11.

⁶¹¹ A. Delabrière, « Le registre du commerce et du crédit mobilier, instrument d'information et de sécurité des créanciers dans l'espace Ohada », Penant, numéro spécial 840, sûretés et garanties bancaires p. 369 et s.

⁶¹² B. Mator, N. Pilkington, D. Sellers, S. Thévenot, Le droit uniforme africain des affaires issu de l'Ohada, LexisNexis 2004, p.39 ; Voir aussi, J. Lohoues, art. préc. p. 12.

⁶¹³ Art. 41 AUDCG.

toutes les informations utiles aux entreprises pourtant précieuses pour accroître l'investissement des capitaux étrangers dans cet espace juridique.

324. A cette difficulté d'ordre matériel, il y a aussi le problème des sanctions en cas d'inobservation des formalités d'inscription, de radiation ou de fraude. L'article 43 AUDCG retient quatre infractions à savoir le défaut d'inscription, d'immatriculation, de radiation et la fraude. Le droit uniforme renvoie à la loi pénale de chaque Etat membre pour décider des sanctions pénales à prendre. Il est regrettable que pour donner plus d'efficacité au système de renseignement mis en place, le législateur n'est pas poursuivi son objectif d'unification en prévoyant des peines car l'objectif est de sécuriser l'espace économique de la zone Ohada. Il est possible que certaines personnes assujetties à l'immatriculation ou à la radiation profitent par exemple de la faiblesse de la législation pénale d'un pays de la zone OHADA pour procéder à des inscriptions frauduleuses. Autrement dit, tant que la loi pénale du pays membre ne prévoit pas d'incrimination pour ce type d'infraction, cette disposition sera sans effet à moins qu'une loi spéciale comme le prévoit l'article précité ne soit prise par cet Etat pour punir l'infraction commise.

Par ailleurs, à défaut de prévoir une peine pénale, une peine civile aurait eu un effet préventif à l'égard des personnes qui seraient tentées de faire des mentions inexactes lors de l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier. Le droit français punit par exemple les fausses mentions à une amende de 4500 euros⁶¹⁴, cela aurait pu inspirer le législateur communautaire.

2- Les informations issues des inscriptions des sûretés

325. D'une manière générale, l'étude des sûretés et plus précisément des sûretés mobilières réside dans leur rôle traditionnel de garantie dans l'obtention de crédit. Cette assertion n'est d'ailleurs pas fausse, au contraire, elle garde toujours son bien fondé tant il est vrai que sans ces précieux instruments juridiques, il serait difficile pour une entreprise d'accéder à un prêt bancaire. L'expérience montre que dans les économies où les sûretés n'assurent pas une protection efficace des prêteurs, le problème de financement des entreprises se pose avec acuité⁶¹⁵.

⁶¹⁴ Art. L. 123-5 C. com.

⁶¹⁵ P. Crocq, « Les sûretés mobilières: état des lieux et prospective », Rév. proc. coll. Sept- oct 2009, article 18.

326. Mais les sûretés n'ont pas uniquement pour rôle de stimuler le crédit ou selon une formule désormais consacrée « d'être les filles du crédit »⁶¹⁶. Elles peuvent aussi servir d'outils de détection des difficultés des entreprises et particulièrement les sûretés mobilières c'est à dire celles assises sur un bien mobilier. En effet, c'est à travers le système de publicité légal des sûretés inscrites au greffe que les partenaires de l'entreprise pourront apprécier sa situation financière voire sa solvabilité. Par exemple, l'absence de dépossession des actifs mobiliers, peut vouloir signifier que le fonctionnement de l'entreprise n'est altéré.

327. A l'inverse, une entreprise dont la plupart des actifs mobiliers font l'objet d'une dépossession peut être handicapée dans son fonctionnement et cela pourrait traduire des signes de fragilité. D'où l'importance pour une entreprise de publier de manière transparente ses inscriptions mobilières afin de mériter la confiance de ses partenaires. En communiquant sur sa solvabilité, l'entreprise augmente son crédit et cette transparence de l'entreprise est un facteur clé du développement de celle-ci. C'est donc en réalité, l'ensemble des échanges économiques qui est susceptible d'être influencée par la publicité des sûretés. L'accès à ces informations est primordial pour les partenaires économiques, car elles sont souvent révélatrices de l'état de solvabilité ou non de leur client ou fournisseur.

328. Les informations issues des inscriptions des sûretés peuvent être d'ordre juridique, économique et financière. Et plusieurs données permettent au greffe de les obtenir notamment les inscriptions de privilège et nantissements. En ce sens, les greffes des tribunaux de commerce en France, ont institué des techniques originales de détection des difficultés des entreprises⁶¹⁷. Des logiciels experts dits de scoring, à la suite des croisements entre les inscriptions de sûretés mobilières et autres informations révélées par le registre du commerce et des sociétés, permettent sur la base de critères établis par les tribunaux de commerce, de sélectionner les entreprises. Le recoupement des informations permet ainsi, de classer les entreprises selon leur facteur de risque et de fragilité. Ces procédés informatiques n'existent pas encore dans l'espace communautaire africain, en raison des problèmes d'infrastructure informatique rencontrés par les pays membres de cette organisation⁶¹⁸.

⁶¹⁶M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, Droit des sûretés, LexisNexis 2010, 9^e éd. p.5.

⁶¹⁷C. Bravard, « Les greffiers des tribunaux de commerce au centre du dispositif légal des sûretés mobilières, publicité et prévention », in Les réformes des sûretés et l'entreprise; développement du crédit et anticipation des difficultés, Rev. proc. coll sept-oct 2009, article 19.

⁶¹⁸P. Crocq, art. préc. Rev. proc. coll, article 18.

329. Dans la pratique, seules les inscriptions de privilèges généraux du Trésor et des organismes de sécurité sociale sont utilisées pour opérer un pré-diagnostic sur les entreprises⁶¹⁹. Le législateur français soumet les privilèges généraux du Trésor à la législation fiscale, le code civil ne leur consacre qu'une seule disposition, l'article 2327 al 2 selon lequel "le Trésor public ne peut cependant obtenir de privilège au préjudice des droits antérieurement acquis à des tiers", il s'agit d'un privilège⁶²⁰, conséquence logique du caractère obligatoire de l'impôt, c'est-à-dire, finalement d'un droit de puissance publique⁶²¹, qui en tant que tel doit être recouverts avant les autres. Quant aux privilèges de la sécurité sociale, ils se présentent sous la forme de créances sociales c'est-à-dire des cotisations ou des prélèvements obligatoires de nature fiscale que les entreprises versent au près des caisses de sécurité sociale et aux institutions de retraite et de prévoyance au profit des assurés sociaux⁶²². Ces créances sont contenues dans les registres détenus par les greffes des tribunaux de commerce ou de grande instance, elles constituent ce qu'on appelle le privilège de la sécurité sociale et des organismes de prévoyance⁶²³, et ils doivent être recouverts avant les autres créances. Elles assurent une protection de l'assuré social en permettant un meilleur financement des avantages que le système lui ménage⁶²⁴. L'importance du volume des créances garanties a conduit le législateur français à soumettre le privilège de la sécurité sociale à une publicité. Elle n'est obligatoire que pour les commerçants, les artisans et les personnes morales de droit privé⁶²⁵.

330. En droit OHADA, l'inscription des privilèges du Trésor et de la sécurité sociale⁶²⁶ est réglementée par l'acte uniforme relatif au droit commercial général⁶²⁷. Il existe également un autre privilège réglementé par le même acte uniforme à savoir le privilège de l'administration des Douanes⁶²⁸. Mais quelque soit le privilège visé par l'article 56 cité, l'obligation d'inscription n'est requise que lorsque le montant de la créance dépasse la somme fixée par la loi nationale pour l'exécution des décisions judiciaires.

⁶¹⁹ C. Bavard, article préc. p. 72.

⁶²⁰ Voir article 2324 du code civil.

⁶²¹ A. Baudu, Droit fiscal, Gualino 2012, p. 49 ; M. Betch, droit fiscal, vuibert 2012, p. 11.

⁶²² J-P. Chauchard, J-Y. Kerbouch, C. Wilmann, Droit de la sécurité sociale, LGDJ, 6è éd. p.198 et S; V. aussi sur le mode de financement de la sécurité sociale, notamment le débat sur la fiscalisation de la sécurité sociale et les nombreux rapports élaborés, J. J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, Dalloz, 17è éd. p.232 et S; M. Borgetto, « La sécurité sociale dans la campagne présidentielle: la double impasse », Dr.soc.,2007,p.507; J. Arthuis, « La TVA sociale comme mode alternatif de financement de la sécurité sociale destiné à renforcer la compétitivité des entreprises françaises et l'emploi », Rapport d'information, sénat, 22 fév.2007.

⁶²³ Voir Art. L. 243-4 et s. code de la sécurité sociale.

⁶²⁴ M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, ouvrage op. cit. p.514.

⁶²⁵ Art. L. 243-5, Code sécurité social.

⁶²⁶ Il n'existe pour l'heure un droit de la sécurité sociale ni un droit fiscal uniforme dans l'espace juridique, ces matières relève des lois internes de chaque pays.

⁶²⁷ Art. 56 et s. AUDCG.

⁶²⁸ Art. 56 et s. AUDCG.

331. On peut toutefois se demander si, lorsque l'inscription de la créance est obligatoire, elle doit se faire automatiquement? Autrement dit, les entreprises de l'espace OHADA ne devraient t'-elles pas aussi, à l'instar des entreprises françaises, bénéficier d'un délai qu'elles pourraient mettre à profit pour mettre en place un plan d'apurement progressif de leurs dettes?

332. Le législateur français à travers l'article 38 de la loi de finances rectificative du 30 décembre 2008 a fixé un délai de neuf mois aux entreprises avant l'inscription du privilège du Trésor. Cette mesure pragmatique doit être saluée et devrait inspirer le législateur africain car comme le fait remarquer un auteur⁶²⁹ ces obligations de publications peuvent avoir un effet pervers, et, conduire notamment à l'aggravation de la situation de l'entreprise. De plus, il n'est pas certain que le délai de neuf mois, désormais accordé aux entreprises sous peine de voir l'inscription de leur dette fiscale par le Trésor ne puisse produire des résultats probants⁶³⁰.

333. Cela étant dit, il faut remarquer que dans les deux ordres juridiques, les privilèges qui appartiennent à l'Etat, notamment le privilège du Trésor, s'avèrent être des repères importants dans le diagnostic des entreprises. C'est certainement une conséquence des montants importants sur lesquels sont souvent assis ces privilèges une fois inscrits. La publicité des créances fiscales et sociales est, en effet, importante afin d'informer les tiers de l'accumulation des inscriptions. Les entreprises en difficultés refusent généralement d'honorer leurs obligations fiscales et sociales. Par exemple, en matière fiscale, le droit français retient le caractère obligatoire de la publicité qu' à partir d'un certain seuil d'impayé, ce seuil est de 15000 euros⁶³¹. Plus exactement, la publicité n'interviendra qu'après qu'un titre exécutoire n'ait été émis ou que le contribuable ait encouru une majoration pour retard⁶³². Concrètement, la publicité est réalisée par une inscription prise sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance du domicile ou du siège social de l'entreprise débitrice⁶³³.

Il en résulte que le défaut de publicité des créances fiscales et sociales à l'image de l'obligation de publication des comptes annuels peut avoir pour effet d'informer les tiers sur la situation financière compromise de l'entreprise. par conséquent une entreprise qui ne s'acquitte pas de ses cotisations sociales, doit probablement éprouver des difficultés. Malgré

⁶²⁹ C. Saint-Alary Houin, op. cit. p. 81

⁶³⁰ C. Bavard, article préc., p.72.

⁶³¹ Art. 416 bis, ann.III, CGI ; v. aussi pour le régime de publicité obligatoire, Art.1929 quater CGI.

⁶³² Art. 1929 quarter – 4, CGI.

⁶³³ M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, op. cité, p. 519.

cela, partant du postulat que toute entreprise doit inéluctablement s'acquitter de ses obligations fiscales, l'inexécution de ces obligations peut constituer un indice pouvant révéler les difficultés d'une entreprise, mais il ne doit s'agir que d'une présomption de difficultés, à moins que malgré le délai légal de neuf mois imparti, pour régler la dite dette fiscale, l'entreprise considérée ne soit toujours pas parvenu à désintéresser l'administration.

334. Toutefois, il n'y a pas que les privilèges du Trésor et de la sécurité sociale encore moins ceux de l'administration des douanes qui puissent faire l'objet d'une inscription dans les registres tenus par les greffes et pouvant permettre de détecter les signes de fièvre financière d'une entreprise. Il y a aussi d'autres inscriptions à savoir les privilèges mobiliers⁶³⁴ et les nantissements. L'ensemble de ces sûretés spéciales existe dans les deux ordres juridiques et le rôle de détection des difficultés des entreprises doit être par conséquent maintenu. La remarque qu'on pourrait faire sur ce point, réside cependant dans la différence du système de publicité entre le droit français et le droit OHADA.

335. Alors que le droit OHADA se singularise par l'existence d'un seul système de publicité centralisé et contenu dans un seul registre, le Registre du Commerce et du crédit mobilier RCCM⁶³⁵, le droit français présente quant à lui, un système de publicité des sûretés mobilières fortement éparpillé, ce qui en compromet son efficacité⁶³⁶. Il en résulte que le droit français compte plusieurs régimes de publicités particuliers notamment, le registre de société par actions, le registre spécial pour le crédit bail, il est même prévu la création d'un registre national des fiducies⁶³⁷. Même si un tel registre n'existe pas encore, mais son éventuel existence rendrait encore le système de publicité des sûretés mobilières encore lourd.

336. Au contraire, dans l'ordre juridique africain, toutes les informations relatives aux inscriptions des sûretés mobilières⁶³⁸ à l'exception des droits de propriété intellectuelle

⁶³⁴ Les privilèges mobiliers se présentent sous deux formes, les privilèges généraux et les privilèges spéciaux, dans les privilèges généraux on retrouve les privilèges des frais de justice, des salariés, les privilèges des créances nées après le jugement d'ouverture de la procédure collective, sans oublier le privilège de conciliation par l'effet de l'homologation judiciaire, mais seuls sont inscrits les privilèges généraux des entités publiques à savoir les privilèges du Trésor et de la sécurité sociale,. Quant aux privilèges spéciaux sans être exhaustif, ce sont le privilège du vendeur de fonds de commerce Art.46 AUDCG et Art.L.141-5 et R.143-6 à R.143-22 C.com, les nantissements des actions et des parts sociales Art.44 et 45 AUDCG, Art.2355 C.civ français, les nantissements de stock de droit OHADA (Art 54 et 55 AUDCG, Art.100 et s. AUS.

⁶³⁵ Art. 19 AUDCG, voir également le Registre du commerce et du crédit mobilier, supra, n°

⁶³⁶ P. Crocq, art. préc. article 18 ; C. Bravard, art. préc.

⁶³⁷ P. Crocq, art. préc. article 18.

⁶³⁸ Art. 39 AUS.

lesquels sont soumis à un régime spécial d'inscription⁶³⁹, sont accessibles au fichier national de chaque état membre ou au fichier régional détenu auprès de la Cour commune de justice et d'arbitrage⁶⁴⁰. Cela présente un intérêt pragmatique pour les créanciers d'avoir un seul centre de renseignement et d'information sur la situation des entreprises contractantes.

Paragraphe II: Les offres de prévention au sein des tribunaux de commerce

337. A l'instar des sources d'information évoquées plus haut, il existe d'autres canaux d'information qui proviennent des structures spontanées de détection ou offre de prévention. Ces sources d'information présentent un caractère informel. Leur présence est très remarquée en droit français (A). En revanche, on note leur quasi inexistence en droit OHADA (B).

A- Une présence très remarquée en droit français

338. Les cellules de prévention sont une pratique bien connue du tribunal de commerce de Paris. Les offres de prévention sont de deux ordres : celles d'origine judiciaire, ce sont les cellules de prévention, et celles à l'initiative de certains professionnels.

339. Leur rôle consiste à recevoir les délégations de chefs d'entreprise en respectant leur anonymat et sur la base d'un certain nombre d'information⁶⁴¹, les alertent sur les risques d'un éventuel état de cessation des paiements. Cette structure de prévention détection qui est d'une utilité pratique avérée⁶⁴² n'est malheureusement pas encore bien implantée dans l'ensemble des tribunaux de commerce, son caractère informel lui est fortement défavorable. En terme de droit comparé, il faut relever par exemple qu'en Belgique, c'est la loi elle même qui impose la présence d'un service d'enquête commerciale au sein de chaque tribunal de commerce⁶⁴³, le législateur français devrait s'en inspirer et procéder à une certaine réorganisation de ces structures informelles d'information⁶⁴⁴ afin de les rendre plus efficace. Une discussion s'est cependant fait jour à propos de l'instauration de ces cellules de prévention réunissant sous la présidence du président du tribunal, les représentants de divers institutions (impôts, URSAFF,

⁶³⁹ Art. 48 AUDCG.

⁶⁴⁰ Art. 20 AUDCG.

⁶⁴¹ Perte de la moitié du capital, inscriptions des privilèges du trésor et de l'Ursaff, inscriptions de protêts, capitaux propres négatifs, reports incessants d'assemblée générale, défauts de dépôts de comptes annuels.

⁶⁴² V. à titre d'éléments statistiques, LPA 20 sept. 2005, n° 187.

⁶⁴³ J. L. Duplat, Le service des enquêtes commerciales outil de prévention en matière de faillites en Belgique, Rjcom 1989, p. 49 ; A. Jacquemont, droit des entreprises en difficultés, 7^e éd. Litec 2012, p. 50.

⁶⁴⁴ Table ronde, préc. p. 50.

Banque de France) afin d'obtenir des informations à jour et fiables sur les débiteurs pour décider des mesures de prévention à mettre en œuvre⁶⁴⁵. Le caractère informel de ces cellules a soulevé des interrogations⁶⁴⁶ et suscité des critiques. Ces critiques reposaient sur leur mode de fonctionnement, et plus précisément, au regard du principe l'impartialité du juge et du droit à un procès équitable et notamment relativement aux principes de procédure civile et d'égalité de traitement des créanciers⁶⁴⁷. Ces critiques fustigeaient en réalité la présence du président du tribunal qui était membre de ces cellules, il participe de ce fait à la collecte des informations. Or, sa présence peut dissuader les chefs d'entreprise à participer aux convocations, ces réactions ont conduit à remettre en cause l'efficacité de ces sources de détection. En revanche, d'autres auteurs au contraire, mettent en avant l'efficacité de ces pratiques car, elles permettent au président du tribunal de convoquer uniquement les débiteurs qui éprouvent des difficultés avérées⁶⁴⁸. En attendant qu'un cadre légal soit trouvé à ces pratiques, il faut considérer que du moment où elles permettent de détecter les difficultés et donc d'amoinrir le risque de défaillance des entreprises, leur caractère informel ne doit pas faire perdre de vue leur importance indiscutable en matière de détection des difficultés. En outre, ces critiques ne sont plus justifiées dans la mesure où il a été préconisé pour une question d'impartialité, que le président du tribunal ne fasse pas partie de ces cellules⁶⁴⁹. Cela permettra de rendre efficace ces cellules car plutôt la détection se fera dans un cadre moins formalisé, plus elle sera efficace.

340. Quant aux offres de prévention détection initiées par certains professionnels, on peut relever qu'elles sont d'apparition récente et se présentent sous forme d'associations regroupant des experts comptables, des commissaires aux comptes, des juges consulaires honoraires et avocats. Leur rôle est d'une part informer les dirigeants d'entreprise sur l'existence du système de prévention détection et mettre à la disposition de ces derniers les informations pratiques pouvant leur permettre de réagir le plus tôt possible dans le traitement des difficultés rencontrées⁶⁵⁰. La particularité de ces cellules d'information et de prévention (CIP) réside

⁶⁴⁵ M.-H. Monsérié- Bon, *Entreprises en difficulté « détection des difficultés »*, Rep. Sociétés dalloz, mars 2012, p. 12.

⁶⁴⁶ Rép. min. n° 50929, JOAN Q. 11 mai 2010, p. 5356.

⁶⁴⁷ J. Vallens, « Les tribunaux de commerce peuvent ils instituer des cellules de « prévention-détection » ? » Ch. Delattre, « La prévention détection doit s'exercer dans le respect du cadre légal », Rev. proc. coll. juill.- aout 2010. 18.

⁶⁴⁸ P. Modat, « Les cellules de prévention : l'efficacité n'est pas contraire à la loi », Rev. proc. coll. mars-avr. 2011. 28.

⁶⁴⁹ P.-M. Le Corre, op. cit. n° 120.09 ; V. aussi sur la question de l'impartialité du juge consulaire, J.-L. Vallens « Les tribunaux de commerce peuvent ils instituer des cellules de prévention détection ? » D. 2010. 173 ; M. Venier, l'impartialité ou les limites de la prévention informelle, RTC com 2010, p. 780.

⁶⁵⁰ A. Jacquemont, droit des entreprises en difficultés, op. cit. p. 50.

dans la gratuité et la confidentialité de leur mission⁶⁵¹. On peut citer encore d'autres structures de prévention détection comme la commission des chefs d'entreprise (Codechef), le médiateur de crédit, la banque de France, les tiers de confiance, et notamment les chambres de commerce qui ont mis en place des comités de prévention des difficultés des entreprises⁶⁵². Ces structures dites informelles dont le législateur s'est pourtant inspiré pour instituer certaines techniques de prévention détection comme l'alerte du président du tribunal ou de prévention traitement comme le mandat ad hoc, ne sont malheureusement pas présentes en droit Ohada⁶⁵³.

B- Une quasi inexistence en droit OHADA

341. Les cellules de prévention hors tribunal n'existent pas dans l'espace juridique OHADA. Pourtant on retrouve au sein des Etats membres signataires du traité OHADA, les mêmes acteurs comme en droit français, susceptibles de jouer un rôle de détection au sein des juridictions compétentes. Qu'il s'agisse des avocats, des experts comptables, des commissaires aux comptes, des banques (BECEAO)⁶⁵⁴, la banque centrale des pays d'Afrique centrale (BCEAC)⁶⁵⁵, des compagnies d'assurance, les chambres de commerce et d'industrie, toutes ces personnes et structures peuvent dans un cadre organisé et avec l'appui des présidents des juridictions compétentes instituer des cellules de prévention-détection. Ces cellules de prévention sont d'une utilité pratique certaine, elles se déroulent en effet dans un cadre informel et confidentiel, elles préservent donc le secret de leur mission et les résultats des entretiens avec les chefs d'entreprise ne sont pas publiés.

342. En outre, l'adhésion à ces cellules ne nécessite aucun frais de dossier, les services sont gratuits. Il faut donc souhaiter que de telles initiatives soient prises au sein de l'espace communautaire OHADA, et cela, pour deux raisons fondamentales. La première raison résulte de l'insuffisance des sources de détection en droit OHADA, et la seconde provient du fait que l'ensemble des professionnels qui composent ces cellules couvrent en général l'ensemble du monde des affaires, et à cet titre, ils sont en relation permanente avec les entreprises dont ils sont souvent pour certains les conseillers. La prochaine réforme de l'acte

⁶⁵¹ P.-M. Le Corre, op. cit. n° 120. 09.

⁶⁵² C. Saint-Alary-Houin, op. cit. p.206.

⁶⁵³ M. Venier, « L'impartialité ou les limites de la prévention informelle », RTC com 2010, p. 780.

⁶⁵⁴ Banque économique centrale des états de l'Afrique de l'ouest. Fonctionnant sur le modèle de la banque européenne, la BCEAO réunit les pays de l'Afrique subsaharienne qui utilisent le franc CFA comme monnaie.

⁶⁵⁵ Banque économique centrale des états de l'Afrique centrale. Comme la BECAO, la BECAC, réunit les états de l'Afrique centrale qui utilisent le franc CFA comme monnaie.

uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif devrait en tenir compte et donner une caution légale à cette pratique afin qu'elle constitue une source complémentaire de détection des difficultés à l'instar des procédures d'alerte prévues par le législateur OHADA. Bien sûr que de telles cellules nécessitent des financements importants, il appartiendra donc aux états membres dans le cadre des coopérations judiciaires avec les bailleurs de fonds de négocier des subventions, la sécurité des affaires s'en porterait beaucoup mieux si un tel projet se concrétisait.

Conclusion du Titre I

343. Même si les systèmes de prévention détection proposés par le droit français et le droit OHADA offrent une variété de techniques de détection, en revanche, ils n'impressionnent

guère quant à leur résultat. Et cela peut se comprendre, ces systèmes de prévention n'ayant pour vocation que l'information du débiteur en captivant son attention sur les difficultés existantes. Autrement dit, ils ne fournissent pas de solution une fois les difficultés détectées, cela n'étant pas leur raison d'être. Or dans la majorité des cas, les débiteurs bien qu'informés par les agents de détection ne donnent pas de suite aux informations reçues. A cette première insuffisance, il ya également la concurrence des sources complémentaires de détection qui bien qu'informelles dans l'ensemble, fragilisent d'avantage leur avenir. Les lacunes ainsi observées pourront à moins d'un remodelage du système dans son ensemble, perdurer en raison de l'interdépendance entre le système de prévention détection et le système de prévention traitement lequel à la différence du premier s'attaque aux difficultés en préconisant des solutions selon la situation et l'ampleur des difficultés du débiteur.

TITRE II: DES SYSTEMES DE PREVENTION RELATIVEMENT ATTRAYANTS

344. Contrairement au système de prévention-détection, le système de prévention traitement a la particularité de s'attaquer aux difficultés de l'entreprise en proposant au débiteur des instruments juridiques de résorption afin d'éviter un éventuel risque de défaillance de l'entreprise⁶⁵⁶. Cette particularité est l'une de ses qualités essentielles sinon la plus importante au sein du dispositif général de prévention. Les solutions de règlement des difficultés préconisées par ce système de prévention se déroulent en principe dans un cadre amiable par l'effet d'un accord entre le débiteur et ses créanciers, mais sous contrôle judiciaire⁶⁵⁷. Cela fait de ce système un système de nature hybride tiraillé entre les règles inhérentes au droit des contrats et l'interventionnisme judiciaire pourtant décrié dans la législation antérieure⁶⁵⁸. Il n'en demeure pas moins que des deux systèmes de prévention, il demeure le plus usité en raison des nombreuses possibilités qu'il offre au débiteur.

En effet, selon sa situation, du moins en fonction de l'état de ses difficultés, le débiteur a le choix entre plusieurs techniques de traitement des difficultés. En la matière, il s'opère un déséquilibre entre le droit français et le droit OHADA car le dispositif français comporte plus de règles de traitement des difficultés que dans le système africain. Ainsi, on constate une multitude de techniques de prévention traitement en droit français (Chapitre I). En plus des techniques amiables prévues par le code de commerce, l'état intervient de manière récurrente à travers des structures spécialisées en matière de traitement des difficultés. Tout cela n'existe presque pas en droit OHADA. A cette première catégorie de mesures de traitement des difficultés, s'ajoute une seconde, qui elle se présente sous la forme de procédures judiciaires et collectives mais qui joue un rôle majeur de prévention de la cessation des paiements (Chapitre II).

⁶⁵⁶ A.-M. Romani, « les techniques de défaillances des entreprises in mélanges en l'honneur d'Adrien Honorat, Frisson-Roche 2000, .p. 177.

⁶⁵⁷ M. Rouger, « Le règlement amiable par accord entre débiteurs et créanciers et le règlement amiable judiciaire par redressement ou liquidation », LPA, 12 janv. 1994 n°5; Y. Chaput, Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises, PUF, 1986, n°2; Y. Chassagnon, L'intervention judiciaire dans les entreprises en difficulté, tec et doc, 2è éd. 1986, p. 45.

⁶⁵⁸ Y. Chassagon, op. cit. p. 45.

Chapitre 1: Des procédures amiables de prévention reposant sur la confidentialité

345. Contrairement au droit de l'Ohada, où l'on observe une quasi inexistence de véritables techniques contractuelles de sauvetage des entreprises, le droit français dispose d'un dispositif diversifié de stratégies de restructuration des entreprises en difficulté⁶⁵⁹. L'analyse de ces mesures de restructuration révèle une contractualisation des procédures par le biais des procédures amiables mais aussi judiciaires. Le législateur français encourage ces modes de traitement non judiciaires des difficultés. Ces voies contractuelles sont souvent préférables aux procédures collectives⁶⁶⁰, car elles peuvent demeurer confidentielles et ne compromettent pas le crédit de l'entreprise⁶⁶¹. Elles offrent au débiteur qui n'est pas encore en état de cessation des paiements, ou qui l'est depuis peu, la possibilité de l'esquiver ou d'y mettre fin, sous l'égide d'un professionnel, mandataire ad hoc ou conciliateur nommé par le président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance. Ces derniers ont une mission qui consiste en substance à rechercher un accord avec les créanciers ou les partenaires du débiteur en difficulté.

346. Le recours du débiteur à ces modes de traitement des difficultés signifient le plus souvent qu'il a échoué dans les négociations qu'il a tenté de nouer directement avec ses partenaires⁶⁶². Par conséquent, l'intervention d'un tiers dans la vie de l'entreprise qui a la confiance du débiteur et de ses principaux créanciers s'avère indispensable dans la recherche de solutions aux difficultés rencontrées par l'entreprise. C'est ainsi que selon l'intensité mais surtout la nature et la configuration des difficultés de l'entreprise, le débiteur sera amené à opter pour des procédures distinctes. Des difficultés de toutes natures autoriseront la saisine de la juridiction compétente pour la désignation d'un mandataire ad hoc ou d'un conciliateur si les difficultés ont conduit à un état de cessation des paiements qui date de moins de quarante cinq jours. La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 et les différents textes successifs ont apporté des améliorations afin de conférer à ces mesures de prévention plus

⁶⁵⁹ E. Brocard, « Les stratégies de restructuration des entreprises en difficulté », LPA, 11 mai 2011, n° 93, p. 4

⁶⁶⁰ Les procédures sont selon la définition traditionnelle admise, des procédures judiciaires qui se substituent aux voies d'exécution individuelles pour mettre en place le règlement collectif des créanciers de débiteurs en état de cessation des paiements.

⁶⁶¹ C. Saint-Alary Houin, op. cit. p. 160 ; V. aussi, F. Vinckel, « L'option entre les procédures préventives du nouveau droit des entreprises en difficulté: analyse des risques », LPA 12 juin 2006, n° 116, p. 7.; C. Saint-Alary Houin, « La loi de sauvegarde des entreprises: de nouvelles procédures pour de nouvelles stratégies », Rev. proc. coll. mars 2007, p. 13.

⁶⁶² G. Teboul, « Le financement des entreprises en difficulté pendant la période de prévention: constat et perspectives » RJcom, mars- avril 2005, n° 2, Etudes, p. 114.

d'attractivité. Il semble que les résultats du mandat ad hoc sont suffisamment encourageants (Section I) contrairement à la procédure de conciliation dont l'attractivité paraît relative (Section II).

Section 1: Les résultats encourageants du mandat ad hoc

347. Le mandat ad hoc au contraire des autres instruments de prévention n'a pas fait l'objet d'un encadrement législatif souvent pesant⁶⁶³. Ce qui en fait la mesure la plus confidentielle par rapport à la conciliation. Sans doute que le législateur a voulu ainsi préserver son fort degré de pragmatisme afin de lui laisser une plasticité suffisante⁶⁶⁴ gage de son succès et de son originalité⁶⁶⁵. Le mandat ad hoc est une mesure négociée de prévention ouverte à tout débiteur qui éprouve des difficultés et qui n'est pas en principe en état de cessation des paiements. A la demande de ce dernier, le président du tribunal de commerce ou de grande instance désigne un mandataire ad hoc dont il détermine la mission.

348. Bien avant sa consécration par la loi du 10 juin 1994, les tribunaux se sont toujours reconnus compétents pour désigner un administrateur provisoire qui, en cas de difficultés, avait pour mission de gérer la personne morale ou le fonds de commerce de la personne physique. Mais le mandat ad hoc doit être distingué de la technique de désignation d'un administrateur provisoire, ce mécanisme étant non confidentiel parce que faisant l'objet d'une publicité légale. En outre, la mesure de l'administration provisoire présuppose un dessaisissement de l'organe de gestion de l'entreprise et une atteinte à l'intérêt social⁶⁶⁶. Ce qui n'est pas le cas du mandat ad hoc puisque malgré sa sollicitation, le débiteur est maintenu à la tête de son entreprise. C'est ce qui explique en partie son efficacité dans le dispositif de prévention de droit français. Non seulement, le mandat ad hoc est attrayant en raison de la souplesse de ses conditions d'ouverture (Paragraphe I) mais contrairement aux procédures judiciaires de prévention, il est moins formaliste et il se déroule dans un cadre purement confidentiel (Paragraphe II).

⁶⁶³ Un seul article lui est consacré, Article L. 611-3 C. com.

⁶⁶⁴ P.-M. Le Corre, op. cit. p. 173.

⁶⁶⁵ J. Badillet, « Pratiques parisiennes en matière de traitement préventif des difficultés des entreprises », *Gaz.pal.*, 12 mai 2011 n°132, p.7; J.-P. Marchi, « Une création originale du Tribunal de commerce de Paris: Le mandataire ad hoc », *Gaz.pal.*1983, doct. 1, p.123; D.Schmitt et F. Michel, « Le traitement amiable des difficultés judiciaires dans le cadre du mandat ad hoc » *Banque et droit* n°27, janv.1993, p.14 ; M.-H. Monsérié-Bon, art. préc.

⁶⁶⁶ P.-M. Le Corre, op. cit. n°123 ; v. aussi, Lamy droit commercial 2013, Entreprises en difficulté, Mécanismes de prévention et d'alerte, n° 2714.

Paragraphe I: La souplesse des conditions d'ouverture du mandat ad hoc

349. Afin de sauver le plus grand nombre d'entreprise, le législateur a étendu le domaine d'application du mandat ad hoc à une diversité d'entreprise, la sollicitation doit en revanche revêtir un caractère volontaire (A). Malgré le silence de la loi, les entreprises qui sollicitent le bénéfice du mandat ad hoc ne doivent pas être non seulement en état de cessation des paiements (B), en plus caractéristique essentielle de cette souplesse, c'est l'intervention du débiteur dans le choix du mandataire ad hoc (C).

A- Le caractère volontaire de la demande d'ouverture du mandat ad hoc

350. Aux termes du seul article L. 611-3 du code de commerce qui lui est consacré, “ Le président du tribunal peut, à la demande d'un débiteur, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission...”. Il est vrai que la loi ne donne aucune précision sur les entreprises éligibles au mandat ad hoc, mais ce silence du législateur est heureuse et doit être interprétée comme un quitus qui autorise toutes les entreprises quelle que soit leur nature à solliciter l'assistance d'un professionnel mandataire ad hoc. En conséquence, le mandat ad hoc a vocation à s'appliquer à tout chef d'entreprise individuelle⁶⁶⁷, commerciale ou artisanale, tout dirigeant de société commerciale quelle que soit la forme. Cette technique de prévention devrait également pouvoir bénéficier aux personnes morales de droit privé non commerçantes ainsi qu'à toute entreprise libérale ou agricole⁶⁶⁸ de même qu'à tout entrepreneur individuel à responsabilité limitée. S'agissant des professions indépendantes et libérales, la solution comprendrait beaucoup plus difficilement dans la mesure où le législateur leur a étendu le champ d'application des procédures de conciliation et des procédures collectives⁶⁶⁹.

351. La demande de sollicitation d'un mandataire ad hoc demeure cependant une prérogative exclusive du débiteur. C'est même une spécificité du dispositif de la prévention-traitement tel que prévu en droit français. Aucune autre entité excepté le chef d'entreprise ne

⁶⁶⁷ Voir ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

⁶⁶⁸ C. Saint-Alary-Houin, op. cit. p. 162 ; P.-M. Le Corre, op. cit. p. 173, n° 123.

⁶⁶⁹ voir pour une application des techniques amiables de prévention aux professions libérales, M.-C. Habauzit-Detilleux et P. Michaud, « La procédure de conciliation applicable à l'avocat en difficulté dans la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 », Gaz. pal., 28 janv. 2006 n°28, p.2; R. Martin et P. Neveu, « L'application à la profession d'avocat de la loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises », JCP E 2006, 1764.

saurait exercer ce droit. Il n'est toutefois pas exclu que d'autres personnes concernées par les difficultés de l'entreprise notamment les créanciers, le comité d'entreprise ou même des cocontractants s'associent à la demande mais elles ne peuvent en prendre l'initiative de la saisine. Elle est réservée au représentant de l'entreprise même si des opinions contraires ont été émises⁶⁷⁰ d'ailleurs sans succès. Le législateur ayant mis fin au débat à travers l'article L.611-3 du code de commerce issu de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005⁶⁷¹. Ainsi, plusieurs sociétés formant un groupe peuvent avoir intérêt à présenter une seule demande. Il appartiendra dans ce cas au président tribunal de commerce saisi d'apprécier le bien fondé de la demande. Mais lorsque la demande émane d'un groupe de sociétés, une requête unique est acceptable à condition que les sociétés considérées aient le même dirigeant⁶⁷². Il reviendra d'ailleurs d'introduire la requête. La demande d'ouverture du mandat ad hoc est présentée par écrit et déposée au greffe du tribunal, elle doit indiquer les raisons qui la motivent⁶⁷³ celle ci pouvant avoir un contenu varié⁶⁷⁴ mais le plus souvent elles sont consécutives à des problèmes de financement⁶⁷⁵.

352. La compétence de la juridiction saisie sera fonction de la qualité du débiteur. En effet, selon l'article L. 611-3 du code de commerce cité, le tribunal compétent sera le tribunal de commerce si le débiteur est commerçant ou artisan. Il s'agira du tribunal de grande instance dans les autres cas. Mais ces règles de compétences ne sont pas absolues. Il est possible en effet d'y déroger en application de l'article R.662-8 du code de commerce. Selon ce texte, Il est possible de délocaliser l'affaire sous réserve de l'obtention l'accord du débiteur, soit lors de la désignation du mandataire ad hoc, soit en cours de mission. Le débiteur peut également saisir à cette fin, par requête, le premier président de la cour d'appel ou le premier président de la cour de cassation⁶⁷⁶. La recevabilité de la demande de nomination d'un mandataire ad hoc dépendra quant à elle de la situation du débiteur, ce dernier ne doit pas en principe être en état de cessation des paiements.

B- L'absence de principe de cessation des paiements du débiteur en mandat ad hoc

⁶⁷⁰ J.- Cl. Com., D. Vidal, fasc.2025, « Prévention des difficultés des entreprises » , éd.2006, n°129 et n°133.

⁶⁷¹ Le texte vise exclusivement le débiteur , c'est à dire le chef d'entreprise ou le représentant d'entreprise.

⁶⁷² Lamy droit commercial 2013, op. cit. p. 2787.

⁶⁷³ Art. R.611-18 C.com.

⁶⁷⁴ C. Saint-Alary-Houin, op. cit. p. 162.

⁶⁷⁵ C. Colaert, « Le financement des sociétés en mandat ad hoc », RJcom. Mars-avril 2005, n° 2, Etudes, p. 130 ; G. Teboul, « Le financement des sociétés dans le cadre de la prévention : constat et perspectives », RJcom. Mars-avril 2005, n°2, Etudes, p. 114.

⁶⁷⁶ Art. R. 662-8 alinéa 2 C. com.

353. Le texte de l'article L.611-3 du code de commerce n'est pas très explicite quant à la question de savoir si la technique du mandat ad hoc est inconciliable avec l'état de cessation des paiements. Une telle imprécision laisse court à toutes sortes d'interprétations et peut conduire à plusieurs solutions. Une partie de la doctrine profitant de cette faille légale, en a déduit que la sollicitation d'un mandat ad hoc ne requiert aucune condition. Par conséquent cette mesure de prévention ne serait absolument pas exclusive de la cessation des paiements⁶⁷⁷. Autrement dit, le juge saisi ne saurait refuser au débiteur la nomination d'un mandataire ad hoc au motif que ce dernier se trouve en état de cessation des paiements. Le refus ne peut intervenir que sous une réserve importante: l'état de cessation des paiements ne doit pas intervenir pendant plus de quarante cinq jours. En effet, passé ce délai, le tribunal n'aura d'autre choix que d'ouvrir une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire⁶⁷⁸. Malgré la pertinence de cette approche doctrinale, l'admission de la cessation des paiements en période de mandat ad hoc n'est pas pourtant acquise. En effet la pratique observe une prudence sur la question⁶⁷⁹.

354. Certes, il est établi que le texte de l'article L.611-3 du code de commerce cité n'exclut pas cette possibilité, mais il ne l'autorise pas non plus de manière explicite. Les divergences d'approche sur la question ainsi analysée montrent bien que le législateur a voulu laissé une marge de manœuvre suffisante aux acteurs de la prévention, afin de pérenniser sa souplesse et sa confidentialité, éléments essentiels à son attractivité⁶⁸⁰. Il faut saluer cette plasticité reconnue au mandat ad hoc, puisque la notion de cessation des paiements revêt désormais un caractère réversible, et que sa sollicitation peut faire disparaître un état de cessation des paiements caractérisé à une date donnée en obtenant le report de l'exigibilité des créances échues⁶⁸¹. Cette solution doit être encouragée afin de rendre encore plus efficace le mandat ad hoc. En outre, l'association des débiteurs dans le choix du mandataire ad hoc permet davantage de mesurer l'intérêt pratique de cette mesure de prévention.

⁶⁷⁷ P. M. Le Corre, op. cit. p. 175 ; F. Perochon, op. cit. p. 71 ; D. Valdeman, La loi de sauvegarde : quelle procédure pour quelles difficultés des entreprises, Gaz. Proc. coll. 2008/1, in Gaz. Pal. 2008 janv. 2008, n° 23 à 24, Doctrine.

⁶⁷⁸ Art. L.631-1 C.com et L.640-1 C.com.

⁶⁷⁹ R. Valliot, «La loi du 26 juillet 2005 portant réforme du droit des entreprises en difficultés: le point de vue de l'administrateur judiciaire, mandataire ad hoc et conciliateur» JCP E 2005, n°42, 1515.

⁶⁸⁰ A. Outin-Adam et S. Bienvenu, « Sauvegarde des entreprises: Le point de vue de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP)», JCP E 2005, n°42, 15156.

⁶⁸¹ D. Valdman, « Loi de sauvegarde: quelle procédure pour quelles difficultés des entreprises », art. préc. n°23 à 24, doctrine.

C- L'implication du débiteur dans la désignation du mandataire ad hoc

355. Le caractère volontariste de la technique du mandat ad hoc a eu pour effet considérable l'association du débiteur dans le choix du mandataire ad hoc⁶⁸². Pourtant cette solution n'existait pas jusqu'à la loi de sauvegarde des entreprises. Le président du tribunal saisi pouvait alors choisir librement la personne du mandataire ad hoc. Désormais le débiteur, comme le souligne l'article L.611-3 du code de commerce issu de l'ordonnance du 18 décembre 2008, peut proposer le nom d'un mandataire ad hoc⁶⁸³. L'officialisation de cette solution par la loi est d'un intérêt pratique certain. En effet, le seul fait de savoir qu'il peut choisir lui-même l'expert qui pourra l'aider à trouver une solution à ses difficultés peut rassurer le débiteur et l'inviter à se confesser davantage sur ses problèmes. En outre, le mandat ad hoc se veut confidentiel. Cette confidentialité sera d'autant plus acquise que le débiteur pourra désigner une personne en qui elle a confiance⁶⁸⁴. Mais, il ne s'agit qu'une suggestion à laquelle n'est pas tenue le président du tribunal. La question qui se pose donc est de savoir si cette faculté ainsi reconnue au débiteur dans le choix du mandataire ad hoc peut être refusé par le président du tribunal, ce dernier pouvant choisir un mandataire autre que celui proposé par le débiteur⁶⁸⁵.

356. Certains auteurs considèrent que le droit du débiteur de proposer le nom d'un professionnel au président du tribunal lui ouvre un recours, si alors qu'il a suggéré le nom d'un mandataire, le débiteur se voit imposer un autre mandataire⁶⁸⁶. Le législateur aurait pu éviter cette situation susceptible de saper l'efficacité du mandat ad hoc, en imposant au président du tribunal de s'aligner sur le choix du débiteur ou de refuser d'accéder à la demande du chef d'entreprise qu'à titre exceptionnel, ou à tout le moins qu'il motive sa décision de refus⁶⁸⁷, d'autant plus, le débiteur qui malgré tout, a accepté le mandataire désigné par le président du tribunal peut toujours user de l'article R.611-21 du code de commerce pour mettre fin au mandat ad hoc.

⁶⁸² P.-M. Le Corre, op. cit. n° 123. 12 ; P. Roussel Galle, « Premier aperçu sur l'ordonnance du 18 décembre 2008 réformant le droit des entreprises en difficulté », LPA, 24 décembre 2008, n°257, p.53.

⁶⁸³ A. Lienhard, « Réforme du droit des entreprises en difficulté: présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », D. 2009, n°2, Chronique, p.110; P. Roussel Galle, « Premier aperçu sur l'ordonnance du 18 décembre 2008 réformant le droit des entreprises en difficulté », LPA, 24 décembre 2008, n°257, p.53.

⁶⁸⁴ F.Perochon, *Entreprises en difficulté*, 1^è éd. op.cit. n° 99.

⁶⁸⁵ F.Perochon, op. cit.. n°101; P.M. Le Corre, op. cit. n° 123.12.

⁶⁸⁶ P.-M. Le Corre, op. cit. n° 123.12 ; F. Perochon, op. cit. n°101 ; A. Jacquemont, op. cit. p. 48.

⁶⁸⁷ F. Perochon, op. cit. n° 101, P.-M. Le Corre, op. cit. n° 123.12.

357. Quoi qu'il en soit contrairement à ce que préconise un auteur⁶⁸⁸, la demande de désignation du mandataire ad hoc doit demeurer secrète et ne pas être sue des représentants du personnel même si la quête légitime de recherche de confiance au sein de l'entreprise peut se comprendre. En revanche, comme le préconise une doctrine opposée, l'hypothèse de l'information du comité d'entreprise ne devrait intervenir que si le mandat ad hoc a des répercussions sur les salariés, dans le cas contraire, l'information ne serait pas nécessaire⁶⁸⁹. La question n'a pas pu être réglée par l'ordonnance du 12 mars 2014. Au contraire, la nouvelle réforme s'est voulu favorable à une meilleure articulation entre le mandat ad hoc et l'alerte du commissaire aux comptes⁶⁹⁰, ce qui devrait aller dans le sens d'un meilleur équilibre entre la prévention détection et la prévention traitement amiable des difficultés. En tout état de cause, le mandataire ad hoc une fois désigné doit avoir un certain nombre de qualités pour accomplir sa mission qui doit s'exercer dans un cadre purement confidentiel.

Paragraphe II: L'absence de formalisme du mandat ad hoc

358. Pour des questions d'attractivité évidentes, la mission du mandataire ad hoc doit revêtir un caractère confidentiel. Cette confidentialité est de plein droit et tend selon l'expression d'un auteur à créer une "muraille de chine" au sein du tribunal⁶⁹¹. A cet effet, l'article L.611-15 du code de commerce soumet à une obligation de confidentialité toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance. La fonction de mandataire est à priori ouverte à tous les professionnels mais à certaines conditions. Sera d'abord analyser le contenu de la mission du mandataire ad hoc (A) dont les issues bien que satisfaisantes dans l'ensemble, recèle une part d'incertitude (B).

A - Le contenu de la mission du mandataire ad hoc

359. Le mandataire ad hoc est un professionnel en général des administrateurs judiciaires ou mandataires judiciaires qui vendent son expertise aux chefs d'entreprise lorsque ces derniers le sollicitent. A ce titre, son travail n'est pas gratuit. Préalablement donc au

⁶⁸⁸ C. Saint-Alary-Houin, op. cit. n° 278.

⁶⁸⁹ P. M. Le Corre, op. cit. n°123-11.

⁶⁹⁰ La nouvelle ordonnance du 12 mars 2014 énonce que dorénavant, « la décision nommant le mandataire ad hoc est communiquée pour information aux commissaires lorsqu'il en a été désigné un » Art. 611-3 alinéa 1 nouveau du code de commerce.

⁶⁹¹ J. Badillet, « Pratiques parisiennes en matière de traitement préventif des difficultés des entreprises », Gaz. Pal. op.cit. p.7, cet auteur souligne que la confidentialité est établie par certaines pratiques notamment l'absence d'appel nominal, pas d'affichage des parties dans les couloirs, nombre réduit des juges délégués, nom du dossier constamment non visible et inconnu du public.

commencement de sa mission, la question de sa rémunération est une exigence à clarifier (1) après quoi le mandataire ad hoc pourra entamer sa mission proprement dite (2)

1- Le pouvoir du président du tribunal et l'exigence d'un accord préalable du dirigeant dans la fixation de la rémunération du mandataire ad hoc

360. Le recours au mandat ad hoc ne doit pas être une source d'appauvrissement pour l'entreprise déjà fragilisée par une situation financière obérée. C'est pourquoi les termes et le montant de la rémunération doivent faire l'objet d'un accord préalable qui définit au moins les critères appliqués, un maximum et le versement éventuel de provisions⁶⁹². On en déduit que l'idée du législateur a été de reconnaître une certaine liberté contractuelle entre le débiteur et le professionnel de son choix.

361. Mais fondamentalement, il revient au président du tribunal à qui appartient le pouvoir de nomination du mandataire ad hoc, de fixer également le montant de la rémunération. L'intervention du président du tribunal peut se comprendre car celui-ci est conscient des risques d'une rémunération excessive pour la santé financière des petites et moyennes entreprises, incitées à recourir à cette procédure⁶⁹³. Les tribunaux exercent ainsi un contrôle sur la rémunération et ne peuvent l'entériner que du seul fait qu'elle a été convenue entre le débiteur et le mandataire de son choix. La liberté des parties est ainsi encadrée et les risques d'accord préjudiciable au maintien en activité de l'entreprise est amoindri⁶⁹⁴. Par exemple, le tribunal de commerce de Paris fixe des limites à la rémunération du mandataire ad hoc et du conciliateur à 350 euros par heure⁶⁹⁵.

De surcroît, les tribunaux afin d'éviter tout conflit éventuel sur la question de la rémunération, s'assurent toujours que le débiteur a bien conscience de la portée de la convention sur laquelle il a marqué son accord et que son consentement a parfaitement été éclairé. L'accord écrit du débiteur lui assure ainsi une sécurité juridique car il doit savoir ce à quoi il s'engage et ne pas se trouver embarqué au delà de ses capacités financières⁶⁹⁶. Une fois cette vérification faite, l'accord du débiteur relativement à la rémunération du mandataire sera consigné par écrit et annexé à l'ordonnance de désignation du professionnel⁶⁹⁷.

⁶⁹² Art. R. 611.- 47 C.com

⁶⁹³ J. Badillet, art. préc. p.7; v. aussi, Lamy Droit commercial 2014, Entreprises en difficultés, n°2793.

⁶⁹⁴ Art. R. 611-47 C. com cite.

⁶⁹⁵ J. Badillet, art. préc. p.7.

⁶⁹⁶ F. Perochon, Entreprises en difficultés, op.cit. n°104.

⁶⁹⁷ Art. R. 611-48 C.com.

362. L'ordonnance arrêtant la rémunération du mandataire est notifiée au mandataire ainsi qu'au débiteur. Ici encore, l'exigence de l'accord du débiteur dans la fixation du montant de la rémunération constitue l'un des points essentiels qui contribue à l'attractivité du mandat ad hoc, le tout se déroulant dans un cadre confidentiel. Comme le souligne la doctrine dans son ensemble, la confidentialité est indispensable à la fois pour le débiteur et pour les créanciers qui ne souhaitent pas que les efforts qu'ils seraient invités à consentir puissent servir de référence ultérieure⁶⁹⁸. L'obligation de réserve dans le déroulement du mandat ad hoc ne se limite pas seulement dans la négociation du montant de la rémunération. Elle est aussi présente dans le contenu de la mission du mandataire qui devra mener la délicate tâche de négociation entre le débiteur et ses créanciers sans que les difficultés de l'entreprise ne soient portées à la connaissance du public.

2- La mission d'assistance du mandataire ad hoc

363. Il faut souligner avant tout que la mission du mandataire ad hoc doit revêtir un certain nombre de caractéristique. Elle doit être à la fois rapide, flexible et discrète. Elle doit comme l'a souhaité une doctrine⁶⁹⁹ le demeurer le plus longtemps confidentielle afin de garantir de grandes probabilités de succès à la mission du professionnel choisi et conserver ainsi ses lettres de noblesses. La mission du mandataire est définie par le président du tribunal lors de la requête de demande de sa désignation⁷⁰⁰.

D'une manière générale, le contenu de sa mission est extrêmement varié mais il est modulable selon les circonstances. Mais fondamentalement, il s'agit d'une mission de bons offices entre le chef d'entreprise et ses partenaires. Plus précisément, le rôle du mandataire est de servir d'intermédiaire entre le dirigeant et ses créanciers⁷⁰¹ afin de parvenir à la signature d'un accord permettant de résorber les difficultés rencontrées par l'entreprise, le plus souvent d'aboutir à une restructuration financière ou juridique de l'entreprise⁷⁰². Il prête en quelque

⁶⁹⁸ J. Badillet, Art. préc. p.7.

⁶⁹⁹ A. Outin-Adam et S. Bienvenu, « Sauvegarde des entreprises : le point de vue de la chambre de commerce et d'industrie de Paris », JCP E 2005, n°42, art. préc. cit. 1516.

⁷⁰⁰ Art. L.611-3 C. com.

⁷⁰¹ Les pratiques parisiennes de traitement préventif des difficultés des entreprises montrent que ces créanciers sont souvent des banquiers et autres créanciers financiers mais on y retrouve aussi les créanciers publics ou sociaux, v. J. Badillet, art. préc. p. 7.

⁷⁰² C. Colaert, « Le financement des sociétés en mandat ad hoc » Rjcom 2005, op.cit.p.130; C. Saint Alary Houin, Droit des entreprises en difficulté, op.cit. n°282.

sorte ses bons offices afin d'instaurer un cadre de négociation pouvant aboutir à l'adoption d'une solution amiable entre le débiteur et ses créanciers. Le contenu de la convention qui peut être conclu dans le cadre du mandat ad hoc est exclusivement régi par le droit commun des obligations. C'est ainsi que seul un accord entre les parties pourra conduire par exemple à une suspension des poursuites. Il en résulte que le mandat ad hoc revêt un caractère contractuel et que par conséquent le mandataire ad hoc ne peut rien imposer aux créanciers⁷⁰³. D'ailleurs, il n'est le mandataire d'aucune des deux parties, mais bien du président du tribunal à qui il doit rendre compte régulièrement de l'évolution de sa mission ainsi que des difficultés constatées dans le déroulement de celles-ci⁷⁰⁴. A cette mission principale, il peut également apporter son aide pour tenter de résoudre d'autres difficultés rencontrées par l'entreprise. A cet effet, il s'agira pour le mandataire d'assister le dirigeant dans la recherche d'une crise passagère, régler un conflit pécuniaire ou de nature sociale au sein de l'entreprise ou des difficultés avec un associé, faire voter une augmentation de capital, négocier des délais de paiement avec les fournisseurs ou les distributeurs⁷⁰⁵. Mais il importe pour le mandataire ad hoc dès l'entame de sa mission, de procéder à un diagnostic de l'entreprise en vue de vérifier son éligibilité à la prévention⁷⁰⁶. Cette vérification pourra lui permettre par exemple de refuser une telle mission si l'audit déclenchée montre que l'entreprise est en cessation des paiements depuis plus de quarante cinq jours et que le recours au mandat ad hoc serait en ce cas inopportun. Dans tous les cas, un diagnostic préalable est nécessaire en ce sens qu'il donne une idée de la situation financière de l'entreprise et permet au mandataire de rentrer en négociation avec les créanciers dont le report des échéances de dettes peut aider à mettre fin à la cessation des paiements si celle ci était par exemple établie⁷⁰⁷. De toute façon, la mission du mandataire ad hoc n'est qu'une mission d'assistance du débiteur et non une mission de gestion⁷⁰⁸. Autrement dit, ce dernier n'est pas dessaisi. Il reste à la tête de son entreprise dont il continue et assure pleinement la gestion. Le mandataire ad hoc n'est en définitive ni un administrateur provisoire ni un administrateur judiciaire. Mais au delà ces aspects essentiels au succès du mandat ad hoc, la mission du mandataire comporte deux particularités majeures à savoir l'absence de délimitation dans la mission du mandataire

⁷⁰³ P.M. Le Corre, Droit et pratiques des procédures collectives, op.cit.n°123.17; Voir G. Teboul, «Petit bréviaire de la loi de sauvegarde pour ceux qui souhaitent une information pratique sur la prévention», LPA 19 oct.2005,n°208,p.3.

⁷⁰⁴ P.M. Le Corre, Droit et pratiques des procédures collectives, op.cit.n°123.17.

⁷⁰⁵ P.M. Le Corre, Droit et pratiques des procédures collectives, op.cit. n°123.17.

⁷⁰⁶ G. Teboul, « Le financement des entreprises en difficulté pendant la période de prévention: constat et perspectives », art. précit. Rjcom 2005, p.114). Colaert, « Le financement des sociétés en mandat ad hoc » Rjcom 2005, art.précit. p.130; C. Saint Alary Houin, Droit des entreprises en difficulté, op.cit. n° 282.

⁷⁰⁷ G. Teboul,« art. préc., p.114 ; Colbert, Art. préc. .p.130.

⁷⁰⁸ Lamy Droit commercial 2013, op.cit.n°2790.

ad hoc (a) et l'interdiction de publier la mission du mandataire ad hoc (b). En plus de ces caractéristiques, le mandataire ad hoc doit respecter les règles d'incompatibilités (c).

a) L'absence de délimitation dans la mission du mandataire

364. La mission du mandataire ad hoc n'est enfermée dans aucune limitation de durée, ce qui lui laisse le temps nécessaire pour mieux conduire sa mission. La durée de la mission est fixée par le président du tribunal en fonction de l'évolution de l'affaire. Cet élément constitue un point essentiel dans le succès de la procédure du mandat ad hoc, un facteur de souplesse et d'attractivité incontestable. Le juge de la prévention a alors toute la latitude d'apprécier l'évolution de la mission du mandataire lequel pourra lui faire des suggestions notamment les chances de succès de sa mission ou encore le temps qu'il lui faudra pour accomplir sa mission. Le mandat ad hoc échappe donc de ce fait à la contrainte de temps qui aurait pu perturber la conduite de la mission, ce qui n'est pas le cas de la conciliation, dans laquelle un délai de quatre mois avec possibilité de prorogation d'un mois maximum est fixé au conciliateur. Cette souplesse du mandat ad hoc a fait dire à la doctrine que son autonomie pouvait être compromise puisque qu'il pouvait utilement servir, à la préparation d'une procédure de conciliation, et la pratique semble abonder dans ce sens⁷⁰⁹.

b) L'absence de publicité de la mission

365. Il est de coutume que les hommes d'affaires aiment bien négocier dans la discrétion. Cette exigence est bien respectée dans le mécanisme du mandat ad hoc. C'est pourquoi, en vue de rassurer le dirigeant d'entreprise et protéger ainsi le crédit de l'entreprise, le mandataire ad hoc est tenu à une obligation de confidentialité⁷¹⁰. De surcroît, l'accord négocié et obtenu par le mandataire ad hoc demeure invisible à l'exception des parties à la convention. Pour tout dire, la mission du mandataire est tenue secrète, elle ne doit donc pas s'accompagner de publicité légale. Ainsi, en évitant toute diffusion d'information, on préserve le crédit de l'entreprise, ce qui facilite pleinement la conduite de la mission du mandataire ad hoc.

⁷⁰⁹E. Douhaire, « Les aspects pratiques de la conciliation- le rôle du conciliateur dans les négociations », RJcom 2008.21; P.M. Le Corre, ouvrage op.cit..n°123.11.

⁷¹⁰ Art.611-15 C.com.

366. En outre, l'ordonnance qui définit la mission du mandataire ad hoc n'est pas communiquée au ministère public, le parquet étant considéré de manière générale par les dirigeants comme un organe de répression, son exclusion de la technique du mandat ad hoc vise ainsi à inciter les responsables d'entreprise à saisir le président du tribunal de commerce pour la nomination d'un mandataire. La qualité de mandataire ad hoc est au regard de la loi de sauvegarde ouverte à tous les professionnels mais certaines restrictions ont été posées afin de sécuriser davantage le procédé.

c) Les interdictions et incompatibilités liées à la qualité de mandataire ad hoc⁷¹¹

367. D'une manière générale, le recours à la prévention et plus particulièrement aux services d'un mandataire ad hoc peut signifier que le débiteur n'a pas pu obtenir la confiance de ses partenaires dans sa tentative de négociation directe⁷¹². Diverses raisons peuvent expliquer cette réticence des créanciers. Elles peuvent trouver leur source directement dans la personne du débiteur ou bien indirectement. Le mandataire ad hoc doit briser cette barrière de méfiance et instaurer la confiance entre le débiteur et ses créanciers en montrant des qualités d'impartialité et d'indépendance. C'est l'objectif des interdictions et incompatibilités posées par le législateur.

368. En ce qui concerne les interdictions, elles s'expliquent par un souci de neutralité du mandataire ad hoc. Deux sortes d'interdictions sont prévues⁷¹³. Le premier cas permet d'exclure des personnes qui ont un intérêt lié avec celui du débiteur et le second c'est celui en vertu duquel le président du tribunal doit refuser de nommer comme mandataire ad hoc des personnes ayant un intérêt avec un créancier du débiteur.

369. Quant aux incompatibilités⁷¹⁴, elles permettent de prévenir des risques de conflits d'intérêts. Elles frappent les juges consulaires en fonction d'une part et ceux ayant cessé leurs fonctions depuis moins de cinq ans. Le respect de ces incompatibilités peut cependant s'avérer

⁷¹¹ Art. L.611-13 C.com.

⁷¹² G. Teboul, « Le financement des entreprises en difficulté pendant la période de prévention: constat et perspectives », art. préc. Rjcom 2005, p.113.

⁷¹³ Art.611-13. al.1 C.com.

⁷¹⁴ Art. L.611-13, al.2 C.com.

délicat dans la pratique. Il sera extrêmement difficile pour le président du tribunal de détecter ou d'être informé sur le statut du candidat pressenti pour être désigné mandataire ad hoc. Face à ce problème, la doctrine estime que, outre l'attestation de l'article L.611-13 du code de commerce, l'exigence d'une attestation sur l'honneur et sur la bonne foi pourrait servir de moyen de vérification de l'incompatibilité⁷¹⁵.

370. Il est donc possible qu'une personne ne respectant pas les incompatibilités ci dessus décrites soit désigné mandataire ad hoc et accomplir sa mission. Mais en cas de découverte de cette incompatibilité en cours de mission, le président du tribunal devra t-il mettre fin à la mission? Une stricte application des textes de l'article 611-13 du code de commerce cité conduirait à une réponse affirmative avec toutes les conséquences qu'une telle solution pourrait engendrer. Le sort de la provision versée et l'accord déjà conclu ne devrait pas être remis en cause. Le juge ne fera qu'une stricte application de l'article 1134 du code civil. Il est tout à fait aussi possible que cette découverte ne conduise les créanciers du débiteur à renoncer aux sacrifices auxquels ils étaient disposés à consentir. Le problème ne s'est pas encore posé en pratique on serait tenté de savoir quelle sera la solution qu'adoptera les tribunaux au risque de ne pas fragiliser le mandat ad hoc dont il faut rappeler le caractère éminemment volontariste. Son issu empreint d'incertitudes, dépend en grande parti souvent de la volonté du débiteur.

B- La relative incertitude quant à l'issu du mandat ad hoc

371. Comme nous l'avons relevé un peu plus haut, le mandat ad hoc peut connaître un dénouement heureux par la signature d'un accord ayant permis la résorption des difficultés⁷¹⁶. Il peut également prendre fin par l'expiration de la durée fixée dans la mission sauf prorogation en fonction de l'évolution de l'affaire. Le débiteur peut de façon discrétionnaire mettre fin à la mission du mandataire ad hoc, le juge n'ayant aucun pouvoir d'appréciation en la matière⁷¹⁷. Mais dans la majorité des cas, le recours au mandat ad hoc influe de façon positive sur le sort de l'entreprise, les moratoires souvent obtenus par le débiteur lui ont permis de rebondir très rapidement et stabiliser sa situation financière. La pratique et la

⁷¹⁵ Ph. Roussel Galle, Réforme du droit des entreprises en difficulté, 2è éd. Litec, 2007, pn°121.

⁷¹⁶ C.Saint-Alary-Houin, op.cit. n°283.

⁷¹⁷ Art. R. 611-21 C.com.; Ph. Roussel Galle, Réforme du droit des entreprises en difficulté, 2è éd. Litec, 2007, n°121.

doctrine se félicite d'ailleurs de son succès et de ses résultats satisfaisants⁷¹⁸. Et il semble que la confidentialité et la souplesse de son fonctionnement y ont fortement et énormément contribué.

En outre, le choix du professionnel en raison de ses compétences, la technicité ou la spécificité de l'entreprise ou encore la connaissance du mandataire ad hoc de l'entreprise concernée peuvent être décisifs dans le succès du mandat ad hoc, tout comme l'échec pourrait venir des carences des dirigeants à mettre en œuvre les termes du mandat ad hoc ou des aléas économiques sans que la compétence du professionnel désigné soit remise en cause⁷¹⁹.

372. Ces attraits ne doivent cependant masquer certaines imperfections du mandat ad hoc. En effet, cette technique de prévention peut prendre fin en raison de son inadaptabilité à la situation de l'entreprise en difficulté. La doctrine fait remarquer que le mandat ad hoc semble inadapté aux entreprises qui connaissent des difficultés d'ordre structurel⁷²⁰, qui ne peuvent être traitées que grâce à l'arrêt des poursuites individuelles accordées au débiteur. Or le mandat ad hoc est incompatible avec le principe de l'arrêt des poursuites individuelles, par conséquent, seule l'ouverture d'une procédure collective sera alors préférable dans de telles hypothèses. En revanche, les entreprises dont la résolution des difficultés ne dépend qu'un nombre restreint de partenaires seraient éligibles en mandat ad hoc⁷²¹. Ce qui ne serait le cas en présence d'un état de cessation des paiements sous réserve de ce qui a été dit un peu plus haut⁷²². En effet, la difficulté avec le mandat ad hoc, c'est l'absence de précision des difficultés en présence desquelles le débiteur pourrait solliciter une mesure d'alerte. Il en résulte que la sollicitation d'un mandat ad hoc peut cacher un état de cessation des paiements donc une situation déjà compromise nécessitant l'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. La doctrine s'est d'ailleurs faite l'écho de cette situation à travers plusieurs décisions jurisprudentielles. Dans la première rendue par la cour d'appel de Paris, les juges du fond ont refusé de sanctionner un dirigeant qui n'avait pas procédé à la déclaration de la cessation des paiements alors que l'entreprise n'a pas pu échapper à une liquidation judiciaire immédiate en raison d'une insuffisance d'actif d'un montant considérable.

⁷¹⁸ A. Jacquemont, op.cit. n°81.

⁷¹⁹ Chr. Delattre, « La désignation de l'administrateur judiciaire et du mandataire judiciaire moins de 18 mois après une conciliation ou un mandat ad hoc », Etudes sous T. Com. Evry, 1ère ch., 7 sept.2009, n° 20009P00698, Rev. proc. coll. janv-fev. 2010, Etudes 4.

⁷²⁰ P.M. Le Corre, ouvrage, op.cit. n°123.17.

⁷²¹ C.Saint-Alary-Houin,,op.cit.n° 283.

⁷²² V. supra: les conditions d'ouverture du mandat ad hoc, n° 277 et s.

Dans cette affaire, les juges ont été particulièrement sensibles à la démarche du débiteur, les contacts répétés avec le magistrat en charge de la prévention ont fini par convaincre de la bonne foi du dirigeant⁷²³. Dans la seconde affaire, c'est plutôt la démarche positive du dirigeant qui a retenu l'attention des juges. Conscient de des difficultés depuis l'année 2001, il sollicite et obtient la nomination d'un mandataire ad hoc en 2002. La persistance des difficultés, malgré l'obtention d'un moratoire auprès de la commission des chefs des finances financiers, allait conduire le dirigeant à déclarer la cessation des paiements en 2003. Une troisième affaire jugée par la cour d'appel de Metz⁷²⁴ va dans le même sens à la différence que dans cette dernière espèce, l'attitude du dirigeant peut susciter des interrogations légitimes notamment la précipitation avec laquelle il s'est empressé à déclarer son état de cessation des paiements une fois l'accord du mandat ad hoc homologué par le président du tribunal. On serait alors en droit de penser que le mandat ad hoc puisse faire l'objet d'une utilisation abusive par les dirigeants afin de retarder la cessation des paiements et échapper ainsi à toute sanction⁷²⁵. Ce constat de dévoiement de procédure par certains dirigeants est un risque majeur et il appartient au président du tribunal d'observer la plus grande vigilance dans la vérification des informations comptables fournies par le débiteur candidat au mandat ad hoc ou à la conciliation.

Section II: L'efficacité relative de la procédure de conciliation de droit français et de droit Ohada

373. Contrairement au mandat ad hoc qui se singularise par l'absence de formalisme lors de son élaboration et de son déroulement, la procédure de conciliation doit respecter un ensemble de règles qui complexifient considérablement son fonctionnement. En droit français, c'est la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 a substitué l'ancien règlement amiable⁷²⁶ à la procédure de conciliation afin de donner plus d'attractivité au dispositif de prévention traitement des difficultés des entreprises. En droit Ohada, elle ressort du nouvel acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif. Il est donc trop tôt pour se prononcer sur son efficacité dans cet espace juridique. A l'instar du mandat ad hoc, la conciliation est une

⁷²³ Cour d'Appel de Paris, 3è ch., sect B, 29 mars 2007, RG 06/12891, T.X. C/Me Ayache ès qual.: jurisData n°2007-332240: Rev.proc.coll. 2008, comm. Ch. Delattre, n°99.

⁷²⁴ CA Metz, 1ère ch. Civ., 24 févr. 2009, n°08/00197, SCP Noel-Nodee-Lanzetta ès qual. c./S.P. : JurisData n° 2009-003251.

⁷²⁵ Cour d'Appel Versailles, 13è ch., 29 oct. 2009, RG n° 09/030028: JurisData n°2009-380258: Ch. Delattre, Rev. proc. Coll. Com. 209.

⁷²⁶ A l'exception du règlement amiable qui demeure toujours applicable aux agriculteurs, v. les articles L.351-1 et Art. L.351-7 code rural.

technique de restructuration des entreprises en difficulté dont le mode opératoire repose essentiellement sur la négociation⁷²⁷. La procédure de conciliation se distingue par exemple du règlement amiable homologué issue du décret-loi du 25 août 193 sur la faillite, du concordat amiable⁷²⁸ mais surtout du règlement amiable qu'elle est censée remplacer. La différence avec le règlement amiable homologué résulte du fait que cette dernière procédure ne visait que les créanciers chirographaires et présentait un caractère judiciaire très marqué par l'effet de l'homologation par le tribunal. Ce qui n'est pas le cas de la conciliation dans laquelle, les créanciers même titulaires de sûretés peuvent conclure un accord avec le débiteur, cet accord ne pouvant pas être homologué par le président du tribunal⁷²⁹. La conciliation ne saurait de même s'assimiler à un concordat préventif lequel nécessite un vote majoritaire des créanciers, cette exigence faisant défaut en conciliation⁷³⁰.

374. Enfin, les effets juridiques de la procédure de conciliation ont été sensiblement accrus par rapport à la procédure de règlement amiable antérieure. C'est ainsi qu'en plus de la mesure de suspension des poursuites individuelles qui n'existe plus en conciliation, les législateurs français et Ohada ont procédé à un véritable renforcement de la confidentialité et de la transparence pour imprimer une approche nouvelle au système de prévention traitement. A cet effet, la procédure de conciliation a été parée d'une série d'atouts afin de la rendre plus efficace que l'ancien règlement amiable. De là vient un intérêt considérable pour le débiteur en difficulté de recourir à cette procédure (Paragraphe I) même si son efficacité n'est pas effective (Paragraphe II).

Paragraphe I: L'efficacité de la conciliation du fait de la diversité des mesures incitatives en droit français et en droit Ohada

375. La procédure de conciliation présente des avantages que n'avait l'ancien règlement amiable de droit français. Ceux-ci s'analysent dans les deux ordres juridiques en des mesures incitatives prévues par les différents législateurs pour motiver les dirigeants ainsi que les

⁷²⁷ E. Brocard, art.préc., n° 93, p. 4.

⁷²⁸ S. Kokou Evelamenou, Thèse préc., n°22.

⁷²⁹ C. Saint- Alary Houin., op.cit. 285.

⁷³⁰ S. Kokou Evelamenou, Thèse préc., n°21 ; F. Derrida, « Concordat préventif et droit français », Mélanges Hamel, 1961, p. 489 ; M. Pocanam, Le concordat préventif, remède aux difficultés des entreprises au Togo ?, presses de l'université du Bénin, Lomé, 1994, p. 207. Sur l'approche ancienne de cette technique de prévention, v. M. Marcus, Le concordat préventif de la faillite, thèse, Paris, 1915 ; S. Lupas, Du concordat préventif de faillite, thèse, Université de Paris, 1936.

créanciers à recourir à la prévention comme mode gestion de l'entreprise en difficulté. Ces mesures sont identiques dans les deux ordres juridiques. Elles se situent à deux niveaux, c'est-à-dire depuis l'ouverture de la procédure jusqu'à la conclusion de l'accord et à l'issue de la procédure⁷³¹. On envisagera ces attraits en commençant d'abord par les mesures incitatives à la sollicitation de la procédure de conciliation (A), ensuite les mesures incitatives dans le déroulement de la procédure de conciliation (B).

A- Une pluralité de mesures incitatives en faveur du débiteur dans les deux ordres juridiques

376. Il faut distinguer parmi ces mesures incitatives celles qui sont communes au droit français et au droit Ohada (1) de celles qui sont spécifiques au seul droit français (2).

1- Les mesures incitatives communes au droit français et au droit Ohada

377. S'inspirant du droit français, le droit Ohada a presque repris les solutions consacrées à la procédure de conciliation. Ainsi, afin d'inciter le débiteur à adopter la prévention comme un mode gestion de l'entreprise, les législateurs français et Ohada ont mis en place des mesures incitatives similaires. Celles-ci tiennent à la souplesse des conditions d'ouverture (a), à l'extension de la procédure à une pluralité de personnes (b), la possibilité laissée au débiteur de choisir la forme de l'accord qui lui convient (c) et enfin la clarification et la précision de la mission du conciliateur (d).

a) La souplesse des modalités d'ouverture

378. Les conditions d'ouverture de la condition ont été fortement assouplies afin de rendre attractive la procédure de condition. A l'exception du critère de la cessation des paiements, le droit français et le droit Ohada partagent sensiblement les mêmes conditions d'ouverture. Ainsi dans les deux ordres juridiques, l'exclusivité de la demande d'ouverture de la conciliation est dévolue au débiteur. En effet, d'après les articles L.611-6 du code de

⁷³¹ F. Marcorig-Venier, « Du règlement amiable à la conciliation », Rev. proc. coll. n°4, décembre 2005, p.353.

commerce et 5-2 du nouvel AUPCAP⁷³², le président de la juridiction compétente est saisi par une requête du débiteur à l'effet de solliciter la nomination d'un conciliateur. La procédure de conciliation suppose donc une démarche volontaire du débiteur de l'entreprise qui décide de saisir le président de la juridiction compétente. Il en détient seul le pouvoir et il ne saurait partager ce monopole avec aucune autre entité⁷³³.

379. En droit Ohada cependant, la requête peut être présentée conjointement par le débiteur avec un ou plusieurs de ses créanciers⁷³⁴. Pour autant, cette solution ne remet pas en cause le caractère exclusif du droit du débiteur dans la sollicitation de la procédure de conciliation. Elle traduit tout simplement le caractère négocié de la procédure puisque le créancier ou les créanciers seront forcément ceux avec qui le débiteur entend engager des négociations en vue de parvenir à un accord. Par conséquent, comme c'est le cas en droit français, seuls les dirigeants ont véritablement l'initiative de la demande. L'auteur de la demande sera toutefois fonction du type de société considéré. Ainsi dans les sociétés anonymes, la demande doit être faite par l'organe légal de représentation de la personne morale c'est-à-dire, le président du conseil d'administration, le président du directoire ou le directeur général. Dans les autres sociétés commerciales et civiles, la demande sera réservée au gérant et enfin au président de l'organe d'administration, s'il s'agit d'une association ou d'un groupement d'intérêt économique. En tout état de cause et pour respecter l'esprit volontariste que préconise les différents législateurs, ce droit doit être refusé au ministère public, aux créanciers ou aux salariés à moins qu'il ne s'agisse d'une saisine conjointe comme le prévoit le nouveau texte de l'article 5-2 de l'acte uniforme portant procédure collectives d'apurement du passif.

380. En conséquence, la saisine d'office par le président de la juridiction compétente ne saurait être autorisée⁷³⁵. La requête devra toutefois tenir compte des critères de compétence imposés par le législateur qui dépendent eux même du statut du débiteur candidat à la conciliation⁷³⁶. Elle doit présenter certains caractères. La demande doit être spontanée et discrète afin d'éviter tout risque d'ébrulement des difficultés de l'entreprise. Raison pour laquelle en droit français par exemple, elle n'est pas communiquée au comité d'entreprise. La

⁷³²Ce texte précise que « le président de la juridiction compétente est saisi par une requête du débiteur ou par une requête conjointe de ce dernier avec un ou plusieurs de ses créanciers. Cette demande expose ses difficultés ainsi que les moyens d'y faire face ».

⁷³³C. Saint-Alary Houin, « La procédure de conciliation », Rev. proc. coll. n°2 juin 2006, p.169 et s.

⁷³⁴Art. 5-2 nouvel AUPCAP.

⁷³⁵C. Saint-Alary- Houin, art. préc. Rev. proc. coll. n°2 juin 2006, p.169 et s.

⁷³⁶P.-M. Le Corre, op. cit. n°141-31.

doctrine regrette cette solution qu'elle qualifie de grave et contraire aux prérogatives reconnues à cet organe⁷³⁷.

381. En outre, afin de garantir le caractère volontariste de la procédure de conciliation, les différents législateurs ont associé le débiteur au choix du conciliateur⁷³⁸. Les créanciers en sont cependant exclus⁷³⁹. En conséquence, cela rend possible le choix du débiteur avec la réserve que ce dernier devra soumettre le conciliateur choisi à la désignation du président du tribunal⁷⁴⁰. Il ne pouvait en être autrement car la prévention est avant tout une question de confiance. Un chef d'entreprise accepterait facilement de soumettre son entreprise à une procédure de conciliation s'il est rassuré de ne pas en être écarté. Autrement dit le débiteur sera attiré vers les solutions négociées s'il est associé au processus de sauvetage de l'entreprise. Le choix du conciliateur par le débiteur est en adéquation avec la volonté du législateur. Mais il ne s'agit qu'une possibilité offerte au débiteur puisque le président du tribunal peut décider de ne pas suivre son choix.

382. En droit français, l'article L. 611- 6 alinéa 3 autorise en effet le débiteur à récuser le conciliateur dans les cas visés par l'article R. 611-27 du code de commerce. Selon un auteur⁷⁴¹, ce droit de récusation est excessif et s'annonce difficile car cette possibilité offerte au débiteur en raison de son caractère subjectif, paraît inadaptée à la procédure de conciliation dont le succès exige une confiance absolue entre le débiteur et le conciliateur. Hormis les cas légitimes de récusation prévues à l'article R. 611-27 du code de commerce, une telle solution est regrettable dans la mesure où elle permet au débiteur sur un seul coup de tête de se débarrasser d'un conciliateur pourtant compétent et sérieux. Cela obligerait le débiteur à régler une partie de la rémunération prévue et condamner l'entreprise à demeurer encore dans les difficultés, le recours à la conciliation est l'occasion pour mettre fin aux difficultés rencontrées. Cette critique ne remet nullement en cause son intérêt puisque le droit ainsi reconnu au débiteur s'inscrit parfaitement dans la logique de prévention voulue par le législateur.

⁷³⁷ C. Saint-Alary Houin, art. préc. p. 169 et s.

⁷³⁸ Art. L. 611-6, al.3 C.com. Pour le droit français et art. 5-2 nouvel AUPCAP. V. pour l'approbation de cette solution en droit français, v. C.Saint-Alary-Houin, art. préc. op. cit.

⁷³⁹ V. Th. Montéran, "Présentation générale de la prévention et de la procédure de conciliation", Gaz.Pal. 7-8 sept. 2005, pp 8 et 10, d'après cet auteur, rien n'interdit ces derniers à s'accorder avec le débiteur sur le choix d'un conciliateur, une telle solution renforcerait les chances de succès de la conciliation par le dégel de confiance qu'elle permettrait d'instaurer entre le débiteur et ses créanciers.

⁷⁴⁰ Art. L. 611-6, al.3 C.com. ; Art. 5- 4 nouvel AUPCAP.

⁷⁴¹ F. Perochon, op.cit. n° 131.

383. Il est clair que la volonté des deux législateurs est d'assouplir les conditions d'ouverture de la procédure de conciliation afin d'inciter les chefs d'entreprise à y recourir. Toutefois si le droit français et le droit Ohada font du caractère volontaire de la procédure de conciliation un facteur pouvant participer à son efficacité, en revanche, la solution préconisée par les deux législateurs relativement au critère de la cessation des paiements n'est pas pareille. En effet alors que le droit français offre une double possibilité au débiteur dans le choix du moment de l'ouverture de la procédure, le droit Ohada ne propose qu'une seule alternative. Il apparaît à la lumière du droit français que la procédure de conciliation pourra être ouverte à la fois plus tôt et plus tard. Plus tôt parce que le débiteur peut solliciter l'ouverture d'une procédure de conciliation en présence de difficulté juridique, économique ou financière seulement prévisible ou avérée. Tardivement parce que le débiteur peut solliciter la conciliation même si la cessation des paiements survient depuis moins de quarante cinq jours⁷⁴².

384. En droit Ohada, la procédure de conciliation est exclusive de l'état de cessation des paiements. Autrement dit, contrairement au droit français, le débiteur qui se trouve en état de cessation ne peut prétendre au bénéfice de la procédure de conciliation⁷⁴³. Ainsi comme on peut le remarquer, au delà du caractère indifférent des difficultés qui peut motiver la sollicitation d'une procédure de conciliation, la solution du droit Ohada semble cohérente. En effet contrairement à la solution de droit français, la cessation des paiements permet de séparer les procédures amiables des procédures judiciaires et collectives. Cela évite les brouillages de pistes constatées en droit français⁷⁴⁴.

⁷⁴²D'après l'article L.611- 4 du code de commerce, la procédure de conciliation est ouverte aux débiteurs ... « qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante cinq jours. ».

⁷⁴³ Aux termes de l'article 5-1 du nouvel AUPCAP, « la conciliation est ouverte aux personnes visées par l'article 1-1 ci-dessus, qui connaissent des difficultés avérées ou prévisibles mais qui ne sont pas encore en état de cessation des paiements ».

⁷⁴⁴M. Rolain, « Entre contractualisation et sujétions : le brouillage des pistes dans le traitement des difficultés », LPA, 17 déc. 2014 n° 251, p. 7 ; B. Grelon, prévention et cessation des paiements, Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot, Litec, 2011, p. 425 ; M. Bayle, « L'enchaînement des procédures de prévention et de traitement de la cessation de la cessation des paiements », LPA 23 oct. 2008 ; sur les nombreuses difficultés posées par le nouveau rôle assigné à cette notion, v. la cessation des paiements et la loi de sauvegarde des entreprises, Gaz. Pal., 23 Janv. 2007 n° 23, p. 8 ; V. Martineau-Bourgninaud, « Le spectre de la cessation des paiements » art. préc. p. 1356 ; Ch. Lebel, « Etre ou ne pas être en cessation des paiements », art. préc. p. 14 ; L'imprécision de cette notion peut conduire à une déclaration tardive et constituer une faute de gestion, Cass. com., 14 nov. 2014, n° 13-23070, BJS, 01 déc. 2014 n° 12, p. 727, obs. D. Faury ; ou à une conversion en redressement judiciaire, Cass. com., 23 avr. 2013, n°012- 17189, BJS, juill. 2013 n°4, p. 220 ; ou encore l'ouverture d'une procédure préventive malgré l'état de cessation des paiements du débiteur, Cons. const., 16 janv. 2015, n° 2014-438, QPC, BJS, 01 mars 2015 n° 2, p110, note P. Rossi.

385. Mais pour le législateur français cette solution est pragmatique et s'inscrit dans la nouvelle perception du droit. La règle de droit est en effet sommée de se mettre au service de l'activité économique⁷⁴⁵. La fonction assignée aux procédures collectives tend à dédramatiser la cessation des paiements. Ainsi elle ne doit plus constituer une contrainte dans l'accès aux mesures de prévention traitement. Autrement dit, sa fonction de délimitation entre l'amiable et le judiciaire n'est plus adaptée aux réalités économiques⁷⁴⁶. C'est pourquoi elle a été supprimée par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005⁷⁴⁷ malgré les apports de l'ordonnance du 18 décembre 2008⁷⁴⁸. Cette délicate possibilité de faire de la prévention en présence d'un état de cessation des paiements⁷⁴⁹ risque cependant de créer des problèmes de coexistence entre les différentes procédures⁷⁵⁰. Le débiteur devra toutefois respecter la condition temporelle exigée par le législateur. La demande doit en effet intervenir moins de quarante cinq jours après le constat de l'état de cessation des paiements. Comme ces difficultés ont un contenu varié, elles doivent être avérées mais aussi prévisibles. Dans cette dernière hypothèse, un auteur⁷⁵¹ affirme avec pessimisme qu'il sera extrêmement difficile de prévoir de telles difficultés. Il appartiendra au président du tribunal saisi d'apprécier au cas par cas afin de donner une suite positive ou négative à la demande d'ouverture de la procédure de conciliation. Mais quoi qu'il en soit, le caractère prévisible de la difficulté cause de la demande de la procédure de conciliation suppose que certaines incidences de cette difficulté sont déjà visibles⁷⁵².

386. En revanche, la preuve des autres types de difficultés ne devrait pas être difficile à rapporter même si les différents législateurs n'apportent aucune définition à la notion de difficulté. Une difficulté économique peut résulter d'un évènement dont l'effet perturbateur ou dévastateur peut compromettre la capacité de l'entreprise à continuer durablement son activité.

⁷⁴⁵ B. Grelon, art. préc. p. 424. V. aussi sur l'interaction entre le droit et l'économie, G. Canivet, B. Deffains, M.-A Frison-Roche, « Analyse économique du droit. Quelques points d'accroche », LPA 2005. 12 ; C. Champaud, « Contribution à la définition du droit économique », D. 1967. Chr. 215.

⁷⁴⁶ Malgré, les difficultés qu'elle pose dans la mise en œuvre, D. Faury, obs. sous Cass. com., 23 avr. 2013 préc.

⁷⁴⁷ C. Saint-Alary Houin, Droit des entreprises en difficulté, op.cit. n°291; J.F. Barbièri, "Le choix des techniques de traitement des difficultés des entreprises", Rév. proc. coll. n°4, décembre 2005, p.346 et s. même si sa définition telle que prévue par le code de commerce reste toujours intangible, Daniel Tricot, "La cessation des paiements, une notion stable, Gaz.pal., 30 avril 2005, p.13; v. aussi pour la définition légale de la notion, Art.L.631-1 C.com.

⁷⁴⁸ 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 Art. L.631-1 al.1.

⁷⁴⁹ S. Piedelièvre, "La loi de sauvegarde des entreprises", JCP éd. notariale et immobilière 2005, n°39, Etude.

⁷⁵⁰ M. Bayle, art. préc.

⁷⁵¹ J.- F. Barbièri, "Le choix des techniques de traitement des difficultés des entreprises", Rév. proc. coll. n°4, décembre 2005, art. préc.

⁷⁵² F. Perochon, Entreprises en difficultés, 10è éd. LGDJ 2015, .n°115.

La difficulté juridique peut quant à elle résulter d'une série de faits tenant par exemple à une modification d'un important contrat de sous traitance ou même tenir de sa résiliation⁷⁵³.

387. Les conditions posées par l'article L.611- 4 du code de commerce ne sont pas cumulatives⁷⁵⁴. Par conséquent, la procédure de conciliation ne peut être refusée au débiteur qui sans être en état de cessation des paiements éprouve les difficultés visées par l'article L.611-11 du code de commerce. D'ailleurs, une telle exigence se comprendrait difficilement en raison du caractère contractuel de l'accord de conciliation qui peut être conclu. Ainsi la conciliation est aussi ouverte au débiteur, même sans être en état de cessation des paiements depuis moins de quarante cinq jours, mais qui rencontre l'une des difficultés visées par le texte de loi cité, de solliciter du président du tribunal compétent, la désignation d'un conciliateur. Pour finir, il faut reconnaître que la désacralisation de la fonction de la cessation des paiements par le législateur français constitue l'un, sinon le principal atout majeur qui peut susciter davantage d'attraits à la procédure de conciliation. On retrouve encore cette magnanimité du législateur au niveau du domaine d'application de la procédure.

b) L'extension du domaine d'application à une pluralité de personnes

388. L'élargissement du champ d'application à une pluralité de personnes constitue un élément supplémentaire d'attractivité et donc susceptible de rendre efficace la procédure de conciliation. En droit français, les personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale sont concernées par cette procédure. Pour cette catégorie de personnes, le juge compétent est le président du tribunal de commerce⁷⁵⁵. Il importe peu que les commerçants soient inscrits au registre du commerce⁷⁵⁶. Il suffit qu'ils exercent une activité commerciale. Par conséquent, les entrepreneurs individuels à responsabilité limitée, les sociétés commerciales, les groupements d'intérêt économique peuvent bénéficier de la procédure de conciliation. Sont également

⁷⁵³ P.- M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, 2014-2015, n°141-21, op.cit. ; C. Saint-Alary Houin, Droit des entreprises en difficulté, op.cit. n°291.

⁷⁵⁴ F. Perochon, Entreprises en difficultés, 10^e éd. op.cit.n°112.

⁷⁵⁵ Art. L.611-4 C.com.

⁷⁵⁶ P.- M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit. n°141-11.

éligibles à la procédure de conciliation, les personnes morales de droit privé ainsi que les personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante ou libérale⁷⁵⁷.

389. Prenant en compte, la nouvelle configuration socio économique de l'espace Ohada, le législateur africain a décidé également d'élargir le domaine d'application de l'acte uniforme portant procédure collective d'apurement du passif. Ainsi à l'instar de la solution retenue en droit français, les bénéficiaires de la procédure de conciliation sont sensiblement les mêmes. Ainsi d'après l'article 5-1 du nouvel AUPCAP, la conciliation est ouverte aux personnes visées par l'article 1-1 du même acte⁷⁵⁸.

390. Les différents textes ne précisent pas cependant ce qu'il faut entendre par "profession indépendante" encore moins par "professions libérales". Mais il faut englober dans cette catégorie professionnelle les sociétés civiles, les associations, les groupements d'intérêt économique à objet civil et toutes les entreprises individuelles civiles⁷⁵⁹.

391. En droit français, dans la législation antérieure le règlement amiable était inapplicable aux particuliers exerçant une activité libérale⁷⁶⁰. La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 a mis fin à cette situation en ouvrant désormais le champ d'application de la conciliation à tous les professionnels indépendants de même que l'extension des procédures collectives à leur égard⁷⁶¹. Ce choix s'explique puisque les professions libérales ont évolué et tendent désormais à une gestion entrepreneuriale. A ce titre, les entreprises libérales supportent les mêmes contraintes sociales, fiscales ou comptables que toute autre entreprise même si leur code de déontologie leur interdit la spéculation⁷⁶². Cette mutation des entreprises libérales qui s'accompagne désormais de l'exigence de rentabilité n'est pas sans conséquence. En effet, nombreuses d'entre elles s'exposant de plus en plus à des difficultés de tous ordres lesquelles nécessitent le recours aux mécanismes juridiques de détection ou de traitement des difficultés des entreprises prévues par la loi⁷⁶³.

⁷⁵⁷S. Rétif, « L'extension des procédures collectives aux professions libérales », Rev. proc. coll. 2006, n°2, p. 152 et s. ; v. aussi, J.-L. Vallens, « Le redressement judiciaire et les professions libérales », LPA, 22 juill. 1998, n° 87, p. 15 et s. ; à propos de la faillite d'un avocat, v. TGI, Metz, 16 juin 2015, n° 15/00263, note A. Portmann.

⁷⁵⁸Par application de ce texte, la conciliation « est applicable à toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole, à toute personne morale de droit privé ainsi qu'à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé ».

⁷⁵⁹C. Saint-Alary Houin, op. cit. n° 289.

⁷⁶⁰Cour d'appel Chambéry, 3 Juin 1986, Gaz. Pal., 198, I, 133, obs. J.-P. Marchi; Rev. proc. coll. 1987, p.8, n°3, obs.Y. Chaput.

⁷⁶¹S. Rétif, art. préc. n°2, p.152 et S.

⁷⁶²S. Rétif, Ibid.

⁷⁶³S. Rétif. Ibid ; v. aussi, A. Portmann, note sous TGI Metz préc.

392. De surcroît, un autre point de satisfaction remarquable contrairement à la solution posée sous l'empire du règlement amiable, c'est que la loi de sauvegarde du 26 juillet 2006 n'exige plus l'exercice d'une activité économique par la personne morale considérée⁷⁶⁴.

393. Dans l'espace Ohada, l'instauration de la procédure de conciliation constitue une innovation en ce sens qu'elle donne un moyen de prévention supplémentaire au débiteur. L'élargissement du domaine de la conciliation l'est encore davantage. Cette prise compte de l'apparition de nouveaux acteurs économiques dans la zone Ohada ne pouvait laisser le législateur indifférent. C'était d'ailleurs un souhait formulé en doctrine⁷⁶⁵. La flexibilité des législateurs français et Ohada dans le bénéfice de la procédure de conciliation constitue donc certes un point d'attractivité important. La présence du débiteur dans le choix du conciliateur représente également une mesure incitative.

c) La clarification du statut et de la mission du conciliateur

394. Le statut du conciliateur est précisé de la même manière que le mandataire ad hoc de droit français conformément à l'article L. 611-13 du code de commerce. En droit OHADA, c'est l'article 5-4 du nouvel AUPCAP qui définit le statut du conciliateur⁷⁶⁶. Pour l'essentiel, ce texte précise les conditions d'accès et les incompatibilités liées au statut du conciliateur. Pour les deux législateurs, l'indépendance du conciliateur vis-à-vis du débiteur et de ses créanciers est une garantie du succès de la procédure de conciliation. A travers ces mesures, les différents législateurs veulent éviter d'éventuels conflits d'intérêts. Ils veulent permettre ainsi une certaine neutralité vis-à-vis du débiteur et de ses créanciers. Cela évite de nommer une personne qui a déjà été prestataire de service du débiteur ou salarié de ce dernier dans la période juste antérieure à sa désignation comme conciliateur. Le principe d'interdiction de nomination posé par les deux articles cités⁷⁶⁷ est encadré en droit français et en droit Ohada

⁷⁶⁴ P.-M. Le Corre, op. cit. n°141-32.

⁷⁶⁵ E. Komba, *Prévenir les difficultés de l'entreprise*, éd. L'harmattan, 2012, p. 310 ; S. K. Evelamenou, thèse préc. n°78 ; Ph. Roussel-Galle, « 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° 9, p. 12.

⁷⁶⁶ « Aucun parent ou allié du débiteur, jusqu'au quatrième degré inclusivement, ne peut être désigné en qualité de conciliateur. Il en va de même pour tout magistrat en fonction ou ayant quitté ses fonctions depuis moins de cinq ans ».

⁷⁶⁷ Pour le droit français, l'article L. 611-13, al. 1 précise que, « Les missions de mandataire ad hoc ou de conciliateur ne peuvent 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 ». Le nouvel article 5-4 AUPCAP pose le même délai en indiquant que le conciliateur « ne doit pas avoir perçu, à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement, une rémunération ou un paiement de la part du débiteur

dans un délai temporel qui est de 24 mois. Ce principe comporte cependant une exception en droit français, elle concerne la rémunération au titre d'une mission de conciliation effectuée pour le même débiteur⁷⁶⁸. Pour des raisons déontologiques, mais aussi d'impartialité, les mêmes textes cités interdisent également au président du tribunal de nommer en qualité de conciliateur un juge consulaire déjà en fonction, ou même ayant quitté ses fonctions depuis moins de cinq ans.

395. Par ailleurs, des précisions importantes ont été apportées par les deux législateurs relativement à la mission du conciliateur. En effet, son rôle n'est plus de favoriser le fonctionnement de l'entreprise mais de favoriser la conclusion d'un accord négocié entre le dirigeant et ses principaux créanciers ou cocontractants habituels destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise⁷⁶⁹. Le conciliateur peut aussi présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi. La mission du conciliateur est brève, à cet égard, elle est enfermée contrairement de celle du mandataire ad hoc dans un délai de quatre mois qui peut être prolongé d'un mois maximum⁷⁷⁰. Il est certain que cette mission ne peut avoir des chances d'aboutir si le conciliateur ne dispose pas d'informations précises sur la situation de l'entreprise en difficulté, mais également si elle se déroule dans un cadre purement confidentiel⁷⁷¹.

396. En outre pour simplifier la tâche au débiteur, les législateurs français et Ohada n'ont pas limité les fonctions de conciliateur à une catégorie de personnes⁷⁷². Dans cette optique, la mission de conciliateur peut être exercée par tout professionnel justifiant des compétences

intéressé, de tout créancier du débiteur ou d'une personne qui en détient le contrôle ou est contrôlée par lui au cours des vingt-quatre mois précédant la décision d'ouverture ».

⁷⁶⁸ Art. L. 611-13, al.1 C. com.

⁷⁶⁹ V. Art. L. 611-7 C.com. et Art. 5-5 nouvel AUPCAP. Pour un aperçu général, sur la question en droit français, v. F.X. Lucas, « aperçu de la réforme du droit des entreprises en difficultés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », Bull. Jol. Soc., nov. 2005, p. 1184.

⁷⁷⁰ Art. L. 611- 6 al.2 C.com., et Art. 5- 3 nouvel AUPCAP.

⁷⁷¹ D'après l'article L.611-15 du code de commerce, « toute personne qui est appelé à la procédure de conciliation ou qui, par ses fonctions, en a connaissance, est tenue à la confidentialité ». Cette obligation de confidentialité incombe en premier lieu au conciliateur qui a la lourde charge de conduire les négociations en vue de la signature de l'accord, elle pèse aussi sur toutes les autres parties participant aux négociations qui devront faire des efforts respectifs pour garantir cette confidentialité. Dans le même sens, l'article 5-1 du nouvel AUPCAP affirme que « toute personne qui a connaissance de la conciliation est tenue à la confidentialité ».

⁷⁷² Aux termes de l'article 4-1 du nouvel AUPCAP, « nul ne peut être désigné en qualité d'expert au règlement préventif ou de syndic dans une procédure de règlement préventif, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens s'il n'est inscrit sur la liste nationale des mandataires judiciaires. ». La conciliation n'est pas visée par ce texte, en conséquence, la fonction de conciliateur peut être exercée par toute personne du choix du débiteur. V. art. 5-2 nouvel AUPCAP qui évoque la possibilité du choix du conciliateur par le débiteur. De la même manière, l'article L. 611-6 C. com souligne que « le débiteur peut proposer le nom d'un conciliateur ». La solution du droit français est ainsi reconduite en droit Ohada.

dans le domaine. Cela facilite la tâche du débiteur puisqu'il pourra choisir parmi plusieurs personnes. Dans la pratique les conciliateurs sont des mandataires judiciaires, des administrateurs judiciaires ou des juges consulaires honoraires. Désormais, il peut s'agir d'avocats, d'expert comptable, huissier, de professeurs d'université spécialiste dans la matière ect... Malgré le risque de responsabilité qu'il peut encourir dans l'exercice de sa mission, le conciliateur peut être nommé sans avoir à justifier d'une obligation d'assurance⁷⁷³. Cette solution peut bien se comprendre puisqu'à la différence des administrateurs judiciaires par exemple, le conciliateur ne gère pas l'entreprise⁷⁷⁴. Ce dernier ne joue qu'un rôle de négociateur et non de gestionnaire. Par conséquent, il ne doit pas s'immiscer dans la gestion de l'entreprise⁷⁷⁵.

397. Contrairement au droit Ohada, la mission du conciliateur est beaucoup plus importante en droit français. En effet partant du constat que 90% des procédures collectives françaises aboutissent à une liquidation judiciaire, le législateur a procédé à une diversification des outils mis à la disposition des praticiens. A ce titre, depuis la réforme du 12 mars 2014 il est désormais possible pour le débiteur de confier au conciliateur « une mission ayant pour objet l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise ». Plus concrètement, il s'agit pour le conciliateur de négocier pendant la procédure de conciliation une cession des actifs du débiteur puis de finaliser l'opération en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire. Le texte de l'article L. 642-2 du code de commerce demeure toutefois sibylline sur les conditions de cession des actifs. Il donne seulement la possibilité au tribunal, après avoir requis l'avis du ministère public, de tenir compte des démarches effectuées par le conciliateur afin de déterminer les modalités de cession des actifs du débiteur. Il appartient sans doute à la pratique de peaufiner les conditions de cette nouvelle technique de sauvetage des entreprises⁷⁷⁶.

398. Avec cette nouvelle possibilité offerte au débiteur, le dispositif du droit français de la prévention s'enrichi davantage. En revanche, on peut légitimement se demander sur la finalité de ce nouvel instrument de sauvetage. S'agit-il d'une technique de prévention de la cessation

⁷⁷³ P. - M. Le Corre, op.cit.n° 141-51.

⁷⁷⁴ P. - M. Le Corre, op.cit.n° 141-51.

⁷⁷⁵ C.Saint-Alary-Houin, Art. préc.

⁷⁷⁶ L. Assaya, J. Day, M. Petitjean, " Réforme du droit des entreprises en difficulté: l'ordonnance du 12 mars 2014", LPA, 18 avril 2014 n° 78, p. 6.

des paiements ? Autrement dit, le recours à cette opération du pré-pack pour la cession d'actifs⁷⁷⁷ s'inscrit-il dans la logique de la procédure de conciliation ?

399. Cette question pourrait avoir un début de réponse en droit Ohada. Dans cet ordre juridique, la cession d'actifs constitue une modalité de continuation de l'entreprise⁷⁷⁸, c'est-à-dire à la fois comme une mesure de redressement et une modalité de liquidation de l'entreprise commerciale. Cette approche du législateur africain n'est pas fondamentalement éloignée de celle du législateur français. En effet, le texte de loi cité indique clairement que le mécanisme de la cession est négocié en conciliation et est par la suite finalisée en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire. Cela signifie que le prepack cession n'a pas vocation à être appliquée en conciliation, mais plutôt en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire. Or on peut parfaitement penser que parce qu'il prend sa source dans la procédure de conciliation, cette mesure⁷⁷⁹ est destinée à la prévention de la cessation des paiements.

L'affirmation doit toutefois être relativisée. La cession d'actifs telle que prévue par l'ordonnance du 14 mars 2014 s'inscrit plutôt dans une double perspective de traitement judiciaire de la cessation de paiement à travers soit le redressement judiciaire si le sauvetage de l'entreprise est toujours possible, soit à travers la liquidation judiciaire de l'entreprise s'il est manifestement impossible de sauver l'entreprise. Par conséquent, le nouveau mécanisme juridique ne pourra pas lutter contre la règle selon laquelle en droit français, 90% des procédures collectives aboutissent à une liquidation judiciaire⁷⁸⁰. De ce point de vue, l'optimisme suscité par ce nouvel instrument de lutte contre les défaillances d'entreprise doit conduire à plus de modération⁷⁸¹. La cession d'actifs de droit français, contrairement au droit africain est donc une mesure inadaptée à la prévention de la cessation des paiements

⁷⁷⁷ Le pré-pack cession est une technique de sauvetage très répandue dans les pays d'origine anglo-saxonne. Le législateur français a décidé d'en faire l'expérimentation à travers la procédure de conciliation. C'est aussi la preuve de l'engagement du droit français à offrir aux chefs d'entreprise les outils de sauvetage les plus efficaces dans la lutte contre la cessation des paiements. V. L. Assaya, J. Day, M. Petitjean, art. préc.

⁷⁷⁸ L'article 7, AUPCAP, fait obligation au débiteur de 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.

⁷⁷⁹ Le mécanisme de la cession d'actifs n'est pas clairement précisé en droit français. Il est possible de se demander si cette cession d'actifs concerne tous les biens du débiteur ou seulement les biens nécessaires au redressement de l'entreprise. Autrement dit, le texte de l'article L. 642-2 du code de commerce ne précise pas non plus s'il s'agit d'une cession partielle ou d'une cession totale des actifs de l'entreprise. En droit Ohada, la cession d'actif peut être partielle ou totale mais elle doit être autonome afin d'éviter que le plan de cession ne soit en réalité, qu'une liquidation déguisée de l'ensemble des actifs de l'entreprise. V. S. Kokou Evelamenou, thèse de doctorat, préc. n° 501.

⁷⁸⁰ L. Assaya, J. Day, M. Petitjean, « Réforme du droit des entreprises en difficulté... », art. préc. n° 78, p. 6.

⁷⁸¹ M. F. Sawadogo, obs. sous art. 131, AUPC, Ohada, Traité et Actes uniformes, commentés, 3è. éd.

puisqu'elle est censée s'appliquer qu'en cas de procédures collectives. Elle traduit la parenté entre la conciliation et les procédures collectives⁷⁸². En outre, dans le règlement préventif, l'alignement du régime des offres de cession sur celui du redressement judiciaire amène à adopter une attitude plus mesurée⁷⁸³.

400. Il faut toutefois observer que le mécanisme de la cession d'actifs s'applique différemment dans les deux ordres juridiques. Alors qu'en français elle se déroule dans une phase contractuelle qui lui sert de cadre, elle ne sera finalisée et produira ses effets qu'en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire. En revanche en droit Ohada, le mécanisme doit se réaliser au cours du règlement préventif. Autrement dit, la cession des actifs qu'elle soit partielle ou totale doit être destinée à compléter le concordat préventif⁷⁸⁴.

d) La possibilité de choisir entre deux formes d'accord

401. La recherche d'une plus grande sécurisation de l'accord peut conduire le débiteur à opter pour l'une des formes de l'accord. Ainsi, afin de répondre à cet objectif, l'accord recherché doit être sécurisé. Sans cette assurance, il sera difficile de parvenir à la conclusion de l'accord. Les deux législateurs ne diffèrent pas dans le choix de la modalité la plus apte à sécuriser l'accord et donc la plus incitative. Ainsi, les deux ordres juridiques offre une double possibilité aux parties à l'accord : l'accord constaté et l'accord homologué ou exequaturé.

402. L'accord constaté est respectivement prévu par les articles L. 611-8-I du code de commerce et 5-10 du nouvel AUPCAP. Toutefois les deux systèmes juridiques diffèrent quant au choix de l'autorité compétente pour constater l'accord. En effet alors que le droit français retient la compétence du président du tribunal, la nouvelle réforme de l'acte uniforme portant procédure collectives d'apurement du passif attribue cette compétence au notaire. Selon le texte de l'article L. 611-8-I cité, le président du tribunal est « saisi sur la requête conjointe des parties ». Il en résulte que la saisine n'est pas limitée à la seule volonté du débiteur. Cela constitue l'une des particularités de l'accord constaté de droit français. C'est l'association des créanciers signataires dans la saisine du président du tribunal. C'est une

⁷⁸² B. Thullier, « La conciliation après l'ordonnance du 12 mars 2014, jamais sans pareille, mais toujours plus proche des procédures collectives », BJE, 01 mai 2014 n° 3, p. 174.

⁷⁸³ S. Kokou Evelamenou, thèse de doctorat, préc. n° 505.

⁷⁸⁴ S. Kokou Evelamenou, thèse de doctorat, préc. p. 245.

conséquence du caractère contractuel de l'accord. L'accord constaté constitue dans ces conditions une bonne solution en termes de résolution des difficultés de l'entreprise car il ne fait l'objet d'aucun contrôle judiciaire. Comme il est l'expression de la volonté des signataires, son exécution ne devrait pas poser de problèmes majeurs. Cette solution n'est pas différente de celle que prévoit le droit Ohada car malgré l'imprécision de l'article 5-10 cité, la possibilité d'une saisine conjointe aux fins de constater l'accord demeure possible⁷⁸⁵. Cela est la conséquence des dispositions de l'article 5-2 du même acte uniforme⁷⁸⁶.

403. Toutefois comme le relève un auteur⁷⁸⁷, la saisine conjointe du président du tribunal risque de poser quelques difficultés notamment, lorsque les créanciers sont nombreux. Mais une fois le choix de la voie de la constatation faite, les créanciers signataires s'engagent à renoncer au bénéfice du régime de l'homologation. En effet, il n'est pas possible de cumuler les deux types d'accord du moins le texte ne le dit pas. En revanche, le président du tribunal ne constatera l'accord que si le débiteur atteste qu'il ne trouvait pas en état de cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord, ou que l'accord y met fin. C'est donc au vu de l'attestation que le président du tribunal valide l'accord et lui donne une force exécutoire. Le texte laisse cependant planer une suspicion légitime quant à la sincérité de l'attestation produite par le débiteur car le président ne doit faire qu'un contrôle purement formel. Il ne lui est pas possible d'en examiner le contenu à moins qu'il n'ait en la matière une compétence liée⁷⁸⁸.

404. Dans ces conditions, sans expressément remettre en cause la bonne foi du débiteur lors du dépôt de son attestation au greffe⁷⁸⁹, il est permis d'observer que les risques d'utilisation frauduleuse de la procédure de conciliation ne sont pas à proscrire dans ce contexte. Il en va ainsi notamment lorsque le caractère fortement mensonger de l'attestation met en évidence l'état de cessation des paiements du débiteur⁷⁹⁰. Le président devrait alors, en de telles

⁷⁸⁵ V. art. 5-2 AUPCAP qui autorise la saisine conjointe.

⁷⁸⁶ Pour rappel, ce texte autorise le débiteur à introduire sa requête de conciliation soit individuellement soit conjointement avec un ou plusieurs créanciers.

⁷⁸⁷ Ph. Roussel Galle, LPA, 12 juill. 2006, n°138, p.10.

⁷⁸⁸ M.-C. Habauzit-Detilleux et P. Michaud, « La procédure de conciliation applicable à l'avocat en difficulté dans la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 », Gaz. Pal., 28 janv. 2006 n°28, p.2; Ph. Roussel Galle, « Prévention, dynamique de l'anticipation: le mandat ad hoc et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005 », 12 juil. 2006, n°138, p.10; Ch. Thévenot, « Mandat ad hoc et conciliation: de nouveaux outils pour une meilleure prévention », LPA, 17 fév. 2006 n°35, p.14; A. Lienhard, code commenté 2009, p.27; Y. Chaput, JCP G 2005, act. 428, p.1432, cet auteur relève qu'il s'agit d'une « homologation visa ».

⁷⁸⁹ La prudence étant la mère de toutes les sûretés dit l'adage

⁷⁹⁰ F. Perochon, Entreprises en difficulté, L.G.D.J. op. cit. n° 180, p. 98.

circonstances, refuser la constatation de l'accord⁷⁹¹. De toute façon, cette déclaration engagera seulement le débiteur et toute fausse déclaration est susceptible d'être sanctionnée sur la base des délits prévus par le code de commerce ou le code pénal⁷⁹². Même si une telle hypothèse paraît mineure voire isolée, il serait tout de même souhaitable d'inviter le président du tribunal saisi, d'observer la plus grande vigilance lors de la présentation de l'attestation du débiteur. Par ailleurs, les textes de l'article L.611-8 du code de commerce et 5-10 du nouvel AUPCAP ajoutent que le président du tribunal constate l'accord et lui donne force exécutoire. Autrement dit, il ne sera plus nécessaire d'obtenir un titre exécutoire pour son exécution⁷⁹³, la seule copie estampillée de la formule exécutoire prévue à l'article R.611-39 du code de commerce est suffisant à exiger du débiteur ou des créanciers signataires de l'accord son exécution.

405. En droit Ohada, l'accord signé est déposé au rang des minutes d'un notaire. Cela signifie comme en droit français que le simple constat de l'accord par l'officier ministériel est suffisant à donner une force exécutoire à l'accord. En vertu de ce caractère exécutoire, l'inexécution par l'une des parties donnerait droit à l'autre partie en vertu de la règle de l'exception d'inexécution, de refuser d'accomplir sa prestation prévue dans l'accord tant que l'autre n'aura pas exécuté la sienne. Le constat de l'accord par le président du tribunal ou par le notaire n'en renforce pas pour autant l'efficacité entre les parties. Il revient donc aux parties de régler certains points en insérant des clauses prévoyant par exemple la résolution de l'accord, sa caducité faute de constat par le président du tribunal. Par exemple, cela peut passer par l'insertion d'une condition suspensive⁷⁹⁴.

406. En outre d'une manière générale, c'est la confidentialité⁷⁹⁵ qui conduit le débiteur et ses principaux créanciers à choisir cette forme juridique d'accord, En effet, selon l'article L.611-8 du code de commerce, la « décision constatant l'accord n'est pas soumise à publication ». L'article 5-10 précise davantage en disposant que « La décision d'homologation ou d'exéquatur ne fait l'objet d'aucune publicité et ne reprend pas le contenu de l'accord qui reste confidentiel ». Cette solution nouvelle qui existe déjà en droit français peut contribuer à renforcer l'efficacité du dispositif de prévention Ohada. En effet, le caractère strictement confidentiel de l'accord revêt une importance capitale parce qu'il ne

⁷⁹¹ F. Perochon, op. cit. n° 180.

⁷⁹² M.-C. Habauzit-Detilleux et P. Michaud art. préc. n°28.

⁷⁹³ Ph. Roussel Galle, « Prévention, dynamique de l'anticipation: le mandat ad hoc et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005 », art. préc.

⁷⁹⁴ F. Perochon, op. cit., n°167.

⁷⁹⁵ M.-C. Habauzit-Detilleux et P. Michaud, art. préc. n°28 ; F. Perochon, op. cit., n° 168.

compromet pas le crédit du débiteur et ne révèle pas aux tiers les efforts consentis par les créanciers⁷⁹⁶. De surcroît, il n'est pas susceptible de recours⁷⁹⁷ ce qui en renforce davantage son attractivité et explique que la plupart des accords soient des accords simplement constatés⁷⁹⁸. Cet attrait pour cette forme d'accord a conduit le législateur à la faveur de l'ordonnance du 18 décembre 2008 à renforcer davantage ses effets en clarifiant une question qui dominait jusque là la doctrine⁷⁹⁹.

En effet, la question était de savoir si les cautions pouvaient bénéficier de l'accord amiable simplement constaté? La question méritait d'autant plus d'être posée car le législateur du 26 juillet 2005 s'était contenté seulement de dire que « les coobligés et les personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord homologué » sans préciser s'il en serait de même dans l'hypothèse d'un accord simplement constaté. Autrement dit les effets de l'accord dans sa forme judiciaire bénéficieraient aux garants, cela excluait dans le silence des textes le bénéfice de l'accord constaté aux garants.

407. La doctrine⁸⁰⁰ s'était saisie de la question dans son ensemble et par application du droit commun du cautionnement, elle était parvenu à trancher le débat mais seulement à l'égard des cautions⁸⁰¹. Elle fait remarquer que ces dernières pouvaient bénéficier de l'accord simplement constaté et qu'à l'inverse les garants autonomes ne pouvaient s'en prévaloir. La question était donc loin d'être réglée. Le sort des garants en présence d'un accord simplement constaté se posait toujours avec justesse. Il fallait donc réagir car en toile de fond l'enjeu est l'attractivité voire l'efficacité de la conciliation qu'il fallait renforcer ou affaiblir. Afin de favoriser la conciliation et d'inciter les dirigeants des personnes morales très souvent cautions de celles-là à rechercher un accord avec leurs créanciers, le nouvel article L.611-10-2 du code de commerce issu de l'ordonnance du 18 décembre 2008 étend les effets de l'accord aux

⁷⁹⁶ C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, L.G.D.J. 9^e éd. n°320.

⁷⁹⁷ Art. 5-10, nouvel AUPCAP et Art. L. 611-3 C. com.

⁷⁹⁸ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n°320.

⁷⁹⁹ Le mandat ad hoc et la conciliation: l'efficacité renforcée? 1^{ère} table ronde, LPA, 21 septembre 2006, n°189, p. 11.

⁸⁰⁰ C. Saint-Alary-Houin et F. Marcorig-Venier, « Les créanciers dans l'ordonnance 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.*2009. 65 ; M.-H. Monsérié-Bon, « Entreprises en difficulté – Mandat ad hoc et conciliation », *D.* 2012, n° 110 et s.

⁸⁰¹ Cette solution est une confirmation de la position déjà adoptée par la cour de cassation dans le cadre du règlement amiable. En effet, pour les cautions, la jurisprudence dans un arrêt remarqué du 5 mai 2004 que les remises et les délais accordés par les créanciers au débiteur dans le cadre du règlement amiable ayant une nature contractuelle, la caution pouvait s'en prévaloir, *Cass. com.*, 5 mai 2004, *D.* 2004, *AJ* 1594, obs. A. Lienhard ; *RTD com.* 2004. 590, obs. Marcorig-Venier ; *Act. proc. coll.* 2004, n° 132, obs. J. Vallansan.

garants⁸⁰². Le problème semble désormais résolue puisque les garants pourront bénéficier de l'accord quelque soit sa forme. Plus concrètement, que l'accord soit constaté ou homologué, le garant pourra aussi jouir d'une remise ou d'un délai de paiement⁸⁰³.

Comme le fait remarquer un auteur⁸⁰⁴, une telle mesure contribue fortement à renforcer l'attractivité de la conciliation. Ainsi les dirigeants qui sont garants de la société dirigée peuvent bénéficier d'un traitement bien favorable. Ce traitement est différent de celui qui prévaut dans les procédures de redressement ou de liquidation judiciaires⁸⁰⁵. Le domaine du bénéfice de cette mesure de faveur est extrêmement important. La généralité de la règle posée par l'article L. 611-10-2 du code de commerce invite à considérer que la mesure concerne toutes les formes de garanties réelles y compris la fiducie-sûreté mais également les sûretés personnelles telles que prévues par l'article 2287-1 du code civil le cautionnement qu'il soit simple ou solidaire la garantie autonome la lettre d'intention⁸⁰⁶. Elle vise enfin tous les coobligés, les cautions et les garants autonomes personnes physiques ou morales⁸⁰⁷. La solution a été reprise en droit Ohada à la faveur de la dernière réforme⁸⁰⁸. Dès lors, la généralisation des dispositions du texte de loi cité amène à considérer que cette disposition s'applique en présence des deux types d'accord, notarié ou homologué.

408. En droit français, un auteur⁸⁰⁹ suggère même que certaines sûretés non spécifiquement visées par le texte devraient être concernées par la règle. Il en ira ainsi de la délégation imparfaite⁸¹⁰ en vertu de laquelle le délégué promet de fournir une prestation à un délégataire lorsqu'elle remplace un cautionnement ou une garantie autonome et ne libère pas le délégant. Cette réactualisation de la protection des garants dans les procédures amiables de prévention des difficultés n'est pas surprenante. Le législateur de l'ordonnance du 12 décembre 2008 a pu

⁸⁰² « Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir de l'accord constaté ou homologué ». Dans le même sens, l'article 5-12 du nouvel AUPCAP, dispose que « Les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie et les coobligés peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord ».

⁸⁰³ F. Perochon, *Entreprises en difficultés*, op. cit., n°181.

⁸⁰⁴ R. Galle, *Réforme du droit des entreprises en difficulté*, Litec, 2^e éd. op.cit. n°249.

⁸⁰⁵ Selon l'article, L.631-20 C.com, par dérogation, aux dispositions de l'article L.626-11, les coobligés et les personnes ayant consenti « une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan ».

⁸⁰⁶ C. Saint-Alary-Houin, op. cit. n° 318; F. Perochon, op. cit. n°182.

⁸⁰⁷ M.-H. Monsiérié-Bon, art. préc.n° 125 et n° 135.

⁸⁰⁸ L'article 5-12 al. 2 du nouvel AUPCAP précise que « les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garanti et les coobligés peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord »

⁸⁰⁹ F. Perochon, n°182, op.cit..

⁸¹⁰ Art. 1275 C. civ. v. aussi, M. Billau, *La délégation de créance. Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations* L.G.D.J, 1989 ; J. François, *Les opérations triangulaires attributives (stipulation pour autrui et délégation de créance, Thèse Paris II, 1994 ; M. Mignot, « De la difficile qualification de la délégation : Rev.Lamy dr. civ. nov. 2005, p. 62 et s.*

être influencé ou a dû simplement tenir compte de la position jurisprudentielle antérieure⁸¹¹. Quoiqu'il en soit, cette solution ne peut que contribuer à renforcer l'efficacité de la procédure de conciliation.

409. Contrairement à l'accord constaté, l'accord homologué est peu prisé en pratique, en raison de sa coloration judiciaire et de son manque de confidentialité⁸¹². Pourtant à l'instar du droit français, cette forme de l'accord a été également choisie par le législateur africain⁸¹³. On peut bien se demander pourquoi un tel choix? En effet, c'est la recherche d'une sécurité juridique qui incite les dirigeants à recourir à l'accord dans sa forme homologuée⁸¹⁴. Dans ces conditions les divergences d'approche dans le choix de la forme de l'accord risquent de compromettre la signature de l'accord et donc le règlement des difficultés de l'entreprise. Mais le plus souvent les créanciers vont exercer une pression naturelle sur le débiteur parce qu'ils auront accordé des nouveaux crédits dans le cadre de l'accord et parce qu'ils veulent bénéficier du privilège des nouveaux crédits⁸¹⁵. Le régime de cet accord est beaucoup précis en droit français qu'en droit Ohada. Par exemple les conditions d'homologation ne sont pas précisées.

410. La décision d'homologation ne peut être prise que si certaines conditions sont réunies. D'abord, en la forme et contrairement à l'accord constaté, l'homologation relève de la compétence exclusive du tribunal et l'initiative de la saisine appartient au débiteur et elle ne peut être faite que par lui seul. Cette liberté doit être cependant relativisée puisque bien souvent l'homologation sera une condition exigée par les créanciers pour accorder des délais ou remises et surtout des apports nouveaux. Ensuite, dans le fond, les articles L. 611- 8- II du code de commerce mentionne trois conditions qui seront soumises à l'appréciation du tribunal qui devra en vérifier le contenu avant de statuer⁸¹⁶.

⁸¹¹ La cour de cassation avait jugé que la caution d'une entreprise en difficulté pouvait se prévaloir des délais et remises accordés à celle-ci lors d'une procédure de règlement amiable, Cass. com., 5 mai 2004 préc., Bull. civ. IV, n°84, p. 87; RTD civ. 2004, p. 534, obs. P. Crocq; D. 2004, p. 1594 et s., obs. A. Lienhard; F. Marcorig-Venier, obs. in RTD com. 2004, p. 590; Act. pr. coll. 2004, n° 132, obs. J. Vallansan.

⁸¹² Ph. Roussel Galle, « Prévention, dynamique de l'anticipation : le mandat ad hoc et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005 », LPA, 12 juillet, n° 138, p. 10.

⁸¹³ Selon l'article, 5-10 du nouvel AUPCAP, « l'accord signé peut être homologué ou exécuté par la juridiction ou l'autorité compétente statuant à huis clos ; l'homologation ou l'exécution est de droit et ne peut être refusé que si l'accord est contraire à l'ordre public.. »

⁸¹⁴ Table ronde op.cit. LPA;21 septembre 2006; F. Perochon, op. cit., n°193.

⁸¹⁵ Table ronde. préc. LPA 21 septembre 2006.

⁸¹⁶ V. Marcorig-Venier, obs. sous, com., 22 mai 2013, n° 12-18. 509, RTD com. 2013. 803.

411. La première condition est que « le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements ou que l'accord conclu y met fin ; la deuxième condition que le tribunal devra s'atteler à vérifier, est celle relative à l'effet décisif de l'accord sur le maintien en activité de l'entreprise autrement dit si « les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise ». Cette condition n'interdit cependant pas au débiteur de faire homologuer un accord amiable qui organise sa cessation d'activité par voie de cession⁸¹⁷. Enfin, la dernière condition doit s'assurer de la protection des intérêts des créanciers du débiteur. Plus précisément, le tribunal doit veiller à ce que « l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires, sans préjudice de l'application qui peut être faite des articles 1244-1 à 1244-3 du code civil ».

On remarquera que le rôle du tribunal dans l'appréciation des conditions fixées par la loi est extrêmement important. Il devra en effet s'assurer que toutes les trois conditions requises sont réunies, il procédera donc à une vérification précise et sérieuse du contenu de l'accord, ce qui n'est pas le cas en matière d'accord constaté car le juge ne dispose dans ce cas, d'aucun pouvoir de vérification de l'attestation de déclaration du débiteur. Il ne s'agit plus d'un simple visa mais d'une appréciation objective sur le contenu. Le tribunal ne devrait donc pas admettre que le débiteur n'est pas, ou n'est plus, en cessation des paiements au seul vu d'une déclaration de ce dernier⁸¹⁸.

412. C'est pourquoi le tribunal aura intérêt comme le prévoit d'ailleurs le texte de l'article L.611-9 du code de commerce, à se faire aider avant de statuer. Il doit en effet, entendre ou appeler en chambre du conseil le débiteur, les créanciers parties à l'accord, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel, le conciliateur, le ministère public ou toute autre personne dont l'audition est utile à la vérification de la situation du débiteur⁸¹⁹. Une fois que les conditions pour l'homologation de l'accord sont réunies logiquement, le tribunal doit valider la demande. Il en résulte donc que conformément à l'article L. 611-8, II du même code l'homologation serait de droit⁸²⁰ dès lors que les conditions ci dessus exigées sont réunies. Mais cette approche doit être prise avec beaucoup de réserve

⁸¹⁷ F. Perochon, op.cit.

⁸¹⁸ Roussel Galle, "Prévention, dynamique de l'anticipation: le mandat ad hoc et la conciliation après le décret du 28 décembre 2008", LPA, 12 juillet, op. cit.

⁸¹⁹ V., Article L.611-9, al. 2 du code de commerce ; Roussel Galle, "Prévention, dynamique de l'anticipation: le mandat ad hoc et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005", LPA, 12 juillet, op. cit.

⁸²⁰ F. Perochon, *Entreprise en difficulté*, 10^è éd. op.cit. p. 109, n° 202.

puisque le tribunal se réservera toujours le droit d'une appréciation méticuleuse de ces conditions avant de statuer⁸²¹.

413. En revanche, dès lors qu'il estime ces conditions réunies et après analyse, il devrait faire droit à la requête du débiteur et homologuer l'accord. Le jugement qui prononce l'homologation de l'accord est ainsi déposé au greffe où tout intéressé peut en prendre connaissance et fait l'objet d'une mesure de publicité⁸²². Il est communiqué au ministère public, mais aussi au commissaire aux comptes du débiteur lorsqu'il se trouve ci se trouve être un professionnel libéral et soumis à cet titre au contrôle légal de ses comptes⁸²³. La publicité de l'accord homologué n'est pas sans conséquence, elle implique nécessairement une atteinte à la règle de confidentialité qui constitue pourtant l'un des attraits significatifs à la réussite de la conciliation.

414. Cette perte de confidentialité, d'ailleurs relative, est la contrepartie inévitable de la mise en place du privilège de la conciliation et la protection des créanciers au regard de la période suspecte en cas d'ouverture une procédure collective ultérieure. Aussi, il ne pouvait en être autrement, la recherche de la sécurité juridique à travers un accord qui comporte autant de perturbations des droits des tiers devait avoir forcément un prix à payer, en l'occurrence la publication⁸²⁴. En effet, cette sécurité juridique qui restreint les droits des tiers, privés par la suite du droit de demander l'annulation d'actes contraires à leur intérêt, ne peut être obtenue sans une mesure de publicité, ouvre le droit à l'exercice des voies de recours⁸²⁵. Autant dire que l'homologation est un mal nécessaire pour inciter les parties à adhérer à la conciliation. L'accord demeure sécurisé, il ne peut être communiqué qu'aux parties et aux personnes qui peuvent s'en prévaloir, c'est à dire les garants du débiteur⁸²⁶. De ce point de vue, l'accord ne perd pas toute sa confidentialité ce qui devrait encourager les créanciers à choisir la forme de l'homologation

⁸²¹Pour une approche plus pessimiste de l'homologation judiciaire de l'accord de conciliation, v. V. Martineau-Bourgninaud, *Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises*, D. 2005. 1356, n° 10. Cet auteur fait remarquer que l'homologation présente une certaine fragilité puisqu'il peut être remis en cause par la voie de la tierce opposition.

⁸²² Art. L. 611-10, al. 2 c. com.

⁸²³ Art. L. 611-10, al. 2 c. com.

⁸²⁴ F. Perochon, *op. cit.* n° 204.

⁸²⁵ Roussel Galle, "Prévention, dynamique de l'anticipation: le mandat ad hoc et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005", LPA, 12 juillet, art. préc.

⁸²⁶ Art. L. 611-10-2 du code de commerce.

2- La mesure particulière de droit français : le bénéfice de la levée de plein droit de l'interdiction d'émettre des chèques

415. Exceptés les effets communs aux deux types d'accord que sont la suspension des poursuites des signataires de l'accord⁸²⁷ et le bénéfice de l'accord pour les garants du débiteur⁸²⁸, l'effet spécifique à l'égard du débiteur est prévu par L. 611- 10-2 du code de commerce. Selon cette disposition, « l'accord homologué entraîne la levée de plein droit de toute interdiction d'émettre des chèques conformément à l'article L. 131-73 du code monétaire et financier, mise en œuvre à l'occasion du rejet d'un chèque émis avant l'ouverture de la procédure de conciliation ». L'article R. 611- 45 du code de commerce indique les modalités dans lesquelles intervient cette levée d'interdiction d'émettre les chèques.

416. D'après ce texte, le débiteur justifie de la levée de l'interdiction d'émettre des chèques auprès de l'établissement de crédit qui est à l'origine de cette mesure par la remise d'une copie du jugement homologuant l'accord à laquelle il joint un relevé des incidents de paiement. A partir de là, l'établissement qui était à l'origine de l'interdiction informe la Banque de France de la levée de cette interdiction aux fins de régularisation.

417. Le droit Ohada ne connaît pas cette solution. La réforme de l'acte uniforme aurait pu régler la question. En l'absence de toute précision légale, on peut affirmer que pendant la phase d'exécution de l'accord le débiteur ne fait pas l'objet comme en droit français d'une mesure d'interdiction d'émettre des chèques. Cela permet donc au débiteur de continuer la gestion normale de son entreprise.

418. Ainsi les nombreux intérêts attachés à l'accord de conciliation contribuent comme le souhaite un auteur à renforcer fortement « l'attractivité de la conciliation homologuée »⁸²⁹ mais aussi à consolider l'ensemble des sûretés prises avant et après l'accord car les créanciers ont des raisons légitimes de craindre la règle de la nullité des actes de la période suspecte. Malgré cela, les statistiques montrent que l'accord de conciliation dans sa version homologuée est peu demandé⁸³⁰.

⁸²⁷ Art. L. 611-10-1 C. com.; Art. 5- 12. al. 1 nouvel AUPCAP

⁸²⁸ Art. L. 611-10-2 C. com ; Art. 5-10. Al. 2 nouvel AUPCAP

⁸²⁹ R. Drammann, La situation des banques titulaires de sûretés..., BD sept. 2005, n° 103, p. 24.

⁸³⁰ 20 % des accords signés, information donnée par le professeur C. Saint – Alary – Houin, in *Entreprise en difficultés*, 7è éd. op. cit. n°329.

419. Au final, il faut indiquer que la nouvelle rédaction issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, a créé un organe de surveillance. Il s'agit du mandataire à l'exécution de l'accord⁸³¹ dont la mission se rapproche de celle du commissaire à l'exécution du plan en cas d'ouverture d'une procédure collective. La création de cet organe chargé de surveiller le débiteur pendant l'exécution de l'accord suscite déjà des interrogations de la part de certains auteurs⁸³².

420. La critique porte essentiellement sur l'utilité de cet organe de surveillance. En effet curieusement la fin de la mission n'a pas pour effet de mettre fin à l'exécution de l'accord tout comme la possibilité reconnue au débiteur de mettre fin à la mission de surveillance sans autre précision sur les raisons d'une telle prérogative. En tout état de cause, la critique paraît fondée dans la mesure où le sort du mandataire à l'exécution dépend en partie du débiteur puisque ce dernier peut mettre fin à ses fonctions. La procédure de conciliation est volontaire dans son essence. Dès lors s'il faut désormais une surveillance du débiteur pour qu'il porte son entreprise vers une situation financière stable, ce serait remettre en cause sa bonne foi.

421. De surcroît, la présence de cet organe ne fera accroître le risque de judiciarisation de la procédure. Ce sera la preuve d'un retour de l'interventionnisme judiciaire dans des procédures que le législateur veut pourtant amiable⁸³³. Par ailleurs force est de constater que le débiteur n'est pas associé à la nomination de ce commissaire à l'exécution du plan. Ce dernier lui sera en quelque sorte imposé. La création de cet organe ne fera qu'aggraver la situation financière de l'entreprise puisque la mission du mandataire a un coût. Or c'est parce qu'il éprouve une situation financière difficile qu'il sollicite l'aide de la justice à travers la conciliation. Le recours à la conciliation freinera à ce rythme pas mal de débiteurs. En effet il est possible qu'après une analyse de leur situation, leurs capacités financières ne leur permettent pas de recourir à la prévention. C'est dire que malgré les mesures incitatives prévues pour convaincre les chefs de s'approprier la technique de la conciliation, il existe encore de nombreuses lacunes qui risquent de compromettre son efficacité.

⁸³¹ Pour une présentation générale de la réforme, voir F.-X. Lucas, art. préc. ; Th. Montéran, art. préc. ; S. Gorrias, L'ordonnance du 12 mars 2014 et les modifications intéressant la nomination des organes de la procédure, Gaz. Pal., 08 avril 2014 n° 98, p. 39.

⁸³² P. - M. Le Corre, Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté, Recueil Dalloz, 2014 p.73.

⁸³³ Y. Chassagnon, L'intervention judiciaire dans les entreprises en difficulté, Tec et Doc, 2è éd.1986, p. 41.

B- Les mesures incitatives en faveur des créanciers

422. Dans l'ensemble, ces mesures sont communes aux deux systèmes juridiques (1). Le droit français s'en distingue cependant avec une mesure incitative particulière (2).

1- Les mesures communes

423. Le droit français et le droit Ohada ne prévoient pas les mêmes mesures incitatives en faveur des créanciers. Alors que certaines mesures leur sont communes (1), d'autres sont spécifiques au droit français (2). Ainsi le droit français contrairement au droit Ohada comporte plus de mesures incitatives. Cela confère à la procédure de conciliation de droit français une plus grande attractivité

a) Le bénéfice du privilège de conciliation

424. L'institution des mesures incitatives à la conclusion d'un accord de conciliation traduit incontestablement la volonté des législateurs français et Ohada de pérenniser l'activité de l'entreprise. Cela montre également que la prévention de la cessation des paiements revêt un aspect financier important. Il faut récompenser le risque que va prendre les partenaires de l'entreprise par l'instauration de mesures attractives fortes⁸³⁴. Parmi toutes les mesures prévues, le privilège de conciliation constitue l'incitation la plus importante de l'ensemble du dispositif institué dans les deux législations.

425. Le privilège de la conciliation, dit aussi de l'argent frais⁸³⁵ ou parfois par référence au droit américain privilège de « new money »⁸³⁶ est un droit de priorité de paiement institué par le législateur afin d'inciter les créanciers à financer la restructuration de l'entreprise en difficulté. Le privilège de l'argent frais est la garantie du risque pris par les créanciers

⁸³⁴En plus de ces mesures, le droit français a institué des passerelles, ce sont des moyens de pression qui sont à la disposition du débiteur à travers lesquelles, il peut contraindre les créanciers récalcitrants dans le cadre des deux procédures de sauvegarde accélérée à s'aligner sur l'accord contre leur volonté.

⁸³⁵ A. Lienhard, Procédures collectives, 6^e éd. Delmas 2014, n° 22.41, p. 67.

⁸³⁶ même si certains auteurs refusent l'appellation anglo-saxon par pure nationalisme, v. en ce sens, P.M. Le Corre, " Le privilège de conciliation", Gaz.Pal., sept. 2005, n° 251, p.50.

lorsqu'ils acceptent d'apporter leur soutien à l'entreprise en difficulté⁸³⁷. Absent dans la législation du règlement amiable et dans l'ancien acte uniforme du 10 avril 1998 portant procédure collective d'apurement du passif, cette mesure incitative a été introduite en droit français par la loi du 26 juillet 2005 et ensuite modifiée par l'ordonnance du 18 décembre 2008. En droit Ohada, il est prévu par le nouvel acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif⁸³⁸.

426. D'apparition plus récente en droit africain, le privilège de conciliation est énoncé dans les mêmes termes qu'en droit français. L'article 5-11 nouvel AUPCAP qui est consacré à cette mesure incitative⁸³⁹ reprend presque à l'identique les dispositions de l'article L.611-11 du code de commerce français. En conséquence, le privilège de conciliation est énoncé pratiquement dans les mêmes termes dans les deux ordres juridiques. En outre la finalité assignée à ce privilège est sensiblement la même. En effet, selon les termes des deux articles cités, le privilège de conciliation doit tendre à assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité.

427. De ce point de vue, il n'y a aucune différence véritable entre les solutions prévues par le droit français et celles issues du droit Ohada. Quelque soit l'ordre juridique considéré, le privilège de la conciliation selon les termes du professeur Stéphane Piedelièvre⁸⁴⁰ est une incitation financière directe ou une prime à la conciliation. Il encourage les créanciers à maintenir leur confiance au débiteur et à persister dans leurs relations contractuelles⁸⁴¹. Il concerne les nouveaux concours effectués par les créanciers du débiteur postérieurement à l'ouverture de la procédure de conciliation. En outre, il se présente sous la forme d'apports en

⁸³⁷ Ce soutien ne doit pas être abusif au risque d'être sanctionné. Pour une étude approfondie sur le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Guy Auguste Likillimba, Litec, 2^e éd. 2006.

⁸³⁸ Ce nouvel acte uniforme a été adopté le 10 septembre 2015 à Grand Bassam (Côte d'Ivoire). Il s'est fortement inspiré du droit français. La plupart des innovations apportées existent déjà en français. La procédure de conciliation est reconduite sur le modèle français. Dès lors, les solutions et les critiques faites en droit français seront forcément présentes en droit OHADA. En raison de cette parenté législative, certains développements privilégieront les textes de droit français. Les renvois seront faits pour montrer les similitudes avec le droit OHADA.

⁸³⁹ D'après ce texte de loi, « Les personnes qui avaient consenti dans l'accord un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité sont payés au titre du privilège selon les rangs prévus par les articles 166 et 167 ci-dessous. Les personnes qui fournissent un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité bénéficient du même privilège pour le prix de ce bien ou de ce service ».

⁸⁴⁰ S. Piedelièvre, « La loi de sauvegarde des entreprises », JCP éd. Notariale et immobilière, n°40, oct.2005, Etude.

⁸⁴¹ C.Saint-Alary-Houin, « Les privilèges de la procédure », art. préc. ,n°119, p.70.

trésorerie ou de fourniture de biens et services⁸⁴² et s'explique semble t-il, selon les termes du conseil constitutionnel français⁸⁴³ dans un souci de protection de l'intérêt général en l'occurrence l'entreprise. Il a été institué afin de récompenser la prise de risque des nouveaux fournisseurs de crédit, qui ont accepté d'accompagner le débiteur alors qu'il se trouve en état de cessation des paiements, et qui, par ce seul fait, se trouveraient dans une situation différente de celle des créanciers qui se limitent simplement à accorder des remises de dettes déjà constituées avant l'ouverture de la procédure.

428. Les conditions d'octroi du privilège ainsi que son domaine sont quasiment similaires en droit français et en droit Ohada. La lecture rapprochée des articles L.611-11 du code de commerce et 5-11 alinéas 5 du nouvel AUPCAP indique une condition fondamentale pour bénéficiaire du privilège. Ces deux textes exigent un accord homologué. En effet, les créanciers privés du débiteur ne peuvent bénéficier du privilège de la conciliation que s'ils obtiennent l'homologation de l'accord. Il appartient au débiteur d'en faire la demande au près du tribunal. Le tribunal homologue l'accord si les conditions posées l'article L.611-8 du code de commerce et de l'article 5-11 du nouvel AUPCAP sont réunis. D'abord, le débiteur ne doit pas être en état de cessation des paiements ou s'il l'est, l'accord conclu doit y mettre fin, ensuite les termes de l'accord doivent être de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise et enfin l'accord ne doit pas porter atteinte aux intérêts des créanciers non signataires, sans préjudice de l'application qui peut être faite des articles 1244-1 à 1244-3 du code civil français et de l'article 5-11 nouvel AUPCAP cité.

429. D'une manière générale, l'homologation sera une condition de la participation des créanciers à l'effort de restructuration financière de l'entreprise car sans l'homologation, le bénéficiaire du privilège ne pourra pas leur être octroyé. Il s'en suit que, bien souvent, le débiteur se voit contraint par ses créanciers qui font de l'homologation une condition de leur assistance financière. Quoi qu'il en soit, le jugement d'homologation doit être déposé au greffe où tout intéressé peut en prendre connaissance, il fait l'objet d'une mesure de publicité⁸⁴⁴. Ainsi, la garantie financière issue du privilège de la conciliation ne sera accordée aux créanciers que si l'accord de conciliation est homologué par le tribunal saisi par le débiteur. Mais la publicité ne concerne que le jugement d'homologation et non l'accord qui demeure confidentiel. Un auteur

⁸⁴² C'est le même contenu en droit français qu'en droit Ohada, v. art. L. 611-11 C. com et art. 5-11 du nouvel AUPCAP.

⁸⁴³ Cons. const. déc. n°2005-522, DC, 22 juill. 2005, LPA 04 août. 2005, p.14; LPA 17 févr.2006, p.58, chr. Reygrobelet.

⁸⁴⁴ Art. 5-10 nouvel AUPCAP et art. L. 611-11 C.com.

⁸⁴⁵ approuve cette publicité du jugement car « elle s'inscrit parfaitement dans la lignée des législations modernes pourchassant les privilèges occultes ». En effet, la recherche de solutions aux difficultés des entreprises ne doit pas en dépit des sacrifices demandés aux créanciers être le lieu d'arrangement et de montages farfelus qui ne feraient qu'aggraver la situation déjà détestable de l'entreprise.

430. C'est pourquoi la transparence et la clarté doivent venir tous les privilèges de conciliation conclus entre le débiteur et les créanciers car il ne serait pas normal que des créanciers postérieurs à l'accord de conciliation soient trompés sur l'efficacité de la sûreté qu'ils prendraient pour garantir leur concours⁸⁴⁶. Comment par exemple un créancier hypothécaire de premier rang peut-il connaître l'existence d'un accord de conciliation antérieur liant son débiteur s'il n'est pas publié? L'ignorance de cet accord peut fragiliser ses chances d'être payé dans les répartitions hypothécaires d'une liquidation judiciaire en raison de la position de faveur du privilège de conciliation⁸⁴⁷.

431. En effet, en droit français, contrairement à la solution qui existait jusqu'à présent, la réforme issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 sur la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives est venue élargir le domaine du privilège de l'argent afin de renforcer l'attractivité de la conciliation⁸⁴⁸. La solution nouvelle est que le privilège de la conciliation peut désormais s'appliquer directement ou indirectement aux créanciers signataires de l'accord au titre de leurs concours antérieurs à la conclusion de l'accord de conciliation⁸⁴⁹. Il s'ensuit qu'indépendamment du moment de la prestation fournie au débiteur, que celle-ci s'inscrive dans l'accord homologué⁸⁵⁰ ou en dehors de celui-ci c'est à dire au stade de la procédure de conciliation⁸⁵¹ qui a donné lieu à l'accord homologué, l'auteur de la dite prestation pourra bénéficier du privilège de la conciliation.

432. La nouvelle rédaction de l'article L.611.11 du code de commerce est heureuse car prise à la lettre dans sa version d'avant l'ordonnance du 12 mars 2014, ce texte excluait du privilège

⁸⁴⁵ P.M. Le Corre, « Les privilèges de procédure », art. préc. n° 251, p.50.

⁸⁴⁶ P.M. Le Corre, art. cit. n° 251.

⁸⁴⁷ P.M. Le Corre, op. cit. n°251,

⁸⁴⁸ P-M. Le Corre, « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté »; Réforme du droit des entreprises en difficulté: à la recherche de solutions négociées, sources: JO 14 mars 2014, p.5249.

⁸⁴⁹ Art.611-11al.3 c.com.

⁸⁵⁰ Ancienne version

⁸⁵¹ Nouvelle version

de la conciliation les apports de trésorerie consentis avant la conclusion de l'accord⁸⁵². La solution nouvelle englobe le cas de l'apport en trésorerie ou de la fourniture en cours de négociation. Cette solution n'est pas différente de celle adoptée par le législateur africain puisque l'article 5-11 alinéa 1 vise « les personnes qui avaient consenti dans l'accord un nouvel apport ». L'utilisation de l'imparfait « qui avaient » et non « qui ont » montre bien que le privilège de la conciliation est également applicable aux créanciers signataires de l'accord au titre de leur concours antérieurs à la conclusion de l'accord de conciliation. La solution nouvelle ne sera toutefois possible que si l'accord est par la suite homologué. L'homologation demeure donc une condition nécessaire, autrement dit, si la prestation fournie n'est pas par la suite entérinée dans un accord homologué, le créancier qui a fourni cette prestation ne saurait bénéficier de la garantie malgré la preuve rapportée⁸⁵³.

433. En ce qui concerne le domaine du privilège de conciliation, les textes de l'article L.611-11 du code de commerce et de l'article 5-11 du nouvel AUPCAP exigent l'accomplissement de certaines prestations. Ils précisent ensuite que ces prestations soient nouvelles. Pour bénéficier du privilège de la conciliation, les créanciers du débiteur doivent accomplir une série de prestations. D'abord sont visés les créanciers qui ont consenti un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité. Le texte ne précise cependant pas le domaine de la notion d'apports en trésorerie". Mais il ne fait aucun doute que ce texte s'applique en priorité aux établissements de crédit mais également aux sociétés pratiquant l'affacturage⁸⁵⁴. Il en serait de même du fonds de garantie des dépôts aux établissements de crédit institué pour prévenir les difficultés du secteur bancaire⁸⁵⁵.

434. Mais il n'est nullement affirmé dans les textes que seuls les établissements de crédit puissent bénéficier du privilège de conciliation. Cette imprécision conduit à se demander si les différents textes cités peuvent s'appliquer aux associés qui acceptent d'allouer des avances en compte courant s'appliquer aux associés qui consentiraient des avances en compte courant. La réponse apportée par les législateurs français et africains est identique. En effet, l'alinéa 2 de l'article L.611-11 du code de commerce⁸⁵⁶ et l'article 5-11 alinéas 3 du nouvel AUPCAP

⁸⁵² F.-X. Lucas, « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et les procédures collectives, Bull. Joly entreprises en difficultés », 01 mars 2014 n°2, p.111.

⁸⁵³ P.M. Le Corre, art. préc. n°251.

⁸⁵⁴ P.M. Le Corre, « Les privilèges de procédure », art. préc. n°251.

⁸⁵⁵ Art. L.312-5,II du code monétaire et financier.

⁸⁵⁶ Pour le droit français, le texte du code de commerce précise que « cette opération ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital » ; pour

précisent que le privilège de conciliation ne saurait s'appliquer aux opérations visant une augmentation de capital social du débiteur. La position des deux législateurs peut se comprendre car les actionnaires sont considérés comme les propriétaires de la société, leur vocation première est d'apporter en cas de difficulté des fonds nécessaires pour redresser la situation de l'entreprise⁸⁵⁷. Elle demeure toutefois discutable car les différents textes cités n'évoquent pas l'avance en compte courant mais sa finalité.

435. Dès lors il faut se référer à la finalité de l'avance en compte courant faite pour décider si l'associé peut ou non bénéficier du privilège de conciliation. Ainsi, si l'apport ne constitue pas une augmentation de capital, l'associé bénéficie de la disposition. Il faut donc distinguer deux cas de figure⁸⁵⁸. Dans le premier cas, l'actionnaire qui apporte de l'argent frais en compte courant bénéficiera du privilège car l'explication est que dans ce cas ils revêtent la qualité de créanciers et non celle d'associés. Dans le second cas, si l'actionnaire qui se contente uniquement de participer à une augmentation classique de capital, il ne pourra prétendre au bénéfice du privilège.

436. Ensuite, dans un souci d'égalité entre les créanciers, le législateur a étendu le bénéfice du privilège de la conciliation aux fournisseurs du débiteur. L'article 611-11 du code de commerce et l'article 5-11 du nouvel AUPCAP prévoient que les fournisseurs du débiteur en bien ou en service peuvent également bénéficier du privilège de conciliation⁸⁵⁹. Il résulte de cette disposition que c'est la finalité du service ou du bien apporté qui déclenchera le bénéfice du privilège. Ainsi, tous les fournisseurs peuvent être concernés dès lors que la fourniture de biens ou de services a un lien avec la poursuite de l'activité de l'entreprise.

437. Il faut toutefois relever la limitation du domaine du privilège de la conciliation aux seules d'hypothèses d'apports en trésorerie ou la fourniture d'un bien ou service en vue d'assurer la continuité de l'entreprise est un trompe œil et peut conduire à des conclusions et interprétations hâtives. En effet, dès lors qu'il est établi que l'apport en trésorerie consenti au

le droit Ohada, le nouvel AUPCAP souligne que « cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis dans le cadre d'une augmentation du capital social du débiteur ».

⁸⁵⁷ S. Bachlouch, La prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises en droit comparé franco-marocain, thèse de doctorat, université Paris-Est Créteil 2012, p. 282.

⁸⁵⁸ P.M. Le Corre, art. préc, n°251 ; F. Perochon, Entreprises en difficulté, 10^e éd. op.cit.n°216.

⁸⁵⁹ Pour ce qui est du droit français, l'article L. 611-11 affirme que « dans les mêmes conditions, 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, sont payés pour le prix de ce bien ou de ce service, par privilège ». En droit Ohada, la nouvelle rédaction de l'article 5-11 souligne que « les personnes qui fournissent un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité bénéficient du même privilège selon les rangs prévus par les articles 166 et 167 » du même acte uniforme.

débiteur ou le bien fourni au débiteur est en corrélation avec l'exploitation, il est évident qu'il assurera à la fois la poursuite d'activité et sa pérennité. Mais le caractère professionnel de l'apport ou du bien ou service fourni s'avère être déterminant. C'est pourquoi, certains concours financiers sont exclus du domaine du privilège en raison de leur caractère extraprofessionnel. C'est notamment le cas du crédit à la consommation, du crédit immobilier d'habitation et du contrat de location avec option d'achat consenti au débiteur⁸⁶⁰. Le législateur vise expressément une variété de prestation en rapport avec la continuité de l'entreprise. En outre, elles doivent obéir à un facteur temporel, et doivent intervenir à un moment précis des difficultés rencontrées par l'entreprise.

438. Le privilège de la conciliation constitue selon un auteur⁸⁶¹ une « puissante garantie de remboursement des créanciers bénéficiaires » c'est la « quasi-certitude d'être payé » après les créances « insurpassables »⁸⁶² que sont les créances salariales superprivilegiées et les frais de justice postérieurs. Mais les créanciers signataires de l'accord ne peuvent bénéficier de la garantie au titre de leurs concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation⁸⁶³. Autrement dit, le privilège de la conciliation ne joue qu'après l'ouverture de la procédure de conciliation. Elle ne doit donc pas être accordée à des créanciers pour garantir des concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation. Les législateurs fidèles à leur démarche d'incitation à la prévention des difficultés ne visent que les créanciers méritants, c'est à dire ceux qui malgré l'état de cessation des paiements du débiteur prennent le risque de lui apporter leur concours afin de l'aider à rebondir de nouveau⁸⁶⁴. A ce titre, le refinancement ou le recyclage des dettes, de même que de simples délais de paiement accordés par un créancier antérieur à l'ouverture de la procédure de conciliation, n'autorisera pas le jeu du privilège⁸⁶⁵. Le critère de postériorité permet donc d'exclure de la course du privilège de la conciliation les créanciers apporteurs en trésorerie ou les fournisseurs en bien ou service antérieurement à l'ouverture de la conciliation. L'objectif visé ici est d'éviter qu'un créancier antérieur puisse obtenir le remboursement d'une dette antérieure dans des conditions plus onéreuses⁸⁶⁶

⁸⁶⁰ P.-M. Le Corre, « les privilèges de procédure », art. préc. n°251.

⁸⁶¹ F. Perochon, op.cit.n°212.

⁸⁶² L'expression est du professeur Pérochon, v. « Argent frais, controverse entre Pérochon et Xavier Lucas », art. préc.

⁸⁶³ Solution idem en droit Ohada, v. art. 5-11 alinéas, 4.

⁸⁶⁴ P.M. Le Corre, Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises, Recueil Dalloz septembre 2005, doctrine.

⁸⁶⁵ P. - M. Le Corre, “ Le privilège de conciliation”, Gaz.pal. sept. 2005, n°251, art préc.

⁸⁶⁶ A. Lienhard, procédures collectives : prévention et conciliation, sauvegarde, sauvegarde accélérée, redressement judiciaire, liquidation judiciaire, sanctions, procédure, Editions Delmas, 5è éd., n° 22, p. 58.

439. Pourtant dans certaines situations ce critère peut être difficile d'application. Par exemple, la question se pose de savoir si l'augmentation du montant du découvert après le jugement d'ouverture ou l'utilisation de la ligne de crédit après l'ouverture de la conciliation peuvent être couverte par la garantie. Selon un 'auteur cité⁸⁶⁷ il n'y a pas de doute possible sur la question car il s'agirait en l'espèce d'un apport nouveau en trésorerie. Par conséquent, l'émetteur de cet argent frais devrait pouvoir bénéficier du privilège de la conciliation en cas d'ouverture d'une procédure collective ou d'échec de la procédure de conciliation⁸⁶⁸. Mais la solution doit être nuancée. En effet, seule la fraction utilisée après le jugement d'ouverture doit être considérée comme une créance postérieure et à ce titre, être éligible au privilège de la conciliation⁸⁶⁹.

440. D'une manière générale, l'intérêt pour les créanciers bénéficiaires de ce privilège réside au moment de l'ouverture d'une procédure collective, ces derniers n'ont pas à craindre pour leur rang puisqu'ils bénéficient d'une place privilégiée dans la hiérarchie des privilèges de procédure⁸⁷⁰. Plus concrètement, en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, le rang de leur créance bénéficiera d'un traitement de faveur puisque elles devront être payées avant les créances nées avant l'ouverture de la procédure collective mais encore celles nées pendant la période d'observation qui suit l'ouverture de la procédure de sauvegarde ou du redressement judiciaire⁸⁷¹. Pour cela, les créanciers titulaires du privilège de conciliation devront déclarer leurs créances dans la procédure collective subséquente avec mention de ce privilège sous peine de ne pas pouvoir l'opposer, en application de l'article L.622-25 du code de commerce.

441. Au final, l'appréciation de l'efficacité du privilège de conciliation postule de sa véritable nature d'une part et l'autre de son rang par rapport aux autres privilèges de procédure. La question se pose de savoir si le privilège de la conciliation énoncé par l'article L.611-11 du code de commerce et l'article 5-11 du nouvel AUPCAP est un privilège véritable. Selon l'article 2324 du code civil « Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires ». Le privilège est donc un droit rattaché à la qualité de la créance qui confère au titulaire de la créance une préférence de paiement par rapport aux autres créanciers de la procédure en

⁸⁶⁷ P.- M. Le Corre, Les privilèges de procédure, art. préc. n°251.

⁸⁶⁸ A. Lienhard, Sauvegarde des entreprises en difficulté, Delmas, 1ère éd. p.52; Art. L.611.11 C.com.

⁸⁶⁹ P.- M, Le Corre, Les privilèges de procédure, art. préc. n° 251.

⁸⁷⁰ C. Saint-Alary-Houin, art. préc. n°119, p.70.

⁸⁷¹ Art. L.622-17 C.com.

présence. Il en résulte que la nature du droit de priorité institué par l'article L.611-11 du code de commerce et par les articles 166 et 167 de l'acte uniforme est sans équivoque. Il s'agit incontestablement d'un privilège, mieux d'un privilège général à l'instar des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire dans lesquels le droit de priorité est également reconnu comme un véritable privilège⁸⁷².

442. Comme c'est un privilège général, le privilège institué instauré par le code de commerce et l'acte uniforme doit donc avoir vocation à jouer sur l'ensemble des biens meubles et immeubles du débiteur. Cette déduction reposerait sur l'article 2376 du code civil relatif aux privilèges généraux. D'après ce texte " lorsqu'à défaut de mobilier, les créanciers privilégiés énoncés en l'article précédent (les titulaires de privilèges généraux sur les immeubles) se présentent pour être payés sur le prix d'un immeuble en concurrence avec les autres créanciers privilégiés sur l'immeuble, ils priment ces derniers et exercent leurs droits dans l'ordre indiqué audit article". Cette disposition pose un principe de subsidiarité sur les immeubles pour les créanciers titulaires de privilèges généraux. Par application de ce principe, les créanciers titulaires de privilèges généraux seront payés en priorité sur les meubles et, si les actifs mobiliers sont insuffisants, sur le prix de vente des immeubles⁸⁷³. Le principe de subsidiarité permet ainsi de régler le conflit pouvant exister entre un créancier inscrit sur un immeuble et un créancier titulaire d'un privilège général.

443. Concrètement, en cas de conflits de privilèges, le privilège de conciliation, après les créances insurpassables⁸⁷⁴ devra être payé sur les masses mobilières. C'est lorsque ces dernières seront insuffisantes à assurer le désintéressement des titulaires de privilèges généraux que les actifs immobiliers serviront à régler la différence manquante ou la totalité de la créance. Le privilège de la conciliation est incontestablement un privilège à l'instar des autres privilèges de procédures, plus précisément des privilèges des procédures judiciaires. Mais à la différence de ces derniers, il occupe un superbe rang ce qui lui assure une primauté par rapport à ceux là. En effet, l'instauration du privilège de la conciliation par la loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises a été particulièrement défavorable pour les créanciers titulaires des privilèges issus des procédures judiciaires. Et pour preuve, selon l'article L.611-11 du code de commerce, en cas d'ouverture d'une procédure collective de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, les créanciers titulaires du

⁸⁷² P.- M. Le Corre, art. préc., n°251; F. Perochon, op.cit.n°212.

⁸⁷³ P.- M. Le Corre, Art. préc. n°251; F. Perochon, op.cit.n°212.

⁸⁷⁴ F. Perochon, Entreprises en difficulté, 10^e éd. op.cit.n°212.

privilège de l'argent frais sont payés avant les autres créanciers c'est à dire ceux des procédures judiciaires à l'exclusion des créances salariales et celles des frais de justice. Ces derniers en sont sortis affaiblis, maltraités et rétrogradés à un échelon inférieur au profit du privilège de la conciliation.

Cela s'est traduit par la réduction de leur domaine en sauvegarde, en redressement judiciaire et en liquidation⁸⁷⁵. Il faut donc admettre que le privilège de la conciliation occupe un rang très favorable en cas d'ouverture d'une procédure collective ultérieure. Ce classement privilégié est précisé par les textes du code de commerce et la solution dégagée dans les différentes procédures judiciaires confirme cette primauté du privilège de la conciliation sur les autres privilèges de procédure excepté celles des créances salariales et des frais de justice.

444. En ce qui concerne la procédure de sauvegarde, l'article L.622-17 du code de commerce précise le rang du privilège de la conciliation⁸⁷⁶. Il faut donc convenir qu'en sauvegarde que les créanciers bénéficiaires du privilège de la conciliation ne sont primés que par d'une part, par le superprivilège des salaires, d'autre part, par les créanciers bénéficiaires du privilège des frais de justice. Ce traitement de faveur ainsi prévue pour la procédure de sauvegarde est aussi applicable à la procédure de redressement judiciaire par renvoi à l'article à L.631-14-I du code de commerce⁸⁷⁷

445. Enfin, s'agissant de la procédure de liquidation judiciaire la règle du paiement des créances à l'échéance est aussi consacrée⁸⁷⁸. Le rang du privilège de la conciliation est donc le même dans les procédures judiciaires prévues par le code de commerce.

446. La solution préconisée par le droit français est différente de ce qui est prévue en droit Ohada. La position des créanciers titulaires du privilège de la conciliation est encore meilleure

⁸⁷⁵ C. Saint-Alary-Houin, "Les privilèges de procédure", LPA, art. préc.

⁸⁷⁶ Ce texte dispose que si « Les créances visées au I de l'article L.622-17 du même code ne sont pas payés à l'échéance, celles ci sont payées par privilège avant toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception de celles garanties par le privilège établi aux articles L.143-11, L.143-11, L.742-6 et L.751-15 du code de travail, des frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure et de celles garanties par le privilège établi par l'article L. 611-11 du présent code »

⁸⁷⁷ Selon le texte cité « Les articles L.622-2 à L. 622-9 et L.622-13 à L.622-33 sont applicables à la procédure de redressement judiciaire ».

⁸⁷⁸ Art. L. 641-13-I C.com., mais l'article L.641-13-II du même code précise « lorsqu'elles ne sont elles ne sont pas payées à l'échéance, les créances visées à l'alinéa I du présent article, sont payées par privilège avant toutes les autres créances à l'exception de celles qui sont garanties par le privilège établi aux articles L. 143-10, des frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure, de celles qui sont garanties par le privilège établi par l'article L.611-11 du présent code et de celles qui sont garanties par des sûretés immobilières ou par des sûretés mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention ou constituées en application du chapitre V du titre II du livre V... »

qu'en droit français. Ces derniers occupent le premier rang selon l'ordre établi par les articles 166⁸⁷⁹ et 167⁸⁸⁰ du nouvel AUPCAP. En conséquence, ils surclassent les créanciers de salaire et les frais de justice. Cela n'est pas le cas en droit français.

447. Cette position de faveur n'est cependant pas sans conséquence sur les autres créanciers dont le sort est désormais laissé au bon vouloir du débiteur qui a un choix libre entre la voie contractuelle et la voie judiciaire ou qui peut demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde après celle de la conciliation⁸⁸¹. La loi du 26 juillet 2005 contrairement au nouvel acte uniforme, consacre ainsi la primauté des créances garanties par le privilège de la conciliation sur les créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure judiciaire. Sont ainsi encouragés les créanciers qui font crédit à l'entreprise dans l'accord de conciliation homologué. Ceux de la période d'observation le sont beaucoup moins. Ces derniers sont obligés de déclarer leur créance afin d'être identifiés et faire ainsi reconnaître leur droit car le risque étant pour eux d'être oubliés par le mandataire judiciaire dans le traitement du passif⁸⁸².

448. La loi complique donc singulièrement la situation des créanciers postérieurs à l'ouverture des procédures judiciaires par l'instauration de cette nouvelle catégorie de créanciers privilégiés. Les autres créanciers de la procédure judiciaire sont contraints de revêtir la posture de non privilégiés sous réserve de déclarer leur créance⁸⁸³, les créanciers antérieurs à la procédure antérieure subissent aussi la présence des créanciers du privilège de la conciliation, puisque ces derniers passent avant l'ensemble des créanciers antérieurs, que leurs créances soient antérieures à la procédure de conciliation, ou soient nées dans l'intervalle séparant l'homologation de l'accord de l'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation⁸⁸⁴. Il en résulte un affaiblissement de la situation des

⁸⁷⁹ « Les derniers provenant de la réalisation des immeubles sont distribués dans l'ordre suivant : 1) aux créanciers bénéficiant du privilège prévu par les articles 5-11, 11-1 et 33-1 ci-dessus ; 2) aux créanciers des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution elle-même du prix ; 3) aux créanciers de salaires super privilégiés en proportion de la valeur de l'immeuble par rapport à l'ensemble de l'actif ; ect »

⁸⁸⁰ « Les derniers provenant de la réalisation des immeubles sont distribués dans l'ordre suivant : 1) aux créanciers bénéficiant du privilège prévu par les articles 5-11, 11-1 et 33-1 ci-dessus ; 2) aux créanciers des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution elle-même du prix ; 3) aux créanciers de frais engagés pour la conservation du bien du débiteur dans l'intérêt du créancier dont les titres sont antérieurs en date ; 4) aux créanciers de salaires super privilégiés en proportion de la valeur de l'immeuble par rapport à l'ensemble de l'actif ; ...ect ».

⁸⁸¹ C. Saint-Alary-Houin, Art. préc.

⁸⁸² J. Vallassans, « le créancier oublié », RJ com. 2000, p. 50.

⁸⁸³ Art. L. 622-24 alinéa 5 du code de commerce.

⁸⁸⁴ C. Saint-Alary-Houin, « Le privilège des procédures » LPA, art. préc..

créanciers qui contractent avec le débiteur pendant la procédure de sauvegarde ou après cessation des paiements⁸⁸⁵. Ce nouveau traitement qui leur est fait par la volonté du législateur d'anticipation des difficultés, certaines catégories juridiques en sortiront forcément éprouvées, notamment le principe d'égalité entre les créanciers⁸⁸⁶. Il ne s'agit là d'un autre débat qui pourra être repris ultérieurement.

b) La vérification de la situation réelle du débiteur candidat à la conciliation

449. Même si la procédure de conciliation est en principe ouverte à tous les débiteurs, en revanche, ils ne seront pas tous éligibles après examen de leur dossier par le président du tribunal. En effet, la décision d'ouverture de la conciliation n'est pas automatique car le président du tribunal doit au préalable vérifier les informations fournies par le débiteur afin d'éviter que la conciliation ne soit utilisée comme un mode de gestion. Ainsi la situation financière, économique, et sociale du débiteur fera l'objet d'une analyse sérieuse de la part du président du tribunal saisi. Certains documents seront également exigés⁸⁸⁷ et ils varient en fonction de la qualité du débiteur⁸⁸⁸. Sous réserve de certaines particularités, ces documents sont presque les mêmes dans les deux ordres juridiques. C'est ainsi que le débiteur devra produire un extrait d'immatriculation au registre du commerce s'il est commerçant, au répertoire des métiers s'il est artisan. Dans les tous autres cas, il faudra qu'il produise un numéro d'identification. Si le débiteur est en état de cessation de paiement, la date de cet état de situation devra être jointe dans la requête du débiteur.

450. En revanche, si le débiteur appartient à un ordre professionnel libéral, le président du tribunal devra s'assurer qu'il relève bien de cet ordre. De surcroît, le débiteur devra attester sur l'honneur n'avoir pas fait l'objet d'une procédure de conciliation dans les trois mois précédant la date de la demande d'ouverture de la conciliation et ceci en application de l'article R. 611-22 du code de commerce.

⁸⁸⁵ C. Saint-Alary-Houin, « Le privilège des procédures » LPA, art. préc.

⁸⁸⁶ G. Nassim « Le traitement différencié des créanciers dans la loi de sauvegarde », LPA, 19 déc. 2014 n° 253, p. 4 ; D. Boustani, Les créanciers postérieurs d'une procédure collective, thèse de doctorat, Université de Toulouse, 2013, p. 186 et s. ; M. Sénéchal et G. Couturier, « Créanciers antérieurs, l'égalité a-t-elle vécu ? », BJE, 01 sept. 2012, n° 5, p. 328.

⁸⁸⁷ Art. R.611-22 C.com. et art. 5-2 nouvel AUPCAP.

⁸⁸⁸ P.-M. Le Corre, op. cit. n°141-32.

451. En droit Ohada, le débiteur doit certifier qu'au moment de l'introduction de sa requête, il ne trouve pas soumis à une des trois procédures collectives prévues par l'acte uniforme⁸⁸⁹. Dans tous les cas, si le président du tribunal n'est pas convaincu des informations reçues, il peut obtenir communication sur une série d'informations provenant des agents d'alerte, des organismes sociaux et des établissements bancaires ou financiers, de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise. Le secret bancaire n'est donc pas incompatible avec la conciliation. L'accès à l'information bancaire est ainsi facilité et évite de masquer certaines informations pourtant nécessaires au président du tribunal. Il faut noter à ce niveau qu'il existe un traitement différencié par rapport aux procédures d'alerte. La doctrine explique ce décalage par le fait que les techniques d'alerte s'interrogent sur l'existence des difficultés alors que la procédure de conciliation va au-delà de la simple détection, et a vocation à résoudre les difficultés, ce qui exige des informations plus exhaustives⁸⁹⁰.

452. Dans la pratique, les conseils du débiteur procèdent en amont de la saisine à une vérification du dossier et des conditions d'éligibilité à la procédure de conciliation. Mais outre ces questions de forme, le chef d'entreprise s'engage bien souvent à la conciliation pour deux raisons: soit parce qu'il a dorénavant sollicité et obtenu l'aide financière des pouvoirs publics, ce qui pèse dans bien des cas dans la recevabilité du dossier, soit il est pressé dans ce sens par certains créanciers qui ont intérêt à la survie de l'entreprise.

2- La protection des créanciers contre les actes passés pendant la période suspecte en droit français

453. Comme nous l'avons évoqué dans nos précédents développements, l'accord homologué est un gage de sécurité pour les créanciers. Non seulement c'est la condition exigée pour bénéficier du privilège de la conciliation mais encore et surtout, il permet à ces derniers de se mettre à l'abri de toute mauvaise foi du débiteur par l'éviction des nullités de la période suspecte. En effet, le principe de la nullité des actes de la période suspecte aurait pu constituer un obstacle à l'attractivité de la conciliation si le législateur n'était pas intervenu pour assouplir la règle afin de favoriser le recours à la conciliation.

⁸⁸⁹ Il s'agit du règlement préventif, du redressement judiciaire, de la liquidation des biens.

⁸⁹⁰ P.-M. Le Corre, op. cit. n°141-41.

454. La période suspecte est celle qui part de la cessation des paiements jusqu'à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. Elle est inconcevable en l'absence de cessation des paiements du débiteur. Pendant cette période, certains actes accomplis par le débiteur doivent en principe être annulés car ils sont supposés avoir été réalisés dans des conditions douteuses ou suspectes d'où le nom période suspecte. Le débiteur qui est en état de cessation des paiements mais qui ne l'a pas déclaré alors qu'il est tenu réalise un certain nombre d'actes pour diverses raisons⁸⁹¹. Ces actes peuvent présenter un risque certain de financement de la conciliation et plus précisément pour les créanciers qui ont accepté malgré les difficultés de l'entreprise d'apporter leur aide au débiteur. Le risque est donc avéré puisque l'ouverture d'une procédure collective de redressement ou de liquidation judiciaires du débiteur implique nécessairement la fixation de la date de cessation des paiements.

455. Or la détermination de cette date suppose que le tribunal remonte dans le temps afin de déterminer la période suspecte qui autorise l'annulation d'un certain nombre d'actes faits pendant cette période. Pour éviter que les actes accomplis par le débiteur pendant la conciliation ne tombent sous le coup de cette période, l'article L. 631-8 du code de commerce énonce désormais que « sauf cas de fraude, la date de la cessation des paiements ne peut être reportée à une date antérieure à la décision définitive ayant homologué un accord amiable... » Autrement dit, en cas d'échec de la procédure de conciliation la période suspecte ne peut débuter avant l'homologation de l'accord et les garanties souscrites dans le cadre de cet accord ne peuvent être remises en cause⁸⁹². L'abondance jurisprudence en la matière n'a pas permis de régler le problème de la sécurité juridique des créanciers. Bien souvent ces derniers après avoir consenti des efforts se laissaient prendre au piège par le jeu des nullités de la période suspecte⁸⁹³. L'enjeu du problème a conduit le législateur de 2005 à adopter une solution nouvelle. Désormais, le tribunal ne pourra pas en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire reporter la cessation des paiements à une date antérieure à la conclusion de l'accord afin d'annuler l'acte passé en période suspecte⁸⁹⁴.

⁸⁹¹ F. Perochon, op. cit. n°1283.

⁸⁹² A. Jacquemont, op. cit. n°114, p. 70, op. cit.

⁸⁹³ Cass. Com., 5 mai 2004, D. 2004, jur., p. 1594, obs. A. Lienhard: RTD com. 2004, p. 590, obs. F. Marcorig-Venier ; Cass. Com., 14 mai 2002: JCP E 2002, p. 131, note F. Winkel ; Bull. Civ. 2002, IV, n°87; D. 2002, act. Jurispr. p. 1837, note A. Lienhard. ; voir aussi CA Paris, 9 avr. 1999: RJDA 8-9, 1999, n°957, p. 761 RDT com. 2000, p.170, obs F. Marcorig-Venier; Pour être plus complet sur la question, voir les différentes positions de la jurisprudence mais contraire à la décision actuelle du code de commerce, Lyon, 18 oct. 1996, Banque et droit mai-juin 1997, 96, obs. Guillot ; Paris, 3 è ch. B, 9 avr. 1999, RDJA 1999/8 et 9, n° 952 ; RTD com. 1999. 952, obs. Laude; RTD com. 2000. 170, obs. Marcorig-Venier.

⁸⁹⁴ C. Saint- Alary- Houin, La procédure de conciliation, Rév. proc. coll. 2 juin 2006, art. préc. cit.

456. Pourtant par le passé, les juges de la cour de cassation⁸⁹⁵ avaient de tout temps jugé que ni l'ordonnance qui ouvre le règlement amiable ni l'ordonnance suspendant les poursuites, n'avaient d'autorité de la chose jugée quant à la date de la cessation des paiements. Le législateur de 2005 et les différentes réformes successives n'ont pas suivi cette solution dégagée par la cour de cassation afin de permettre le financement des entreprises en difficulté. Une décision récente de la cour de cassation⁸⁹⁶ qui ne remet nullement en cause les modifications déjà apportées par les différentes réformes successives, est venue confirmer ce choix législatif en décidant que « la décision ouvrant la procédure de conciliation n'a pas, en cas d'échec, autorité de chose jugée quant à la cessation des paiements ».

457. Dans cette affaire, une procédure de conciliation ouverte le 15 juillet 2009 s'était ensuite soldée par un échec en raison de l'impossibilité d'aboutir à un accord. Moins de quatre mois plus tard, la société fut d'abord placée en redressement judiciaire et après en liquidation judiciaire. Alors que la date de cessation des paiements était initialement fixée au 20 octobre 2009, elle fut finalement reportée au 1^{er} janvier 2009. La société requérante reprochait alors aux juges du fond d'avoir fixé la date de cessation des paiements à une date antérieure à celle de la décision d'ouverture. Elle fondait son argument sur l'article L. 611-4 du code de commerce qui précise que le débiteur qui sollicite l'ouverture de la conciliation ne doit pas être en état de cessation des paiements ou à tout le moins ne doit pas se trouver en état de cessation des paiements depuis plus de quarante cinq jours. Autrement dit, la requérante aurait souhaité que la date de cessation des paiements soit alignée sur celle de la décision d'ouverture de la procédure de conciliation. La haute juridiction a pourtant décidé autrement. Pour la cour, en cas d'échec de la conciliation la date de la cessation des paiements doit être reportée en amont de la décision d'ouverture de la conciliation. En d'autres termes, l'échec de l'accord de conciliation empêche la décision d'ouverture de revêtir toute autorité de chose jugée.

⁸⁹⁵ Cass. Com., 5 mai 2004, D. 2004, jur., p. 1594, obs. A. Lienhard; RTD com. 2004, p. 590, obs. F. Macorig-Venier; Cass. Com., 14 mai 2002: JCP E 2002, p. 131, note F. Winkel; Bull. Civ. 2002, IV, n° 87; D. 2002, act. Jurispr. p. 1837, note A. Lienhard.

⁸⁹⁶ Décision d'ouverture de la conciliation et date de la cessation des paiements : absence d'autorité de la chose jugée, com., 22 mai 2013, n° 12-18. 509, PB, D. 2013. 1343, obs. A. Lienhard; Rev. sociétés 2013. 519, obs. L. C. Henry; Gaz. Pal. 13 Juill. 2013, n° 194, p. 12, obs. F. Reille; Bull. Joly Entreprises en difficulté, sept. 2013, n° 5, p. 272, J.P. Sortais; JCP E 2013. 638, obs. P. Roussel Galle; Rev. proc. coll. 2013, comm. 121, B. Saintourens; RTD com. 2013. 803, obs. F. Marcorig-Venier.

458. La solution doit être approuvée en ce qu'elle permet d'éviter l'instrumentalisation de la procédure de conciliation⁸⁹⁷. Le domaine d'élection de cette solution doit être toutefois précisé car on peut légitimement se demander si la cour aurait adopté la même démarche en présence d'un accord constaté puisque l'article L. 638- 8 du code de commerce vise l'hypothèse de l'homologation de l'accord. Sur ce point, la solution dégagée dans cette affaire rejoint à l'identique la solution déjà prise par la cour de cassation le 14 mai 2002⁸⁹⁸. Sauf cas de fraude, précise la nouvelle rédaction de l'article L. 631-8 du code de commerce, l'homologation de l'accord fait obstacle à tout report de la cessation des paiements. Il en résulte que la solution ainsi dégagée par les juges du fond n'est valable qu'en cas d'homologation de l'accord. Ce qui suppose qu'en présence d'un accord simplement constaté, le report de la date de cessation des paiements reste possible puisque dans un tel cas de figure on ne serait ni en présence d'un échec de l'accord de conciliation comme le souligne l'arrêt cité ni selon l'article L. 631-8 en présence d'un cas de fraude.

459. La position ainsi adoptée par la cour de cassation s'inscrit parfaitement dans la l'idéologie voulue par le législateur. En sécurisant l'accord homologué, le législateur espère ainsi rassurer les créanciers du chef d'entreprise afin d'accompagner ce dernier dans la recherche de solution aux difficultés. Ainsi, les créanciers n'ont pas à craindre le risque de la nullité de la période suspecte. Ils pourront prévoir l'avenir en l'excluant. Quant au privilège de l'argent frais pour lequel ils ont intérêt, que l'accord soit homologué il constitue le principal point d'attraction des créanciers en faveur de la conciliation.

460. Pour finir sur ces mesures incitatives à la conclusion de l'accord, on peut citer les mesures récentes introduites par l'ordonnance du 12 mars 2014. La première de ces mesures concerne le privilège de conciliation dont le domaine s'est encore élargi⁸⁹⁹.

461. La deuxième de ces mesures est la paralysie des clauses contractuelles dissuasives prévues à l'article L. 611-16 du code de commerce⁹⁰⁰. Dans le même ordre d'idée et afin de faciliter le recours à la conciliation dans l'espace juridique africain, des mesures de faveurs

⁸⁹⁷ F. Marcorig-Venier, art. préc.

⁸⁹⁸ La cour de cassation avait affirmé que ni la décision de suspension des poursuites et la décision d'homologation de l'accord n'avaient d'autorité de la chose jugée.

⁸⁹⁹ V. nos développements, infra n° 399.

⁹⁰⁰ Ce texte répute « non écrite toute clause qui modifie les conditions de poursuite d'un contrat en cours en diminuant les droits ou en aggravant les obligations du débiteur du seul fait de la désignation d'un mandataire ad hoc en application de l'article L.611-3 ou de l'ouverture d'une procédure de conciliation, en application de l'article L. 611-16 ou d'une demande formée à cette fin ».

sont prévues⁹⁰¹. Pour l'essentiel, elles consistent à geler les actions des créanciers qui pourraient être un obstacle à la recherche d'un accord. De manière plus claire, ce nouveau texte empêche de stipuler une clause modifiant les conditions d'exécution d'un contrat au détriment du chef d'entreprise en raison de l'ouverture d'une procédure amiable. Les clauses concernées peuvent être de nature juridique ou financière⁹⁰² et concerner par exemple une clause d'exigibilité anticipée d'un prêt ou d'une clause qui augmente le coût d'un contrat de fourniture de biens ou de services⁹⁰³. Par ailleurs, l'article L. 611-14 du même code s'inscrit dans la même logique que le texte de l'article L. 611-16 mais différemment. Ce texte répute non écrite toute clause mettant à la charge du chef d'entreprise les honoraires du conseil auquel le créancier fait appel dans le cadre des procédures amiables pour la quote-part excédant une proportion fixée par le garde des sceaux. Cette disposition est de nature à éviter d'alourdir les charges du débiteur déjà en proie aux difficultés. De ce point de vue en limitant les dépenses du débiteur en phase amiable, il pourra mieux réorganiser son entreprise. Bien que séduisante, l'efficacité de cette disposition est contestable. Le professeur François-Xavier Lucas⁹⁰⁴ fait remarquer que cette mesure pourrait conduire à la mise en place de stratégies d'évitement qui consisteraient à affirmer que « les intervenants et les conseils ne fournissent plus leurs diligences pour le créancier mais pour le débiteur qui du coup devra en assumer le coût ».

Paragraphe II: Une efficacité fortement compromise en raison des lacunes de la conciliation

462. Malgré tous les attraits dont elle fait l'objet, la procédure de conciliation est confrontée à un certain nombre de difficultés qui compromettent gravement son efficacité. Elles sont de deux ordres : le risque d'atteinte à l'attractivité de la procédure de conciliation (A) et le risque d'effondrement de la règle de confidentialité (B).

⁹⁰¹ Ces mesures sont indiquées par l'article 5-7 du nouvel AUPCAP. Selon ce texte « si le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par un créancier appelé à la conciliation pendant la période de recherche telle que définie à l'article 5-3 ci-dessus, le président du tribunal peut, à la demande du débiteur, et après avis du conciliateur, reporter le paiement des sommes dues et ordonner la suspension des poursuites engagées par un créancier. Ces mesures prennent fin de plein droit lorsque la conciliation prend fin et en tout état de cause, à l'expiration du délai prévu à l'article (-3, alinéa 1^{er}, ci-dessus. L'ordonnance du président du tribunal prononçant ces mesures est déposée au greffe et ne fait l'objet d'aucune publicité... ».

⁹⁰² C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^e éd. n° 348, p. 188.

⁹⁰³ C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^e éd. n° 348, p. 188.

⁹⁰⁴ F.-X. Lucas, *Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives*, BJE, 01 mars 2014 n° 2, p. 111.

A- Le risque d'atteinte à l'attractivité de la conciliation

463. On pourrait situer ces risques à deux niveaux. Il y a d'abord les effets pervers du privilège de la conciliation dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure judiciaire (1), ensuite le caractère bref du délai de la conciliation (2).

1- Les effets pervers du privilège de la conciliation sur l'entreprise en cas d'ouverture d'une procédure collective de sauvegarde ou de redressement judiciaire.

464. Il ne fait aucun doute que le privilège de l'argent constitue un précieux outil de financement de l'entreprise en difficulté. Les apports en trésorerie ou en fourniture de bien et services pendant les négociations jusqu'à l'homologation de l'accord permettent en effet au débiteur de procéder à une réorganisation stratégique de son entreprise dans une perspective de redressement. Cet aspect positif du privilège de la conciliation en cache cependant un autre, plutôt négatif qu'il est susceptible de fragiliser l'efficacité du privilège.

465. D'abord, il faut partir du fait que le privilège de la conciliation qui bénéficie d'un rang favorable par rapport aux autres privilèges des procédures judiciaires⁹⁰⁵. Mais l'article L. 611-11 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 12 mars 2014 n'était pas explicite sur la portée de cette faveur, plus précisément dans l'hypothèse d'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement suite à l'échec de la conciliation. Cette imprécision a donné lieu à une controverse doctrinale⁹⁰⁶.

466. La question qui se posait était celle de savoir si dans l'hypothèse envisagée plus haut, l'apporteur de l'argent frais peut-il être payé hors plan ou en subir les délais, en tant que créancier antérieur. L'ordonnance de 2014 a réglé la question. Le privilège de l'argent frais

⁹⁰⁵ P.- M. Le Corre, « Le privilège de procédure »

⁹⁰⁶ Voir sur cette question la controverse doctrinale entre les professeurs F. Perochon et F. Xavier Lucas, Argent frais : paiement hors plan ou selon le plan ? – Controverse entre François-Xavier Lucas et Françoise Perochon, BJE, 01 septembre 2012 n° 5, p. 341. Relativement à cette controverse, le professeur Lucas soutenait que les créances assorties de l'argent devaient être soumises à la discipline collective en ce qu'il s'agit de créances nées avant le jugement d'ouverture. Par conséquent, ces créanciers ne pouvaient être soustraits en aucune façon au sort réservé aux créanciers assujettis à la discipline collective. Dès lors les titulaires de ces créances devraient être traités comme n'importe quel créancier dont la créance est née avant le jugement d'ouverture. Quant au professeur Perochon, elle soutenait le contraire. Elle considérait que le texte de l'article L. 611-11 obéissait à une certaine philosophie, celle de privilégier le traitement amiable au détriment du traitement judiciaire des difficultés des entreprises. Il en résulte que des trois privilèges institués par le texte de loi cité, le privilège de l'argent frais bénéficie d'un statut avantageux, en adéquation avec la logique d'anticipation voulue par la loi.

n'est pas soumis au plan de la procédure collective. Il en résulte un renforcement de la position du privilège de la conciliation. Les créanciers de l'argent frais sont donc traités favorablement par rapport aux autres créanciers des procédures judiciaires exception faite des créances salariales et des frais de justice. Mais le problème est que ce traitement de faveur n'est pas sans conséquence sur le sort des autres créanciers mais aussi sur le financement de l'entreprise en cas de redressement judiciaire.

En effet, du fait de cette position dominante, les autres créanciers des procédures judiciaires se retrouvent rétrogradés à un échelon inférieur. Ils se retrouvent ainsi dans une situation défavorable par la volonté du législateur car ce dernier privilégiant désormais les créanciers méritants c'est à dire ceux qui auront acceptés de participer au financement de l'entreprise. Il est donc à craindre que les créanciers des procédures judiciaires notamment dans le redressement judiciaire⁹⁰⁷ se refuseront à tout effort de financement dans la mesure où ils sont surclassés par ceux de la « new money ». Il en résultera implacablement un désintérêt pour l'entreprise en cas de redressement judiciaire et cet abandon risque de précipiter celle ci vers la liquidation judiciaire. Il faut regretter cette situation, c'est pourtant la conséquence d'un choix législatif celui de favoriser la prévention.

2- La brièveté du délai de la conciliation

467. Sauf à faire preuve d'un optimisme envieux parce que relevant du divinatoire, comment peut on réduire le règlement des difficultés d'une entreprise à une durée aussi brève⁹⁰⁸ alors que l'on ne connaît même pas la nature des difficultés qu'on veut traiter à moins que la conciliation ne soit considérée comme une passerelle temporaire à l'ouverture d'une procédure collective ultérieure⁹⁰⁹.

468. D'une manière générale, les difficultés d'une entreprise ne présentent sous diverses origines. Elles n'ont pas les mêmes causes, alors comment dans ces conditions vouloir régler une difficulté (seulement prévisible) alors que l'on n'en connaît pas les origines ? Les

⁹⁰⁷ Même si le financement en redressement judiciaire est plus important qu'en conciliation mais risque ne signifie pas impossibilité de redressement, P. Pétel, Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 – Le nouveau droit des entreprises en difficulté: JCL commercial, fasc. 2151, 2006, n° 84.

⁹⁰⁸ La durée de la procédure de la conciliation est fixée à 4 mois maximum en droit Ohada (article 5-3 nouvel AUPCAP) et cinq mois maximum pour le droit français (article L. 611-6 alinéa 2 C. com..

⁹⁰⁹ La solution pourrait ressembler à un dialogue entre le législateur et le dirigeant de la manière suivante: « Monsieur le dirigeant, débrouillez vous pendant ce délai de quatre mois voire cinq, si vous ne parvenez pas à redresser la situation, une procédure collective pourra certainement faire l'affaire, mais je ne vous promets rien ».

difficultés juridiques par exemple peuvent se présenter sous plusieurs facettes et nécessiter un diagnostic important qui peut prendre du temps, il peut en être de même pour des difficultés économiques ou sociales lesquelles sont dans la majeure partie du temps liées à des facteurs exogènes. Comment alors dans ces mêmes conditions espérer régler des problèmes aussi complexes alors que le législateur n'en donne pas lui même une définition précise ?

469. Les différents législateurs ont pris le pari risqué de subordonner le traitement des difficultés quelque soient leur nature au même délai. Autrement dit, les difficultés juridiques, économiques ou sociales, prévisibles ou avérées devront être réglées dans un délai de cinq mois maximum. Il est certes vrai qu'une telle solution a le mérite de la simplicité parce qu'elle englobe toutes les difficultés dans la même condition temporelle. Mais elle a en revanche l'inconvénient de compromettre les chances de succès de la conciliation car certaines difficultés nécessitent plus de temps que d'autres dans leurs traitements.

470. Bien évidemment, on pourrait opposer à ces arguments celui la possibilité pour le débiteur de recourir soit à la procédure de sauvegarde financière accélérée soit à la sauvegarde accélérée⁹¹⁰ car l'utilisation de ces deux procédures collectives sont subordonnées à des délais extrêmement brefs, soit trois mois pour la première et un mois pour la seconde procédure. En clair, le débiteur peut vouloir éviter la contrainte de temps en choisissant l'une de ces deux procédures de sauvegarde dérivées. Mais il faudra pour cela réaliser un « véritable record »⁹¹¹. Comme on le voit, la limitation de la durée du traitement d'une difficulté (une maladie pour une personne physique) ne peut être fixée d'avance et par conséquent n'est pas sans susciter des interrogations, même s'il n'est pas exclu qu'une telle durée peut permettre de régler certaines difficultés d'une entreprise mais certainement pas toutes.

471. D'ailleurs conscient de la fragilité de la conciliation, le législateur a entrepris, après quelques années d'essai, de la parer d'autres atouts à travers la SFA et la SA, ce qui pose le problème d'autonomie de la conciliation. La conciliation a un cout et tout porte à croire que l'institution de ces deux procédures collectives contribuera d'avantage à peser sur la capacité financière du débiteur. Il est à craindre qu'au sortir d'une telle succession de procédures, l'entreprise ne soit finalement appauvrie et que toute chance de redressement ne soit quasiment possible.

⁹¹⁰ F. Reille, « La sauvegarde accélérée issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 », Gaz. Pal. , 08 avril 2014 n° 98, p. 10 ; L.- C. Henry, « L'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 et l'ouverture des procédures », Gaz. Pal. , 08 avril 2014 n° 98, p. 15.

⁹¹¹ F. Reille, art. préc.

B- Le risque d'atteinte à la règle de confidentialité

472. La règle de confidentialité risque d'être compromise pour plusieurs raisons. D'abord à cause de l'effet néfaste de la publicité du jugement de conciliation homologué (1) et enfin du fait de l'information des salariés du contenu de l'accord en cas de demande d'homologation (2).

1- L'effet néfaste de la publicité du jugement de conciliation homologué

473. Le privilège de new money n'est pas encore parvenu à jouer le rôle de catalyseur du sauvetage des entreprises. Plébiscité par la doctrine dans son ensemble⁹¹², ce privilège était vivement attendu par de nombreux acteurs des procédures collectives⁹¹³. Pourtant le recours au fameux privilège de l'argent frais constitue une pratique encore relativement répandue. Les premiers statistiques montrent seulement que jusqu'en 2006 la plupart des accords de conciliation soumis à l'homologation ne dépassent pas 10%⁹¹⁴. Les quelques cas de recours au privilège de la conciliation sont pas tout à fait significatifs par rapport aux attentes espérées. Les plus connues sont les homologations intervenues entre la société Infogrammes Entertainment et Bank of America, entre Smoby et ses créanciers et enfin entre le Groupe Parisot et ses créanciers⁹¹⁵. Ce manque de résultat serait lié à la publicité de l'homologation considéré comme la première cause de cet échec et pourtant préluce indispensable à l'octroi du privilège de la conciliation⁹¹⁶.

474. Il a pourtant été relevé que le choix de cette mesure de publicité s'imposait pour des impératives de sécurisation de l'accord de conciliation et de transparence à l'égard des créanciers tiers à l'accord⁹¹⁷. Il n'empêche que les risques qui en découlent sont nécessairement néfastes pour l'entreprise notamment la perte de confidentialité que cela

⁹¹² P.- M. Le Corre, Art. préc. ; C. Saint-Alary-Houin, Les privilèges de la procédure: art. préc.

⁹¹³ V. A. Outin – Adam et S. Bienvenu, « Sauvegarde des entreprises: Le point de vue de la chambre de commerce et d'industrie de Paris »: JCP E , op. cit. ; C. Leguevaques, « Le sort des créanciers après la loi de sauvegarde des entreprises: entre renforcement des droits et allègement des devoirs? » : LPA 17 févr. 2006, p. 63.

⁹¹⁴ Etudes Déloitte et Altares, L'entreprise en difficulté en France, septembre 2007: La lettre de l'observatoire consulaire des entreprises en difficulté, févr. 2007, n°6.

⁹¹⁵ N. Laurent et O. Assant, « Bilan de l'efficacité du privilège de new money instauré par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, La publicité du jugement de conciliation homologué a-t-elle tué ce privilège? », JCP G, 2008, I, n°157.

⁹¹⁶ N. Laurent et O. Assant, art. préc. n° 157.

⁹¹⁷ N. Laurent et O. Assant, Ibid.

pourrait engendrer à l'égard tant des débiteurs concernés que des éventuels apporteurs d'argent frais. En effet, il ressort de la lecture combinée des articles L. 611-10 et R. 611-43 du code de commerce que même si le contenu de l'accord de conciliation n'est pas décrit dans le jugement, ce dernier mentionne en revanche les garanties et privilèges constitués pour en assurer l'exécution ainsi que les montants garantis par le privilège de l'argent frais institué par l'article L.611-11 du même code.

475. Dès lors parce que le bénéfice du new money suppose l'homologation, l'existence de la conciliation elle-même et une partie de son contenu, dont le privilège de la conciliation, sont rendus publiques⁹¹⁸. Les effets inattendus de cette publicité affecteront nécessairement les banquiers clients privilégiés de l'entreprise en difficulté⁹¹⁹, mais surtout l'entreprise elle-même en ce qu'elle porte atteinte à la réputation et la crédibilité de celle-ci et entraîne corrélativement l'accroissement des difficultés de trésorerie par suite de la réduction du crédit fournisseur, l'allongement du délai de règlement des créances clients et parallèlement de la diminution ou même de la suppression des crédits bancaires⁹²⁰.

2- L'information des salariés en cas de demande d'homologation de l'accord

476. L'hypothèse d'une probable homologation de l'accord peut s'avérer dans bien des cas difficile voire inenvisageable. C'est celle envisagée à l'égard des salariés qui d'après l'article L.611-9 du code de commerce sont entendus en chambre de conseil avant que le tribunal ne statue sur l'homologation de l'accord. Il résulte que si les salariés estiment qu'au regard de la tension sociale au sein de l'entreprise, le débiteur doit pas faire homologuer l'accord, cela pourrait indirectement dissuader les créanciers, en l'occurrence les banquiers, d'injecter de l'argent frais, puisqu'ils ne peuvent pas bénéficier du new money dont l'homologation est incontestablement la condition nécessaire d'obtention⁹²¹.

477. Autrement dit, si l'homologation fait défaut, le débiteur risque de ne pas être financé car les effets favorables ne profitent pas aux créanciers. Par ailleurs, la situation s'est davantage complexifiée puisque la réforme du 12 mars 2014 précitée impose au débiteur une

⁹¹⁸N. Laurent et O. Assant, art. préc. n° 157.

⁹¹⁹V. Bouthinon-Dumas, Le banquier face à l'entreprise en difficulté, Revue Banque 2008, p. 145.

⁹²⁰L. Hanachowicz, « L'homologation de l'accord amiable: un leurre pour les créanciers? », Revue Banque, juin 2006, n° 681, p. 52.

⁹²¹L. Hanachowicz, « L'homologation de l'accord amiable: un leurre pour les créanciers? », Revue Banque, juin 2006, n° 681, art. préc.

obligation d'information des salariés du contenu de l'accord en cas de demande d'homologation. En effet, aux termes de l'article L. 611-8-1 du code de commerce, « le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel sont informés par le débiteur du contenu de l'accord lorsque celui-ci demande l'homologation ». Le pire est alors à craindre, car si les salariés contestent le contenu de l'accord, que va t'il se passer? Le débiteur peut il dans ces conditions se passer de l'avis des salariés et encourir une responsabilité personnelle pour faute de gestion? Il s'agit d'une véritable gageure, puisque d'un autre côté les créanciers peuvent également refuser de financer l'entreprise en difficulté tant qu'ils n'auront pas la garantie qu'ils pourront bénéficier de l'effet favorable de l'homologation à savoir le privilège de la conciliation. En outre, fait également défaut, le régime juridique de cette obligation d'information.

478. De manière concrète, comment se fera les modalités d'information des représentants du personnel sur le contenu de l'accord⁹²², alors qu'il reste confidentiel malgré son homologation par le tribunal. Doit-elle se faire par courrier avec accusé de réception ? ou au contraire le débiteur doit il remettre une copie de l'accord aux représentants du personnel ? Dans l'affirmative, cette possibilité contrasterait avec les dispositions de l'article R.611- 40 du code de commerce qui précise que le jugement d'homologation ne reprend pas les termes de l'accord. seule une clarification du régime juridique de cette obligation d'information permettrait au comité d'entreprise ou à défaut, les délégués du personnel, d'exiger du débiteur le contenu de l'accord qu'il s'apprête à faire homologuer par le tribunal.

479. En attendant cette précision, loin de constituer une mesure incitative dans le recours à la conciliation, cette obligation d'information s'inscrit plutôt dans une démarche d'harmonisation du dispositif de détection avec celui de la prévention-traitement. La portée de cette obligation reste limitée et soulève surtout le problème de la règle de confidentialité qui est censée pourtant garantir le succès des procédures préventives⁹²³. Il est aussi vrai que les attentes espérées par certains auteurs⁹²⁴ sont devenues aujourd'hui une réalité à travers cette

⁹²² Pour une approche plus nuancée sur l'interprétation de cette nouvelle disposition de l'article L. 611-8-1 du code de commerce, v. A. Fabre, « Aspects sociaux de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficultés », Revue de droit du travail 2014 p. 259.

⁹²³ C. Gailhbaud, Les dispositions relatives aux salariés dans l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, Gaz. Pal., 08 avril 2014 n° 98, p. 52.

⁹²⁴ C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, 7è éd. op.cit. n°296, et P. M. Le Corre, « 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. Le premier auteur faisait observer jusqu'à une date récente que le silence observé par le code de commerce sur la question de l'information des représentants du personnel en conciliation était contestable au regard de l'importance du rôle du comité

nouvelle rédaction de l'article L. 611-8-1 du code de commerce. Mais il est à craindre que l'information des salariés ne conduise finalement à une exposition des difficultés de l'entreprise sur la place publique par le jeu de l'activisme syndical en cas de désaccord avec le débiteur sur le contenu de l'accord. La confidentialité se trouverait ainsi altérée et les chances de sauvegarde de l'entreprise compromise.

480. Au final, toutes les techniques de traitement qui viennent d'être exposées sont d'une extrême importance dans le dispositif général actuel de prévention de la cessation des paiements. Elles ne sont pas pour autant les seules possibilités offertes au débiteur en difficulté. En effet, en cas d'échec d'une conciliation ou d'un mandat ad hoc, ou même avant tout recours à ces procédés de traitement négocié, ou encore au moment où il est en phase de négociation, rien n'interdit légalement à un débiteur de solliciter parallèlement à une mesure de traitement préventif des difficultés une aide de la part de l'Etat. On remarque cependant qu'ici encore le droit français se singularise par une présence forte de l'Etat auprès des entreprises en difficulté à travers des structures diversifiées. L'intervention de l'Etat est réglementée. Le droit communautaire européen dispose aussi d'un droit de regard afin d'éviter de fausser le jeu de la concurrence.

481. Quant au droit africain issu de l'OHADA, en raison de toute absence de réglementation en la matière, du fait certainement de la jeunesse de ce droit, le législateur ne semble pas encore préoccupé par ce secteur qui reste assujéti au traité de l'UEMOA qui sanctionne les pratiques anticoncurrentielles seulement au sein de cet espace économique. Il en résulte que les autres pays de l'OHADA non membres de l'UEMOA demeurent régis par les lois nationales.

d'entreprise dans le fonctionnement de l'entreprise. Quant au second auteur, sur le fondement de l'article L.2323-6 du code de travail, il relevait le caractère indispensable de l'information du comité d'entreprise ou à défaut des représentants du personnel à l'occasion d'une conciliation dans la mesure où le comité est régulièrement consulté sur les questions intéressant " l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle du personnel". Il faut se féliciter de cette nouvelle approche et, il ne pouvait en être autrement, car on comprendrait difficilement qu'il soit reconnu un droit d'alerte au comité d'entreprise et de prérogatives importantes en sauvegarde, en redressement et liquidation judiciaires, et refuser de lui reconnaître un quelconque droit en conciliation. L'information des représentants du personnel est d'autant plus justifiée que l'ouverture d'une conciliation est souvent le lieu de mesures de restructuration qui nécessitent des licenciements et donc une réduction d'effectif.

Chapitre II: Une multitude de procédures judiciaires de prévention et de traitement des difficultés des entreprises

482. Le droit français et le droit OHADA ont prévu une pluralité de procédures judiciaires de lutte contre les défaillances d'entreprises. En effet, si en droit français, le législateur offre au débiteur plusieurs niveaux de prévention et permet un véritable agencement entre les différentes techniques existantes, la situation se présente différemment en droit OHADA. La seule procédure de prévention existante dans l'ordre juridique africain est le règlement préventif tel que prévu par l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif. Pour sa part, le droit français, compte désormais trois procédures judiciaires de prévention de la cessation des paiements suite à l'éclatement de la procédure de sauvegarde classique issue de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. Se sont donc ajoutés successivement à la sauvegarde classique, la sauvegarde financière accélérée⁹²⁵ et dernièrement la sauvegarde accélérée⁹²⁶. D'un point de vue chronologique et à s'en tenir à l'ordre établi dans le code de commerce, les procédures de sauvegarde se présentent comme la dernière tentative préventive (Section I) ce qui n'est pas le cas du règlement préventif de droit OHADA, qui se présente comme l'unique moyen de prévention dont dispose le débiteur (Section II).

Section I: Des procédures aux objectifs similaires

⁹²⁵ Ph. Roussel Galle, « Premières vue sur la sauvegarde financière accélérée et les modifications apportées au droit des entreprises en difficulté par la loi du 22 oct. 2010, JCP E 2010. 591 ; G. Téoul, « Les évolutions récentes provoquées par la crise sur les entreprises en difficulté, LPA 3-4 sept. 2009, p. 4, spéc. p. 6 ; G. Teoul, « Un nouveau coup de balancier : le projet de sauvegarde financière expresse », Gal. Pal. 15-17 sept. 2010, p. 10 ; M. Menjucq, Adoption « de la sauvegarde financière » : Consécration du « prépacked plan » en droit français, Rév. proc. coll. nov.-déc. 2010. Repère 1 ; P.- M. Le Corre, « L'avènement prochain d'une procédure semi collective », Gaz. Pal. 15-16 oct. 2010, p. 3 ; F.- X. Lucas, « Le plan de sauvegarde apprêté ou le prépackaged plan à la française », Cah. Dr. ent. Sept.- Oct. 2009. 35, « Le prépackaged plan dans le droit français des procédures collectives, in crises du crédit et entreprises, les réponses du droit, Lamy 2010, p. 287, « Caractère collectif de la procédure et sauvegarde financière accélérée », rév. proc. coll. 2012. Dossier 18 ; B. Grelon, « La loi de sauvegarde revisitée par la loi n° 2010- 1249 dite de régulation bancaire et financière en date du 22 oct. 2010, rév. sociétés 2011.7 ; R. Damman et G. Podeur, « Sauvegarde financière express ; vers une consécration législative du prépack à la française ? », D. 2010, point de vue 2005.

⁹²⁶ F. Reille, « La sauvegarde accélérée issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 », Gaz. Pal., 06 mars 2014, n° 96-98, p. 10-14 ; A. Lienhard, « Ordonnance de réforme : mesures relatives à la sauvegarde, Recueil Dalloz Sirey, 20 mars 2014, n° 11, p. 662, « ordonnance de réforme : mesures de prévention des difficultés, Recueil Dalloz Sirey, 20 mars 2014, n° 11, p. 661 ; F. Pérochon et H. Bourbouloux, « La sauvegarde accélérée et ses variantes », Rév. proc. coll. 2014. Etude 30. Pour une présentation générale de la réforme, v. F.X. Lucas, art. préc.

483. Les procédures de sauvegarde et de règlement préventif sont des procédures judiciaires et collectives qui partagent les mêmes finalités d'une part la prévention de la cessation des paiements (Paragraphe I) et d'autre part le traitement des difficultés (Paragraphe II). Il faut toutefois relever que si d'un point de vue chronologique, la procédure de sauvegarde se présente en droit français comme la dernière tentative préventive, en revanche en droit OHADA, le règlement préventif apparaît comme l'unique procédure de prévention de la cessation des paiements. La procédure de sauvegarde représente la dernière chance offerte au débiteur d'éviter la cessation des paiements. Il n'a donc pas droit à l'erreur et se doit de choisir la procédure adaptée à sa situation. S'il choisit les deux sauvegardes dérivées, cela suppose qu'il est déjà engagé dans une procédure de conciliation. En revanche, s'il opte pour la sauvegarde ordinaire, il pourra saisir directement le juge sans qu'il ne soit besoin de passer par une procédure contractuelle préalable comme c'est le cas dans les deux autres procédures de sauvegarde. Cette triple possibilité offerte au débiteur place le droit français de la prévention dans une position plus attrayante, en ce que ces trois procédures sont destinées d'une part à prévenir la cessation des paiements (Paragraphe I) et d'autre part à traiter les difficultés (Paragraphe II). Mais après plusieurs années d'application de la procédure de sauvegarde, il n'est pas certain qu'elle ait connu un bilan satisfaisant, de même que la sauvegarde financière accélérée qui n'a pas eu suffisamment de temps pour séduire les chefs d'entreprise qu'à peine il vient d'être créé une autre procédure de sauvegarde concurrente censée être plus efficace que les deux autres, ce qui est loin d'être le cas (Paragraphe III).

Paragraphe I : Des procédures pour prévenir la cessation des paiements

484. La procédure de sauvegarde a été présentée par l'ensemble de la doctrine et des praticiens comme l'une des mesures phares introduites dans le droit français des entreprises en difficulté. Cela est dû en grande partie aux deux objectifs majeurs que lui a assigné le législateur à savoir prévenir la cessation des paiements (A) et traiter les difficultés des entreprises (B).

A- La relative identité des conditions

d'ouverture des différentes procédures

485. La façon la plus efficace d'éviter la cessation des paiements est de considérer qu'elle peut apparaître à n'importe quel stade des difficultés qu'on se trouve en période de prévention détection ou de prévention traitement. Une saisine volontaire et rapide du tribunal ainsi qu'une implication conséquente des partenaires de l'entreprise s'avérerait utile car elle

permettrait au débiteur de gagner du temps sur son éventuelle apparition. La loi de sauvegarde de 2005 a dans ce sens institué une nouvelle philosophie d'anticipation de la cessation des paiements qui consiste en un assouplissement des conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde classique (1). Ces conditions sont plus spécifiques au niveau des procédures de sauvegarde dérivées (2)

1- Le caractère volontaire des procédures

et l'antériorité de la cessation des paiements

486. Les procédures de sauvegarde et de règlement préventif se caractérisent par la souplesse de leurs conditions d'ouverture. Elles peuvent se mesurer à l'aune du caractère volontaire des deux procédures mais aussi par l'abandon du critère de la cessation des paiements pour bénéficier d'une protection judiciaire en cas de difficulté. La sauvegarde et le règlement préventif sont donc exclusivement réservés au débiteur qui éprouve des difficultés mais n'est pas en état de cessation des paiements ou du moins n'est pas encore dans une situation irrémédiablement compromise. Toutefois, l'existence en droit français de deux procédures de sauvegarde dérivées dont les conditions d'ouverture recèlent un certain particularisme nous amène à aborder successivement les conditions d'ouverture d'abord en droit français (a) et ensuite en droit Ohada (b). Cette approche est nécessaire parce qu'au delà de la similitude des conditions d'ouverture entre la sauvegarde de droit commun et du règlement préventif, elle permettra de mettre en lumière la particularité des conditions d'ouverture de la sauvegarde de droit commun et des deux autres sauvegardes dérivées. Enfin, cette démarche s'explique par le fait que contrairement à la procédure de sauvegarde, dont le domaine d'application est beaucoup plus vaste, le règlement préventif s'applique à un nombre très réduit de débiteurs, alors que de nouveaux acteurs économiques ont récemment fait leur apparition dans la zone Ohada à la suite de divers reformes en droit commercial et en droit des sociétés Ohada.

a) En droit français

487. Il n'y a que le débiteur et lui seul qui peut solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Aucune autre entité excepté lui⁹²⁷ ne peut s'arroger un tel droit. En effet, aux termes de l'article L.620-1 du code de commerce, « la procédure de sauvegarde est ouverte sur demande d'un débiteur qui sans être en cessation des paiements, justifie des difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter ». Outre l'initiative de la procédure qui est du seul ressort du débiteur, le texte de l'article L.620-1 du code de commerce pose deux conditions supplémentaires.

488. D'abord les difficultés éprouvées doivent être exclusives de la cessation des paiements, ensuite, le débiteur ne doit pas être en mesure de surmonter ces difficultés. Cette flexibilité du législateur quant aux conditions d'ouverture de la sauvegarde constitue une innovation majeure en droit français et notamment en ce qui concerne la fonction de la cessation des paiements. En effet, dans la législation antérieure à la loi de sauvegarde de 2005, tant que le débiteur n'était pas en cessation des paiements, il relevait s'il le requérait des procédures préventives du mandat ad hoc ou du règlement amiable. En revanche, dès qu'il était en cessation des paiements, il devait impérativement être soumis à une procédure collective et judiciaire⁹²⁸. Cette approche s'inscrit dans une nouvelle démarche qui consiste désormais à « donner envie aux chefs d'entreprise fin de prendre leurs difficultés à bras le corps quand il est encore temps »⁹²⁹. Il faut donc oublier le mythe de la cessation des paiements trop longtemps perçu comme un véritable couperet pour l'emploi et la survie des entreprises. La question d'être en cessation des paiements ou de ne pas l'être ne se pose plus désormais et il ne faut plus attendre sa survenance pour se mettre sous une protection judiciaire⁹³⁰.

489. En outre, le même texte de l'article L.620-1 du code de commerce énonce que la demande d'ouverture de la sauvegarde est subordonnée par la justification de difficultés que le débiteur n'est pas en mesure de surmonter. L'exigence de justification ainsi clairement posée par le texte signifie qu'une démonstration doit être faite par le débiteur. Autrement dit, ce dernier ne doit pas seulement se contenter d'alléguer l'existence de difficultés, mais aussi il

⁹²⁷ Bien qu'étant une procédure collective et judiciaire, l'ouverture de la sauvegarde est interdite au ministère public, aux créanciers du débiteur et au président du tribunal, c'est la conséquence logique du caractère volontaire de la procédure puisque le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements.

⁹²⁸ E. Joana, «La procédure de sauvegarde des entreprises, étude comparée de droit américain et français», thèse de doctorat, Université Saint-Etienne, 2006, p.138.

⁹²⁹ D. Perben, Projet de loi de sauvegarde des entreprises, n° 1596, 12 mai 2004 sur le site internet WWW.assemblée-nationale.fr.

⁹³⁰ C. Lebel, Etre ou ne pas être en état de cessation des paiements, art. préc.

doit en établir la réalité. En revanche, la recevabilité de la demande dépendra de l'appréciation souveraine des juges⁹³¹.

b) En droit Ohada

490. L'exclusivité de la demande d'ouverture des procédures de prévention dévolue au seul débiteur n'est pas une exception du droit Ohada. Cette solution est aussi retenue en droit français et dans d'autres législations étrangères⁹³². Il en résulte que ces différentes législations partagent les mêmes risques d'instrumentalisation de la procédure. S'agissant de la procédure de règlement préventif, il ressort de l'article 6 du nouvel acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif que la faculté de demander l'ouverture de la procédure appartient exclusivement au débiteur. Cette solution peut paraître louable en ce sens où le débiteur est incontestablement le bien placé pour mieux apprécier la gravité de sa situation⁹³³. En sa qualité de commerçant personne physique ou représentant légal d'une personne morale, il est celui qui vit au quotidien la situation réelle de son entreprise. Par conséquent, il est le seul habilité à décider de l'opportunité de la demande. Ainsi, dès qu'il le juge nécessaire, le débiteur saisit le président de la juridiction compétente par voie de requête en exposant sa situation économique ou financière avec les perspectives de redressement.

491. Mais une telle solution comporte des manquements ou de difficultés. En effet, à l'instar de la procédure de sauvegarde de droit français, le règlement préventif est une procédure volontaire. Ce faisant, il n'existe aucune disposition qui oblige le débiteur à recourir à ces procédures. Le débiteur est donc libre d'engager la procédure ou de ne pas l'engager. Dès ce stade, il lui appartient d'apprécier si les difficultés lorsqu'elles existent ne sont pas de nature à rendre la situation de l'entreprise irrémédiablement compromise. L'appréciation subjective est d'autant plus grande qu'il n'est pas certain que le débiteur soit toujours le meilleur juge de la situation de son entreprise. La faculté qui lui ainsi reconnue en la matière semble ne souffrir d'aucune contestation. Aucun délai n'est imposé en fonction de la survenance des difficultés. Il bénéficie certes d'une appréciation souveraine des difficultés mais il a intérêt à solliciter plutôt la protection du tribunal pour garder ses chances de

⁹³¹ Perochon, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd. op.cit.p.196.

⁹³² C'est le cas de l'ensemble des techniques amiables et judiciaires de prévention de la cessation des paiements en droit : le mandat ad hoc, la procédure de conciliation, la procédure de sauvegarde ; C'est aussi le cas de la procédure de redressement de droit américain qui distingue deux types de faillite : la faillite volontaire ou « voluntary cases » dont le déclenchement relève de la seule volonté du débiteur et la faillite involontaire ou « involuntary cases » qui donne la possibilité aux créanciers de saisir la juridiction des faillites d'une requête contre le débiteur. '.

⁹³³ Ph. Roussel Galle, article op.cit.16.

redressement plus grandes. Maître de l'opportunité de l'ouverture de la procédure et corrélativement de l'appréciation des critères d'ouverture, le débiteur peut donc être amené à faire des abus et privilégier des arrangements extra légaux. Le risque de voir le recours du débiteur intervenir trop tard resurgit à ce niveau, ce risque étant consubstantiel à toutes les procédures volontaires de prévention de cessation des paiements.

492. A ces deux conditions, et contrairement à l'ancien texte de l'article 2 cité qui le précisait pas⁹³⁴, le nouveau texte de l'article 6 indique clairement que « le règlement préventif est ouvert au débiteur qui , sans être en état de cessation des paiements ». L'article 15 de l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif renforce davantage cette idée puisqu'elle impose à la juridiction compétente de prononcer « d'office, et à tout moment, le redressement judiciaire ou la liquidation des bien ». Sur cette troisième condition, le législateur Ohada à travers la nouvelle réforme fait preuve de précision comme cela est le cas en droit français, en relevant clairement que lors de la demande d'ouverture le débiteur ne doit pas être en état de cessation des paiements. Mais le risque est grand qu'il ne le soit déjà⁹³⁵. Cela n'empêcherait pas le président de la juridiction compétente d'ouvrir le règlement préventif du moins tant qu'il n'aura pas toutes les informations nécessaires en ce qui concerne la situation du débiteur pour prononcer un redressement judiciaire ou une liquidation des biens comme le prévoit l'article 15 alinéa premier de l'acte uniforme cité.

2- Le caractère indifférent des difficultés

493. La nature des difficultés qui peuvent conditionner l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou d'un règlement préventif n'a pas été précisée par les deux législateurs. En effets alors que le droit français à travers l'article L. 620-1 du code de commerce fait référence à la notion de difficultés insurmontables, l'article 6 alinéa 1 du nouvel acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif vise également « des difficultés financières ou économiques sérieuses ». Un rapprochement des solutions s'est ainsi opéré entre le droit français et le droit Ohada. Cette parenté des critères d'ouverture ne règle pas le problème de l'imprécision qui a pu être constaté en droit français et à laquelle le législateur africain s'ajoute désormais. L'absence de clarification de la nature des difficultés amène à les

⁹³⁴ Sous l'ancien texte, cette condition résulterait de la lecture de l'article 2 du même acte uniforme selon lequel le règlement préventif est destiné à « ...éviter la cessation des paiements... »

⁹³⁵ Sur le rôle perturbateur de la cessation des paiements, A. Fénelon, Le règlement préventif : Analyse critique, Revue Penant 2010, n° 870-873, p.15-27.

considérer toutes sortes de difficultés. Pourvu que leur influence sur la situation financière et comptable de l'entreprise soit négative à terme⁹³⁶ et qu'elles puissent la conduire vers une situation difficile nécessitant une aide judiciaire ». Cette approche globale de la notion de difficulté est d'une extrême utilité en ce sens qu'elle offre une totale liberté au débiteur dans sa requête de protection du tribunal. Elle permet surtout d'assurer un pragmatisme nécessaire⁹³⁷ parce qu'elle laisse une marge de manœuvre suffisante au tribunal saisi.

494. Mais quoi qu'il en soit, les difficultés insurmontables au sens de l'article L.620-1 du même code devraient être tout logiquement les mêmes que celles prévues en matière de conciliation⁹³⁸ c'est-à-dire des difficultés financières, économiques et juridiques en présence desquelles seul le débiteur ne peut faire face⁹³⁹. Cette solution générale ne doit pas cependant être considérée comme un passoir pour obtenir des sauvegardes de confort⁹⁴⁰ ou même encore un prétexte pour instrumentaliser la sauvegarde par exemple servir de moyen de pression de la part du débiteur pour exercer un véritable chantage sur ses créanciers⁹⁴¹. La sauvegarde doit en effet bénéficier au débiteur qui rencontre des difficultés actuelles, avérées et pas seulement prévisibles⁹⁴².

495. Ces difficultés doivent être particulièrement graves⁹⁴³ le caractère de gravité des difficultés pouvant résulter de plusieurs facteurs par exemple, les mauvais résultats comptables réalisés au cours de l'année⁹⁴⁴ l'interruption temporaire de marchés publics aggravée par l'existence d'une dette fiscale⁹⁴⁵ l'effondrement d'un secteur d'activité du débiteur. Toutes ces hypothèses peuvent provoquer des difficultés insurmontables, auxquelles le débiteur ne saurait faire face seul et en présence desquelles, il ne disposerait que d'une seule alternative, celle de demander l'ouverture d'une sauvegarde dès lors qu'il n'est pas en état de

⁹³⁶ F. Vinckel, «L'option entre les procédures préventives du nouveau droit des entreprises en difficulté: analyse des risques», LPA 12 juin 2006, p.7, n°1.

⁹³⁷ J.-F. Barbieri, « Le choix des techniques de traitement des difficultés des entreprises- Réflexions liminaires», Rev. proc. coll. 2005, p. 345 s., sp. p.348, n°9.

⁹³⁸ Reprenant les propos du sénateur Xavier Roux, le professeur Pierre Michel Le Corre estime que le choix du critère de l'article L.620-1 du code de commerce vise à caractériser des étapes successives et à déterminer une gradation des problèmes rencontrés par l'utilisation de concepts différents; E. Joana, thèse de doctorat, op.cit. p.38.

⁹³⁹ P.-M. Le Corre, La réforme des entreprises en difficulté, D. 2009, p.74.

⁹⁴⁰ B. Saintourens, RPC, 2009-1, p.40, n°8.

⁹⁴¹ Perochon, . op. cit.196, n°370.

⁹⁴² P. Roussel Galle, « La procédure de sauvegarde- quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice» JCP E 2006. 2437, p. 1679 s. sp. p. 1688, n°34; C. Lebel, GPC, 8 sept. 2005, p.20; E. Kuntz, chro. LPA 8 févr. 2006, p.9.

⁹⁴³ C. Saint-Alary-Houin, op. cit. p.244, n°408.

⁹⁴⁴ P. M. Le Corre, op. cit. p.381.

⁹⁴⁵ P.-M. Le Corre, op. cit. p.381.

cessation des paiements. Certes, il n'est plus possible comme le prévoyait la loi de sauvegarde de 2005 de demander au débiteur de rapporter la preuve que les difficultés rencontrées sont susceptibles de l'entraîner vers la cessation des paiements. Cette exigence a été supprimée par l'ordonnance du 18 décembre 2008⁹⁴⁶.

Mais, il est évident que dans la pratique, le raisonnement des tribunaux ne changera pas. Par conséquent, il s'inscrira toujours dans cette même démarche chronologique, les difficultés insurmontables sont appréciées par rapport à la cessation des paiements. Il en résulte que la référence à la cessation des paiements caractérisera régulièrement la démarche des juges, le toilettage opéré par l'ordonnance a rien changé quant au rôle d'ancrage de la cessation des paiements⁹⁴⁷. Il est donc nécessaire que le débiteur, pris isolément, démontre que sans le concours du tribunal et le « parapluie de la procédure »⁹⁴⁸, il lui sera presque impossible de faire face aux difficultés rencontrées. La preuve de cette impossibilité lui incombe, tel que cela découle de l'article R.621-1 du code de commerce, en vertu duquel le débiteur « expose la nature des difficultés qu'il rencontre et les raisons pour lesquelles il n'est pas en mesure de les surmonter ». Ce dernier rapportera le plus souvent la preuve du caractère insurmontable des difficultés qu'il rencontre en démontrant qu'il ne dispose pas de moyens de financement nécessaire à la poursuite de son activité⁹⁴⁹. En outre, elle peut provenir, au vu des documents fournis, d'un accroissement sensible de l'endettement à court terme ou encore d'un fort déséquilibre entre capitaux et immobilisation⁹⁵⁰. Une vérification minutieuse dans le respect de ces conditions doit être alors faite par les tribunaux afin d'éviter d'accueillir avec trop de hâte la demande d'un débiteur pour bénéficier de la protection du tribunal, tout comme aussi de la même manière, il convient de ne pas rejeter trop rapidement la requête du débiteur au motif qu'il ne fait pas face à des difficultés insurmontables. Pour cela, les tribunaux doivent tenir compte des circonstances spécifiques à chaque espèce. Ainsi, pour une même difficulté, il est parfois légitime d'aboutir à un résultat très différent, à la condition que les juges du fond motivent leur décision. En effet ce qui est à priori insurmontables pour certains ne l'est pas forcément pour d'autres⁹⁵¹. Il faut toutefois reconnaître que l'application du critère d'ouverture

⁹⁴⁶ B. Saintourens, « 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.

⁹⁴⁷ G. Teboul, « La réforme du Père Noël », *Gaz. pal.*, 06 janv.2009, n°6, p.6.

⁹⁴⁸ *Rev. proc. coll.* Mars-avril 2010, commentaire 49.

⁹⁴⁹ E. Joana, thèse de doctorat, préc. p.38.

⁹⁵⁰ E. Joana, thèse de doctorat préc. p.38.

⁹⁵¹ J.-F. Barbieri, « Le choix des techniques de traitement des difficultés des entreprises, Réflexions liminaires », *Rev. proc. coll.* 2005, p. 346, n°4, spéc.; Voir aussi, B. Saintourens, « Conditions d'ouverture des procédures »,

de la sauvegarde peut soulever quelques inquiétudes d'ordre pratique, plus précisément quant à la possibilité d'avoir recours à cette procédure pour certaines entreprises⁹⁵². Pourtant, les décisions antérieures à l'ordonnance du 18 décembre 2008 ont marqué l'intention des juges de faciliter l'ouverture de la sauvegarde⁹⁵³ avant que cette tendance à la recevabilité de la sauvegarde avec bienveillance ne reçoive un coup d'arrêt de la part de la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 25 février 2010, rendu dans l'affaire Cœur Défense. De quoi s'agissait-il?

La société Hold, filiale de la société Dame Luxembourg a acquis en juillet 2007, un ensemble immobilier à usage de bureaux destiné à la location. Cette acquisition a pu être possible grâce à deux emprunts à taux variable qu'elle a contracté auprès de Lehman Brothers Bankhaus AG. Ces emprunts ont par la suite fait l'objet d'une triple garantie : une hypothèque inscrite sur l'immeuble, une cession de créances professionnelles portant sur les loyers, et un nantissement de la totalité des actions de la société Hold consenti par Dame Luxembourg avec pacte commissaire. La société a également souscrit deux contrats de couverture du risque de variation des taux d'intérêts auprès de Lehman Brothers International, elle-même garantie par Lehman Brothers Inc. Au mois d'août 2007, le prêteur en l'occurrence la banque Lehman Brothers bankhaus AG, décide de céder ses créances à un fond commun de titrisation géré par la société Eurotitrisation. Suite à la faillite des sociétés Lehman Brothers Internationale Inc, Eurotitrisation a exigé de la société Hold qu'elle lui fournisse de nouveaux contrats de couverture du risque de variation des taux d'intérêts faute de quoi elle s'exposerait à une déchéance du terme des créances de prêt.

C'est dans ce contexte que la société dame Luxembourg et sa filiale ont sollicité du tribunal de commerce de Paris l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, demande à laquelle les juges Parisiens ont fait droit par jugement du 3 novembre 2008. La société Eurotitrisation, en sa qualité de gestionnaire des créances cédées par Lehmann Brothers Bankhaus AG, interjeté appel de la décision du tribunal.

Rev. proc. coll. 2006, p.43 et J.J. Fraimont, « Premières applications », Rev. proc. coll. 2006, p.225; Ph. Roussel Galle, « Quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice? », JCP E 2009, 2437, p.1679.

⁹⁵² F.-X. Lucas, « Les difficultés des LBO sont-elles solubles dans la sauvegarde? », Bull. Joly é010, p. 211.

⁹⁵³ CA Colmar, 26 sept. 2006, Sté Heuler Hermès c/Schlumberger; CA Versailles, 15 juin 2006, 13 ch. arrêt n°341, Rev. proc. coll. 2006, p. 225, obs. J.-J. Fraimout; JCP 2007, n°1004, obs. Ph. Pétel; CA Lyon, 3è ch. Civ. 31 mai 2006, Rév. proc. coll. 2006, n°3, p.255, obs. Ph. Roussel-Galle; RTD com. 2006, p. 625, n°12, note A. Martin-Serf; Droit et Patrimoine 2007, n°1, obs. C. Saint-Alary-Houin, JCP 2007, n° 1004, obs. J.-L. Vallens.

496. Dans un arrêt très remarqué en date du 25 février 2010⁹⁵⁴ la cour d'appel de Paris a rétracté le jugement d'ouverture de la sauvegarde au motif que la société demanderesse cherchait à instrumentaliser cette procédure afin d'échapper à ses engagements contractuels antérieurs alors qu'ils étaient simplement plus onéreux «Qu' en raison de la force obligatoire des contrats, il n'appartient pas à la société Hold de modifier unilatéralement les contrats de prêts qu'elle a souscrits ».

497. Mais la cour de cassation par trois arrêts du 8 mars 2011 a cassé la décision des juges du fond en leur rappelant sagement qu'ils se devaient de faire une stricte application du texte de l'article L.620-1 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008. A ce titre, ils ont eu tort de n'avoir pas vérifié si les éléments évoqués par les sociétés Hold et Dame Luxembourg au soutien de leur demande d'ouverture de sauvegarde n'étaient pas constitutifs de « difficultés insurmontables de nature à les conduire à la cessation des paiements» tels que le prévoient le texte de loi cité. Il n'y avait pas lieu de rajouter au texte une condition que ce dernier ne comporte pas. Or rappelle t-elle, « 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 » En clair, la cour de cassation reproche à la cour d'appel d'avoir trahi l'esprit du texte de l'article L.620-1 du code de commerce en raidissant les conditions de la sauvegarde par l'ajout d'une exigence que le législateur ne prévoit pas⁹⁵⁵.

498. Les hauts magistrats, à travers cette décision empreinte de fermeté ont ainsi apporté une contribution décisive à l'appréciation du caractère insurmontable des difficultés rencontrées⁹⁵⁶. Cette prise de position doit être encouragée car elle vise à renforcer l'attractivité de la sauvegarde et à faire d'elle l'outil central dans la lutte contre les défaillances

⁹⁵⁴ CA Paris, pôle 5, ch. 9, 25 févr. 2010: Gaz. Pal. 17 avr. 2010, p. 13, obs. P.-M. Le Corre; JCP E 2010, 742, n°1, obs. Ph. Pétel; JCP E 2010, 1475, obs. B. Saintourens; D. 2010, p. 579, obs. R. Damman et G. Podeur; Rev. proc. coll. 2010, étude 11, obs. M. Menjuq et comm. 152, obs. B. Saintourens; Dict. perm. Difficultés des entreprises, Bull. 313, p. 3957, obs. Ph. Roussel Galle; Bull. Joly Sociétés 2010, p.211, obs. F.-X. Lucas; LPA 9 mars 2010, n°48, p.12, obs. G. Teboul.

⁹⁵⁵ F. Reille « Conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde: la défense de la raison dans une affaire de «cœur», Gaz. Pal., 02 avril 2011 n°92, p.7. Cette réaction de la cour d'appel qui a pu être qualifiée d'épidermique P.-M. Le Corre, « La notion de difficultés que le débiteur ne peut surmonter», Gaz. Pal. 17 avr. 2010, éd. sp. Droit des entreprises en difficulté, p.13, I1260 appelait en tout cas un recadrage de la part de la cour de cassation B. Saintourens, «Conditions d'ouverture de la sauvegarde: le recadrage de la cour d'appel de Paris», Actualités des procédures collectives civiles et commerciales, n°8, 25 avril 2010, pp 1et 2.

⁹⁵⁶ C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, 8è éd. op.cit. p.246.

d'entreprises⁹⁵⁷. La rigidité de la cour d'appel peut se comprendre dans une certaine mesure, les hypothèses d'instrumentalisation de la sauvegarde ont été souvent dénoncées en doctrine⁹⁵⁸. Mais un tel postulat ne serait pas en harmonie avec la volonté du législateur. Ce dernier ayant décidé d'assouplir au maximum les conditions d'ouverture afin de permettre à une pluralité de débiteur de bénéficier de la sauvegarde. L'affaire cœur de la défense montre bien que le critère d'ouverture de la sauvegarde n'est aisé à apprécier. La modification apportée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 ne changera pas grand-chose. Comme le droit OHADA a reconduit le même critère de la procédure de sauvegarde de droit français, il est possible que les difficultés d'appréciation de ce critère d'ouverture risquent également de se poser aux juges africains. Ainsi en plus d'avoir réservée l'exclusivité de l'initiative au seul débiteur, le législateur français exige que le débiteur réunisse également un certain nombre de qualités.

3- Les conditions particulières d'ouverture des procédures de sauvegarde dérivées de droit français

499. La nouvelle procédure de sauvegarde accélérée issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 est une variante améliorée de la désormais ancienne procédure de sauvegarde financière accélérée⁹⁵⁹. Ces deux procédures sous réserve de quelque particularité à la sauvegarde accélérée, partagent pour l'essentiel les mêmes conditions d'ouverture⁹⁶⁰.

La première condition commune c'est que ces deux procédures ne peuvent s'ouvrir que si elles ont été précédées d'une procédure de conciliation qui n'a pas pu aboutir à cause de la résistance de certains créanciers, le législateur en fait un passage impératif. En outre, s'ajoute à cette première condition, une seconde condition qui repose sur des considérations d'ordre comptable. Le texte de l'article L. 628-2 du code de commerce exige de la part du débiteur qu'il rapporte la preuve que ses comptes ont été certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert comptable et que le nombre de salariés et le chiffre d'affaires soient

⁹⁵⁷ P. Fombeur, «La procédure de sauvegarde est l'emblème de l'anticipation voulue par le législateur» LPA, 12 Févr. 2008, n°31, p.3.

⁹⁵⁸ R. Dammam et G. Podeur, « Affaire «Cœur Défense»: exemple d'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde», D. 2010, p. 579.

⁹⁵⁹ F. Perochon et H. Bourbouloux, « La procédure de sauvegarde et ses variantes » in Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré, Rev. proc. coll. 2014-4, doss. 30.

⁹⁶⁰ L'article L. 628-9 qui pose les conditions d'ouverture de la Sauvegarde financière accélérée renvoie à l'article L. 628-1 relatif à la sauvegarde accélérée. Ces deux articles sont relatifs aux conditions d'ouverture de ces deux procédures de sauvegarde dérivées.

respectivement de 150 salariés et de 20 millions d'euros⁹⁶¹. A défaut d'avoir été certifiés, les comptes doivent avoir été consolidés selon la procédure indiquée à l'article L. 233- 16 du même code. Ces deux procédures se distinguent cependant par rapport au critère de la cessation des paiements. La sauvegarde financière accélérée renvoie aux conditions d'ouverture de la sauvegarde classique. Par conséquent, le débiteur qui en sollicite le bénéfice ne doit pas être en état de cessation des paiements. Or les dispositions relatives à la sauvegarde accélérée ne s'encombrent plus de ce critère, la constatation de la cessation des paiements est dorénavant indifférente. En effet « la circonstance que le débiteur soit en cessation des paiements ne fait pas obstacle à l'ouverture de la procédure de sauvegarde accélérée si cette situation ne précède pas depuis plus de quarante-cinq jours la date de la demande d'ouverture de la procédure de conciliation »⁹⁶². Cette nouveauté majeure dans l'ouverture des procédures de sauvegarde concourt davantage à la transformation de la cessation des paiements, elle devient en cela un simple curseur indicateur de la situation du débiteur pour déterminer le meilleur instrument juridique de son redressement⁹⁶³. De ce point de vue, l'harmonisation des conditions d'ouverture n'est plus recherchée du côté de la sauvegarde classique, mais plutôt du côté de la conciliation. Quoi qu'il en soit, le ministère public sera bien présent lors des ouvertures des sauvegardes dérivées et saisir le tribunal pour mettre fin à la procédure s'il est avéré que la date de la cessation des paiements est antérieure à celle prévue en conciliation⁹⁶⁴.

4- Des procédures applicables à une multitude de débiteurs

500. Les procédures de sauvegarde et de règlement préventif s'appliquent à une pluralité de débiteurs. Bien avant l'adoption du nouvel acte uniforme, le champ d'application du règlement préventif était très réduit. La réforme a amélioré le dispositif en élargissant le domaine d'application du règlement préventif à de nouveaux acteurs. Il s'agit des mêmes personnes visées par la procédure de conciliation de droit et de la procédure de sauvegarde de droit français. Par conséquent, il ya lieu de se référer aux développements sur la conciliation pour apprécier ces nouveaux acteurs des procédures collectives de droit Ohada⁹⁶⁵.

⁹⁶¹ Art. R. 626-52 C. com.

⁹⁶² Art. L. 628-2 alinéa1.

⁹⁶³ L.-C. Henry, L'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 et l'ouverture des procédures, Gaz. Pal. 08 avril 2014 n°98, p. 15.

⁹⁶⁴ Art. L. 628-5 C. com.

⁹⁶⁵ V. supra n° 360.

501. La procédure de sauvegarde est applicable à toutes les professions indépendantes et aux personnes morales de droit privé, les personnes morales de droit public n'y étant pas conviées. Les professionnels indépendants visés par l'article L.620-2 du code de commerce sont variées. Sont visés en premier lieu, les personnes exerçant une activité commerciale⁹⁶⁶, non plus seulement les commerçants, comme cela était le cas avant l'ordonnance de 2008 c'est à dire les personnes qui répondent à la définition des articles L.110-1 et L.121-1 du code de commerce⁹⁶⁷. Certes le critère de commercialité demeure toujours déterminant dans la sollicitation de la sauvegarde mais l'ordonnance du 18 décembre fait désormais référence à l'activité commerciale exercée par le débiteur. C'est à ce titre que dans deux espèces, la procédure collective a été refusée à un agent commercial pour défaut de qualité de commerçant⁹⁶⁸.

502. En revanche la question de savoir si la sauvegarde est applicable aux commerçants de fait c'est à dire des personnes qui ont la qualité de commerçant parce qu'accomplissant des actes de commerce mais ne sont pas immatriculées au registre des sociétés ne se pose plus véritablement puisque depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, c'est l'exercice effectif de l'activité indépendante qui est requis et non plus l'immatriculation. Il en résulte que le commerçant de fait peut bénéficier de la sauvegarde⁹⁶⁹ de même que les auto entrepreneurs qui ne sont pas tenus de s'immatriculer⁹⁷⁰. La solution est aussi valable pour l'artisan de fait et plus précisément de l'artisan de droit⁹⁷¹ puisque l'article L. 620-2 du code de commerce, outre les commerçants, vise également « toute personne exerçant une activité artisanale ». Il en est de même des agriculteurs qui rentrent désormais dans le domaine d'application de la sauvegarde et peuvent à ce titre, en solliciter le bénéfice à condition toutefois que l'intéressé exerce la profession agricole de manière habituelle⁹⁷². Il n'est pas nécessaire que la demande soit conditionnée par l'ouverture préalable d'un règlement amiable⁹⁷³. Il suffit qu'il remplisse les conditions posées par l'article L.620-1 du code de commerce.

⁹⁶⁶ B. Saintourens, « Les conditions d'ouverture des procédures après l'ordonnance du 18 décembre 2008, art. préc. p.40 ; v. également, M.-H. Monsièrè-Bon, « Le périmètre quant aux personnes des procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidations judiciaires », Rev. proc. coll. 2001; Dossier Colloque Toulouse «Le périmètre de la défaillance économique» , p. 61; «Associés de société civile et procédure collective. Une rencontre réussie?», in Mél. en l'honneur de Daniel Tricot, Dalloz-Litec, 2011, p.547.

⁹⁶⁷ Est réputé commerçant et les personnes qui effectuent des actes de commerce de manière habituelle.

⁹⁶⁸ Pau, 14 févr. 1990, Rennes, 2 mai 1990, Rev. proc. coll. 1992, p. 147, obs. A. Lienhard.

⁹⁶⁹ Perochon, Entreprises en difficulté, op.cit. n°269.

⁹⁷⁰ V. A. Lienhard, code de commerce 2011, p.73

⁹⁷¹ A. Lienhard, «Tous les artisans peuvent ils encore être mis en faillite?» D. 2000, n°38, Point de vue III

⁹⁷² C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, 9è éd. op. cit. p.232.

⁹⁷³ C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, Ibid.

503. Par ailleurs, peuvent bénéficier de la procédure de sauvegarde les professionnels indépendants et plus précisément les professionnels libéraux⁹⁷⁴. L'intégration de ces professions aux procédures de traitement judiciaire des difficultés est perçue comme un soulagement, et notamment les avocats qui sont constamment exposés aux incertitudes de la vie économique parce qu'ils exercent souvent en entreprise et ne sont pas éligibles aux textes relatifs au surendettement des particuliers⁹⁷⁵. Mais il peut arriver que dans certaines circonstances, la question de l'application à leur des procédures collectives se pose notamment lorsque le professionnel libéral concerné exerce à titre individuel et devient par la suite membre d'une société. La jurisprudence décide dans ce cas qu'à partir du moment où il exerce sa profession en qualité d'associé et non à titre individuel, il ne peut bénéficier de la procédure collective⁹⁷⁶.

504. Enfin, la sauvegarde est applicable aux personnes morales de droit privé. En effet, l'article L. 620-1 du code de commerce indique aussi que la sauvegarde est applicable « à toute personne de droit privé ». Ainsi formulé, le texte vise toutes les personnes de droit privé mais avec une réserve importante. Les personnes morales visées doivent avoir la personnalité morale c'est à dire du jour de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés jusqu'à leur radiation. En ce sens, une société même dissoute mais non encore liquidée peut faire l'objet d'une liquidation judiciaire⁹⁷⁷ car la survivance de la personnalité juridique étant justifiée pour les besoins de la liquidation⁹⁷⁸. Mais cette solution, d'après un auteur⁹⁷⁹, serait difficilement transposable à la procédure de sauvegarde parce qu'une société qui en cours de dissolution est pratiquement condamnée à disparaître. Par conséquent, l'application de la sauvegarde serait contraire aux objectifs de réorganisation de l'entreprise que poursuit cette procédure.

⁹⁷⁴ S. Rétif, «L'extension des procédures collectives aux Professions libérales», Dr. et patr. Mars 2006, p.95; «Professions libérales et procédures collectives», JurisClasseur procédures collectives, fasc. 1750, juil. 2011; O. Varin, « Les professions libérales, aspects pratiques », Rev. proc. coll. 2006, p.156; J.-L. Vallens, « Le redressement judiciaire et les professions libérales », LPA 1998, n°87, p.15 ; A. Cerati-Gauthier, «Application de la loi de sauvegarde des entreprises aux professions libérales», JCP 2008, 2436, p.31.

⁹⁷⁵ C. Saint-Alary-Houin, Ibid. p.232, n° 392.

⁹⁷⁶ CA Paris, 3 ch. A, 20 nov. 2007, JCP éd. E, 2008, 1045, p.35, obs. Chr. Lebel; RJDA 2/08, n°170, p. 164; D. 2007, AJ, p.3074, obs. A. Lienhard; Dr. Et patr. Juill. 2008, 110; note M.-H. Monsièrè-Bon; Rev. proc. coll. 2008, 110, note Saintourens; CA Chambéry, 14 mai 2007, Gaz. proc. coll. 2007/3, p. 21, obs. P.-M. Le Corre; voir également, A. Lecourt, «L'avocat, acteur et victime de la procédure collective», Dr. et patr. Oct. 2011, n°207. p. 59.

⁹⁷⁷ Cass. com., 20 sept. 2011, n°10-15068, Rev. proc. coll. Mars 2012, comm. , n°15, p.44 , obs. B. Saintourens; CA Paris, 3è ch. Sect. A, é2 mai 2007, Droit des sociétés mars 2008, p. 23.

⁹⁷⁸ Art. 1844-8 , al. 3 C. civ

⁹⁷⁹ C. Saint-Alary-Houin, op.cit. n°400, p. 240.

505. Par ailleurs, le même article L.620-1 du code de commerce ne fait aucune distinction quant à la nature de l'activité exercée. Il en résulte que peuvent bénéficier de la procédure de sauvegarde tous les groupements à objet civil ou commercial. Le texte du code de commerce cité est d'application générale, à cet titre, il vise non seulement toutes les sociétés commerciales mais aussi les sociétés civiles, et particulièrement les SCI⁹⁸⁰. En outre, relèvent de la procédure collective, les groupements d'intérêt économique⁹⁸¹, les associations déclarées qu'elles soient ou non reconnues d'utilité publique⁹⁸².

506. Plus récemment la question de l'application de la procédure de sauvegarde aux sociétés holding dépourvues d'activité économique⁹⁸³ s'était posée devant les tribunaux à l'occasion de l'affaire cœur défense. Mais les juges ont considéré que du moment où ces personnes morales ont la personnalité morale, il n'y avait pas d'obstacle à ce qu'elles soient bénéficiaires de la procédure de sauvegarde⁹⁸⁴. Ainsi comme le relève le Professeur François Xavier Lucas, l'éligibilité des holdings contribue fortement à rendre plus attractive la sauvegarde et à la replacer au cœur des dispositifs de traitement des difficultés des groupes. Indirectement donc, ces sociétés devraient pouvoir recourir à cette procédure pour négocier une réorganisation profitable au groupe lui même si cela peut avoir des conséquences sur la force obligatoire des contrats⁹⁸⁵.

507. C'est pourtant le prix à payer pour lutter contre les défaillances d'entreprise. C'est pour cette raison que les conditions d'ouverture relativement aux qualités professionnelles du débiteur ont été élargies. A celles ci, il faut également ajouter les qualités procédurales que doivent remplir le candidat à la sauvegarde. Les qualités procédurales sont celles que doivent

⁹⁸⁰ H. Berthoud- Ribaute, « Le sort de la société civile immobilière dans la procédure collective » : RTDcom. 2003, p. 259.

⁹⁸¹ Cass. Com., 6 mars 1990, Dr. Sociétés 1990, n°173; Rennes, 21 mai 1986, D. 1987, somm. comm. p.10, obs. F. Derrida ; T. com. Meaux, 9 juill. 1971, D. 1972 , p. 647 , note Lavabre.

⁹⁸² Cass. com., 5 juill. 2005 , RJDA 6/06, n°666; 18 juin 1985 , Rev. sociétés 1986 , p. 282 , note Y. Guyon; voir également pour une application de la procédure aux associations: J. - P. Legros, « Association et droit des entreprises en difficulté », in Entreprises en difficulté, Ph. Roussel-Galle (dir), Lexis-Nexis, Droit 360°, 2012, p.149, voir aussi CA Paris, 3è ch. Sect.B, 3 févr. 1995 , juris-Data n°020745 , Eglise de scientologie c/ Pierrel mais également les caisses primaires d'assurance maladie.

⁹⁸³ Cass. soc. 1er juin, 1978, Bull. civ. V, n° 427 aux mutuelles Paris, 13 janv. 1988, Gaz. pal. 1988, 1, somm. p.92 ; Rev. proc. coll. 1988, p. 345, obs. P. Didier, voir aussi pour une analyse plus corsée, M.-A. Rokotovahiny, « Les procédures collectives et les mutuelles, une rencontre bien insolite », RTDcom. 2006 , n°1.

⁹⁸⁴ Sur l'ensemble de la question v., M.-H. Monsièrè-Bon, « Société holding et procédures collectives », Rev. proc. coll. 2013, dossier 15, p. 58; H. Bourbouloux, « Nouveaux contextes, nouveaux débiteurs », BJE sept. 2012, n° 161 , p. 314; F. -X. Lucas, « L'éligibilité des holdings à la sauvegarde », BJS , 01 avril 2011, n° 4 , p. 281.

⁹⁸⁵ F. -X. Lucas, art.préc. BJS, 01 avril 2011, n°4 , p. 281.

avoir le débiteur au moment de la demande de sollicitation de la procédure de sauvegarde. Le tribunal doit en effet vérifier que le débiteur se trouve dans une situation irréprochable, qu'il ne se trouve pas dans l'une des deux situations suivantes.

508. D'abord, comme les conditions d'ouverture doivent s'apprécier au jour de la demande d'ouverture⁹⁸⁶ le débiteur ne doit pas être en état de cessation des paiements lorsqu'il introduit sa requête de sauvegarde. Mais l'absence de cessation des paiements au jour de la demande n'est pas une condition suffisante car il doit justifier que sa trésorerie demeure positive au jour où le tribunal statue⁹⁸⁷. En effet, même si elle apparaît comme une véritable procédure judiciaire et collective, la sauvegarde est exclusive de la cessation des paiements. De ce fait, si le débiteur se trouvait être dans un tel état le jour où il est procédé à l'analyse de sa demande, le tribunal saisi constate la cessation des paiements, en fixe la date et convertit la sauvegarde en redressement judiciaire d'office ou à la demande de l'administrateur, du mandataire ou du ministère public⁹⁸⁸. Cette hypothèse de conversion peut survenir à la suite d'une erreur d'ouverture de la sauvegarde⁹⁸⁹. Plus précisément, elle advient lorsqu'il est constaté qu'au cours de la période d'observation, la cessation des paiements préexistait à l'ouverture de la procédure collective. Il faut toutefois observer que le débiteur n'est pas autorisé à exercer la demande de conversion, ce qui peut paraître «étonnant et fâcheux»⁹⁹⁰ en raison du caractère volontaire de la procédure. Il est à craindre que cette exclusion du débiteur ne soit pas un obstacle à la sollicitation de la sauvegarde.

En effet, le débiteur par peur de subir une éventuelle conversion en redressement judiciaire, peut hésiter à solliciter la protection du tribunal. En revanche, la solution telle que prévue semble logique, puisqu'elle participe dans une mesure à la moralisation des affaires. La sauvegarde ne doit pas être instrumentalisée pour maintenir artificiellement des entreprises vouées à la disparition. En revanche, si la cessation des paiements cause de la conversion n'existe plus au jour où le tribunal est appelé à statuer, il n'y a pas d'obstacle pour le débiteur à obtenir la clôture de sa procédure, sur démonstration que les difficultés qui ont conduit à l'ouverture de la procédure ont disparu⁹⁹¹.

Mais il existe une deuxième hypothèse de conversion prévue à l'article L.622-10, al.2 du code de commerce. La sauvegarde est supposée avoir été régulièrement ouverte, mais au

⁹⁸⁶ Cass. Com. Bull. civ. IV, n°176 et 177.

⁹⁸⁷ Perochon, ouvrage op. cit. p. 200.

⁹⁸⁸ Art. L.620-12 C.com.

⁹⁸⁹ Perochon, ouvrage op. cit. p. 514.

⁹⁹⁰ Perochon, ouvrage op. cit. p. 514.

⁹⁹¹ P.M Le Corre, ouvrage op. cit. p. 387.

cours de la période d'observation, la cessation des paiements intervient. Dans ce cas, le tribunal convertit la sauvegarde en redressement judiciaire si les conditions de l'article L.631-1 du code de commerce sont réunies ou prononce la liquidation judiciaire si les conditions de l'article L.640-1 sont réunies.. A l'analyse, ces deux hypothèses de conversion visent à encadrer davantage la procédure de sauvegarde afin que le débiteur dont la situation est manifestement en décalage avec la sauvegarde ne puisse en réclamer malhonnêtement le bénéfice alors que vraisemblablement un redressement judiciaire ou même une liquidation judiciaire serait la seule alternative.

509. Ensuite, c'est pour les mêmes raisons de sécurité juridique que l'article L.620-2 al.2 du code de commerce précise que le débiteur ne peut solliciter l'ouverture d'une nouvelle procédure de sauvegarde s'il est déjà soumis à une telle procédure.

C'est ici l'application de la règle « faillite sur faillite ne vaut » en vertu de laquelle il est interdit de cumuler des procédures⁹⁹². Plus concrètement, une procédure nouvelle ne peut être ouverte à l'égard d'un débiteur personne physique ou personne morale tant que la précédente n'est pas achevée. Il en résulte que le tribunal qui est saisi par un débiteur pour solliciter l'ouverture d'une sauvegarde alors qu'il est déjà soumis à une telle procédure doit déclarer irrecevable demande en application de la règle de non cumul des procédures. Le débiteur devra donc être honnête et ne saisir le tribunal que s'il remplit les conditions d'ouverture prévues par les textes. Ces développements qui sont relatives à la sauvegarde sont parfaitement applicables à la procédure de règlement préventif de droit OHADA. Comme elles partagent les mêmes critères d'ouverture, il en résulte qu'elles sont exposées aux mêmes critiques. Toutefois on note quelques différences en ce qui concerne les règles qui favorisent l'ouverture des procédures.

B- La relative similitude des règles favorisant l'ouverture des différentes procédures

510. Les règles qui conditionnent l'ouverture de la procédure de sauvegarde et du règlement préventif, et plus précisément le monopole d'initiative procédural, ne pouvaient pas

⁹⁹² A. Perdriau et F. Derrida, « La règle «faillite sur faillite ne vaut», note sous Cass. com., 11 févr. 2001, D. 2002, act. jur. , p. 2523; 19 févr. 2002, RTDcom. 2002, p. 376, obs. J.-L. Vallens; 4 févr. 2003, Act. Proc. coll. 2004-11, n°142.

suffire à elles seules à attirer le débiteur vers le tribunal. Il faut en effet, non seulement que le chef d'entreprise soit persuadé qu'il pourra bénéficier d'un certain nombre d'avantages⁹⁹³ mais encore qu'une telle solution représente pour lui un remède aux maux de son entreprise. C'est ce qui explique l'octroi d'une immunité au débiteur quand il intervient en tant que gérant (1) mais également en tant que garant de l'entreprise (2).

1- Immunité du débiteur gérant de l'entreprise dans les deux procédures

511. Afin de convaincre davantage le débiteur d'engager une procédure de sauvegarde, le législateur a compris qu'il ne fallait pas l'exproprier de son bien, il faut plutôt le responsabiliser en le maintenant à la tête de l'entreprise (a) tout comme il devait être protégé au titre des responsabilités et sanctions qu'il encourt en raison de son activité (b).

a) Le maintien du débiteur à la tête de l'entreprise Française et Ohada

512. L'une des incitations pour que le dirigeant procède à cette démarche volontariste consiste dans son maintien à la tête de son entreprise. Cette solution est prévue par l'article L.622-1 du code de commerce et à l'article 18 du nouvel AUPCAP. La solution est beaucoup plus élaborée en droit qu'en droit français. En effet, selon le texte du code de commerce cité « l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant ». En sollicitant la sauvegarde ou le règlement préventif, le débiteur est ainsi persuadé qu'il conservera l'administration de son entreprise. Concrètement, le débiteur, malgré la période d'observation et même après le jugement d'ouverture, continue à gérer son entreprise, il n'est pas dessaisi⁹⁹⁴, il continue de recevoir son courrier. En bref, il demeure à son poste. A ce titre, il dirigera l'entreprise de façon indépendante et autonome, en gardant le contrôle de ses actifs et son pouvoir de décision⁹⁹⁵. Cette procédure est donc attrayante dans la mesure où elle ne peut pas entraîner l'expropriation du débiteur comme c'est le cas dans le redressement judiciaire. Tout est fait

⁹⁹³ Le débiteur bénéficiera notamment de la période d'observation au cours de laquelle, il est accordé un répit au débiteur par l'effet du gel de son passif avec ses deux corollaires à savoir l'interdiction des paiements et l'interdiction des poursuites. Il s'agit comme le souligne le professeur Roussel Galle, de bénéficier des avantages du redressement judiciaire sans en supporter les conséquences, Roussel Galle, op.cit, p.137.

⁹⁹⁴ Sur le dessaisissement, v. C. Lebel, Mél. Dugas de la Boissonny, PU Nancy, 2009, p.127, il continue de percevoir sa rémunération ; v.. F Perochon, Entreprises en difficulté, 10^e éd. op.cit. p.324, n°645, pour cet auteur, cette solution doit être admise dans le silence des textes ; voir également, A. Martin-Serf, La procédure de sauvegarde 2^e partie... Tout en restant chef dans son entreprise, LPA, 14 juin 2007, n°119, p. 21.

⁹⁹⁵ J. Elia, « La procédure de sauvegarde des entreprises, étude comparée de droit américain et français, thèse de doctorat, préc.. p.134.

comme le souligne le professeur François- Xavier Lucas « pour rendre la procédure moins menaçante »⁹⁹⁶. Plus précisément, tout est mis en œuvre pour impliquer directement le débiteur au déroulement de la procédure. Le législateur estime en effet que le débiteur est assez mieux informé du fonctionnement de l'entreprise et à ce titre, il est plus logique de faire de lui l'acteur privilégié de la réorganisation de l'entreprise.

513. La solution s'explique puisque le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements. Il existe donc à travers ces différentes mesures une volonté de la part du législateur d'envoyer un signal fort aux chefs d'entreprises afin que ces derniers comprennent mieux l'intérêt pour eux d'introduire une procédure de sauvegarde⁹⁹⁷. De la sorte, cette procédure en consacrant « un debitor in possession » à la française⁹⁹⁸ permet grâce aux pouvoirs conférés au dirigeant et son maintien à la tête de l'entreprise, de favoriser la continuité de l'entreprise. Certaines mesures sont même particulièrement incitatives. Il en est ainsi de l'obligation d'inventaire qui traditionnellement n'est pas du pouvoir du débiteur. Or d'après le texte de l'article L.622-6-1 du code de commerce, à moins qu'il n'en ait pas été prévu dans le jugement d'ouverture de la procédure, le débiteur peut lui-même établir l'inventaire de ses biens quitte à les faire certifier par un commissaire aux comptes ou attester par un expert comptable.

514. De surcroît, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde a pour effet considérable de faire bénéficier au débiteur de la règle traditionnelle de la suspension des poursuites individuelles⁹⁹⁹ mais également de celle de l'interdiction des paiements prévue à l'article L.622-17 du même code. S'agissant plus précisément de la règle de l'interdiction des poursuites, elle est superbement attractive pour les débiteurs in bonis car comme cela a pu être le cas avec l'ordonnance du 13 septembre 1967, elle donnera un temps de repis au débiteur pour réorganiser son entreprise et rebondir le plus tôt possible. Une autre mesure incitative est celle posée par les articles L.626-1 et L.626-2 du code de commerce qui envisagent une restructuration économique par la possibilité de procéder à une cession partielle de l'entreprise. Mais depuis la réforme opérée par l'ordonnance du 18 décembre 2008¹⁰⁰⁰ cette opération ne peut être possible sans l'autorisation du débiteur. Cette même

⁹⁹⁶ F.X.Lucas, Aperçu de la réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 : BJS, nov.2005, p.1184.

⁹⁹⁷ J. Elia, thèse de doctorat, préc. p.134.

⁹⁹⁸ J. Elia, thèse de doctorat, préc.. p.134.

⁹⁹⁹ Art. L.622-21 C.com.

¹⁰⁰⁰ P. Roussel-Galle, Premier aperçu sur l'ordonnance du 18 décembre 2008 réformant le droit des entreprises en difficulté, LPA, 24 décembre n°257, p.3 ; G. Téboul, La réforme du père Noël : la prévention et la

ordonnance a davantage accru les pouvoirs du débiteur. En effet, l'arrêté du plan de la sauvegarde n'est plus subordonné au remplacement des dirigeants, ce dernier en étant désormais le premier et parfois le seul concepteur. En outre, le tribunal ne peut ordonner l'incessibilité ou la cession forcée des droits sociaux détenus. Le professeur Bernard Saintourens s'interroge s'il ne s'agit pas là de se priver d'un moyen de pression vis-à-vis du chef d'entreprise, voire d'une modalité de sauvetage de l'entreprise¹⁰⁰¹.

b) Une immunité du dirigeant du point de vue des responsabilités et des sanctions dans les deux ordres juridiques

515. L'ouverture d'une procédure collective produit nécessairement des conséquences sur les biens propres du débiteur en raison du principe de l'unité du patrimoine. Ainsi son actif devant répondre de ses dettes personnelles et professionnelles, il en résulte que la situation patrimoniale du débiteur sera étroitement liée au sort de l'entreprise. Conscient de cela, en droit français le législateur de la loi du 26 juillet 2005 soucieux davantage d'attirer les chefs d'entreprise vers la procédure de sauvegarde, a décidé de cantonner les actions en responsabilité pour insuffisance d'actif à la seule procédure de liquidation judiciaire. En effet, la nouvelle rédaction de l'article L. 651-2 du code de commerce issue de l'ordonnance de réforme du 18 décembre 2008 prévoit que la résolution du plan de sauvegarde ne suffira plus au prononcé de la condamnation dès lors qu'elle ne s'accompagne pas d'une liquidation judiciaire. La solution ainsi retenue est opportune pour le plan de sauvegarde surtout que même prononcée pour cessation des paiements, elle n'entraînera plus systématiquement la liquidation judiciaire, le tribunal pouvant ouvrir un redressement judiciaire. Cette modification du domaine de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est conforme à l'esprit d'anticipation prônée par le législateur.

En effet, on pouvait très bien s'interroger sur la pertinence de l'ancien article L.651-1 du code de commerce dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 qui soumettait l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif au régime de la sauvegarde puisque la dite action même déclarée irrecevable en cas d'arrêté du plan de redressement ou de sauvegarde, pouvait l'être en cas résolution desdits plans. Le risque n'était donc pas complètement écarté pour le dirigeant qui se place sous le régime de la sauvegarde. Cette solution pouvait donc s'avérer

sauvegarde, Gaz. Pal., 06 janv 2009 n°6, p.6 ; N. Laugier- Taillard, L'anticipation judiciaire du risque de défaillance économique après l'ordonnance du 18 décembre 2008, LPA, 15 septembre 2009 n°184, p.3.

¹⁰⁰¹ B. Saintourens, L'ordonnance du 18 décembre 2008 : l'esprit et la lettre, Actualités des procédures collectives, n°1, 17 janv 2009.

dissuasive envers un débiteur dont la démarche est par essence volontaire et préventive¹⁰⁰² c'est pourquoi l'amélioration du domaine de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif constitue désormais l'un des points qui peut attirer le dirigeant à opter pour une solution judiciaire de traitement de ses difficultés en l'absence de tout état de cessation des paiements. L'attractivité de la sauvegarde devrait être encore grande puisque l'encadrement de la possibilité de mise en jeu de la responsabilité des créanciers pour soutien abusif a été largement étendu par le nouveau législateur. Le nouvel article L.650-1 du code de commerce dispose qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective « Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables 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 à ceux-ci . Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge ».

516. En outre, contrairement à la procédure de redressement judiciaire, l'ordonnance du 18 décembre précitée a opéré à la suppression de mesures dissuasives¹⁰⁰³. C'est le cas du remplacement d'un ou plusieurs dirigeants¹⁰⁰⁴, l'incessibilité des droits sociaux¹⁰⁰⁵ ou la cession forcée des actions ou parts sociales¹⁰⁰⁶. La suppression de ces mesures dans la procédure de sauvegarde rassure les dirigeants. Elle offre plus de garanties quant à leur avenir. En effet, ils ne peuvent plus être tenus à l'écart en tant qu'actionnaires ou associés de la société, ce qui les incite à demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

517. Dans cette même perspective, les sanctions qui frappent habituellement les dirigeants sont à première vue exclues du domaine d'application de la sauvegarde. S'agissant de la faillite personnelle¹⁰⁰⁷ et d'autres mesures d'interdiction, elles ne peuvent être envisageables qu'en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

¹⁰⁰² P.-M Le Corre, ouvrage préc. n°922.09, p. 2455.

¹⁰⁰³ N. Laugier-Taillard, L'anticipation judiciaire du risque de défaillance économique après l'ordonnance du 18 décembre 2008, op.cit. p.3.

¹⁰⁰⁴ Cette mesure avait pour objet d'évincer de la direction de l'entreprise les dirigeants qui compromettaient son redressement ou sa sauvegarde du fait de leur incompétence ou leur mauvaise foi.

¹⁰⁰⁵ il s'agissait dans cette hypothèse d'éviter que les dirigeants écartés n'usent de leurs pouvoirs d'associés pour entraver la nouvelle politique de l'entreprise.

¹⁰⁰⁶ cette dernière mesure consistait en l'élimination par le tribunal les dirigeants en les expropriants dans le but de faciliter la reprise interne des sociétés.

¹⁰⁰⁷ Art. L.653-1 ; Cass. com, 1er déc. 2009, n°08-17187 : BJS, 01 mars 2010 n°3, p. 256 note P.-M. Le Corre ; Cass. com., 23 mai 2006, n°5-11989 : BJS, 01 oct. 2006 n°10, p. 1138, note Ph. Pétel ; voir aussi, Deen Gibirila, « Redressement et liquidations judiciaires, Défrénois, 15 juin 2008 n°11, p. 1216.

Quant à la banqueroute¹⁰⁰⁸ et d'autres infractions, elles n'ont pas été retenues dans la procédure de sauvegarde. Tout est donc fait pour séduire les dirigeants afin qu'ils s'approprient ce nouvel instrument d'anticipation judiciaire des défaillances d'entreprise.

518. En droit Ohada, la solution adoptée par le législateur est sensiblement similaire que celle qui vient d'être décrite en droit français. En effet, l'article 9 du nouvel AUPCAP indique seulement que la décision qui ouvre le règlement préventif suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles sans autre précision. De manière plus paradoxale, l'article 18 du même acte souligne que le débiteur retrouve la liberté d'administration et de disposition de ses biens à compter de la décision homologuant le règlement préventif. Cela voudrait-il dire que le débiteur est écarté de la gestion de son bien en attendant l'homologation du concordat préventif ? Assurément pas car il n'est nulle part indiqué que le débiteur est dessaisi de l'administration de son entreprise. D'ailleurs dans l'esprit d'anticipation de la cessation, une solution contraire aurait été surprenante.

2- Immunité du dirigeant garant de l'entreprise en droit français et en droit Ohada

519. Conscient du fait que plusieurs dirigeants d'entreprise se portent fréquemment caution de celle-ci afin d'obtenir le crédit nécessaire au financement de leur activité, les législateurs français et africains ont prévu plusieurs mesures incitatives à l'égard des garants. Il est désormais prévu, tout comme c'est le cas en redressement judiciaire, que le jugement d'ouverture de sauvegarde ou de règlement préventif suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan de sauvegarde ou le plan concordataire ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie. Cette mesure s'applique à toutes les sûretés personnelles ainsi qu'aux sûretés réelles mobilières, immobilières, mixtes¹⁰⁰⁹.

520. Il est ensuite prévu que les « personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté un bien en garantie bénéficient d'une suspension des poursuites et de l'arrêt du cours des intérêts¹⁰¹⁰ ». De surcroît, ces mêmes garants peuvent également se prévaloir des dispositions du plan. L'extension de la catégorie des garants ainsi

¹⁰⁰⁸ Art. L.654-2 C.com ; Voir aussi, H. Matsopoulou, La banqueroute, LPA, 18 juin 2008, n°122, p.30.

¹⁰⁰⁹ N. Laugier-Taillard, art. préc. n°184, p.3

¹⁰¹⁰ Pour le droit français v. Art. L. 628-28 C.com., pour le droit Ohada, v. Art. 9 nouvel AUPCAP.

opérée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 devrait donc encourager le dirigeant à ne pas attendre la cessation des paiements pour bénéficier de la procédure de la sauvegarde car une telle mesure n'existe pas dans le cadre du redressement judiciaire. Il faut toutefois relever que cette règle spécifique à la sauvegarde n'est élaborée qu'en faveur des dirigeants de sociétés, personnes physiques qui se portent caution de leur entreprise. Dorénavant, ces derniers ne doivent plus craindre d'être personnellement engagés au titre de la caution de l'entreprise en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de règlement préventif. A travers ces mesures, l'encouragement à la sauvegarde et au règlement préventif est si fort que ces procédures de traitement des difficultés devraient connaître une certaine efficacité.

3- L'instrumentalisation des effets de la fiducie-sûreté dans le souci d'éviter la cessation des paiements en sauvegarde

521. On ne peut prétendre sauver une entreprise en proie à des difficultés sans demander ou imposer des sacrifices aux créanciers particulièrement ceux munis de sûretés¹⁰¹¹ mobilières. Il en est ainsi des bénéficiaires de la fiducie sûreté¹⁰¹² qui pour les besoins de sauvegarde de l'entreprise en difficulté verront geler les effets de l'opération fiduciaire. Selon le texte de l'article 2011 du code civil « la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble des 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 ». Plus concrètement, la fiducie-sûreté met en présence un créancier et un débiteur chef d'entreprise. Ainsi, pour garantir les engagements de ce dernier, des biens seront transférés momentanément à un fiduciaire avec deux issues possibles ; les biens reviennent dans le patrimoine du constituant une fois payée la dette garantie ou à défaut de règlement, il y aura appropriation complète et définitive par le créancier, sous réserve de régler les comptes

¹⁰¹¹ Il n'existe pas de définition légale de la notion de sûreté en raison de son caractère insaisissable et de la complexité qui l'entoure. Des auteurs la définissent néanmoins comme « une prérogative superposée aux prérogatives ordinaires du créancier par le contrat, la loi, un jugement ou une démarche conservatoire et qui a pour finalité juridique exclusive de le protéger contre l'insolvabilité de son débiteur ». Cette définition est celle des professeurs M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel in *Droit des sûretés*, Litec, 8^e éd. p.2. Pour être plus précis, une sûreté peut s'analyser comme tout instrument ou montage juridique qui a vocation à offrir une sécurité supplémentaire et toutes les garanties indispensables de paiement.

¹⁰¹² Dans cette étude, ne sera visée ici que la fiducie-sûreté mobilière régie par les articles 2372-1 et s. du code civil. Le régime adopté par les textes du code civil se caractérise par le recours à la technique du patrimoine d'affectation puisque le fiduciaire détient les biens qui lui sont transférés séparés de son patrimoine propre (Art. 2011 du code civil).

entre parties. De ce point de vue, il est à craindre que le caractère extrêmement contraignant de la fiducie ne constitue un obstacle au redressement de l'entreprise, le risque d'aggravation des difficultés de l'entreprise du fait de l'appauvrissement du patrimoine du débiteur au sortir de l'opération fiduciaire n'étant pas à exclure. En effet, l'efficacité de la fiducie-sûreté l'efficacité est imparable puisque par hypothèse, le bien affecté en garantie est cédé au fiduciaire et se trouve ainsi soustrait au gage des créanciers de l'entreprise et à l'emprise de la procédure collective, si celle-ci venait à s'ouvrir ultérieurement. De la sorte, le créancier qui en bénéficie échappe à la discipline de la procédure collective qui ne devrait pas l'affecter, puisque son paiement a vocation à intervenir en dehors de la procédure collective.

522. C'est pour éviter cette situation préjudiciable au débiteur et donner toutes les chances de succès au plan de sauvegarde, que l'article L. 622-23 alinéa 1 du code de commerce tel qu'il résulte de l'ordonnance du 18 décembre 2008, a procédé à un gel des effets de cette sûreté en cas de conversion de l'usage ou de la jouissance des biens par le débiteur¹⁰¹³ pendant la période d'observation devant conduire à l'arrêt du plan de sauvegarde. Il s'ensuit que, le créancier bénéficiaire ne peut réaliser sa sûreté, si les biens affectés en garantie sont utiles à l'entreprise et ont été laissés à sa disposition par convention. Cette solution a pour but de laisser au débiteur l'usage ou la jouissance des biens et droits transmis dans un patrimoine fiduciaire, pour faciliter la continuation de l'activité, et la recherche d'un plan de sauvegarde. Cela a fait dire à un auteur¹⁰¹⁴, qu'il s'agit à travers cette magnanimité du législateur d'instrumentaliser le droit des sûretés dans le but de canaliser les débiteurs et de les inciter à traiter de la manière la plus précoce les difficultés de leur entreprise.

523. Toutefois, cette neutralisation de la fiducie ne produira effet pas ses effets une fois la résolution du plan de sauvegarde prononcé et l'ouverture subséquente d'une nouvelle collective, et en cas, la fiducie sera dénouée par le désintéressement du créancier bénéficiaire de cette sûreté¹⁰¹⁵. La neutralisation de la fiducie-sûreté est donc conditionnée par le succès du plan de sauvegarde ce qui devrait normalement inciter le débiteur à mettre tout en œuvre pour permettre au plan d'aboutir. Dans le cas contraire, cette sûreté retrouvera toute son efficacité et le débiteur ne pourra y échapper. Et dans cette hypothèse, on considérera qu'on se trouve dans un cadre liquidatif et l'objectif de sauvegarde de l'entreprise serait inopérant et le

¹⁰¹³ P.-M. Le Corre, La réforme du droit des entreprises en difficulté, Dalloz 2009, n°235, p. 126

¹⁰¹⁴ F.-X. Lucas, L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises, Rev. des proc. coll. dossier 17.

¹⁰¹⁵ Art. L. 631-14 C. com.

désintéressement des créanciers deviendrait le seul objectif d'une procédure qui n'a plus qu'une seule finalité liquidative¹⁰¹⁶.

524. Cela dit, même si le gel des effets de la fiducie-sûreté apparaît comme une faveur du législateur en vue de permettre au débiteur d'échapper temporairement aux poursuites des créanciers fiduciaires, il n'en demeure pas moins qu'il échappe totalement, son seul répit dépendant du succès du plan de sauvegarde et là encore l'expérience démontre que, en tout cas avant la loi de sauvegarde, la plupart des plans se sont mués en liquidation judiciaire. Quoiqu'il en soit, le sursis accordé est un signe fort de responsabilisation envoyé au chef d'entreprise qui doit saisir cette aubaine pour sortir l'entreprise de la situation difficile. Le débiteur Ohada n'en demeure pas en reste de cette opportunité.

4- Le bénéfice de la suspension des poursuites

dans la procédure de règlement préventif

525. La règle de la suspension des poursuites constitue un répit pour le débiteur en difficulté. Si ce dernier en tire un avantage certain (a), elle affecte en revanche ses pouvoirs de gestion (b). Elle produit également des conséquences sur les créanciers du débiteur (c). Enfin elle a une influence sur la nature de la procédure de règlement préventif (d).

a) Un avantage certain pour le débiteur

526. Le débiteur qui sollicite la protection du tribunal est d'une manière générale un débiteur qui veut avoir un temps de répit pour pouvoir mieux s'organiser et relancer son entreprise. La demande de protection du tribunal est également aussi un moyen de mettre en veilleuse les demandes intempestives de paiements de la part de ses créanciers. Le débiteur Ohada est sans doute animée par cette démarche puisque dès le dépôt de la proposition du concordat préventif, le président du tribunal rend une décision provisoire de suspension des poursuites individuelles¹⁰¹⁷. D'après le professeur Michel Filiga Sawadogo, la suspension des poursuites est le but principal immédiat poursuivi par le débiteur à travers l'introduction de sa requête¹⁰¹⁸. Les effets de cette règle qui sont prévus par l'article 9¹⁰¹⁹ du même acte uniforme

¹⁰¹⁶ P.-M. Le Corre, La réforme du droit des entreprises en difficulté, op. cit. n°231-3

¹⁰¹⁷ Art. 8 AUPCAP.

¹⁰¹⁸ F. M. Sawadogo, Ohada. Traité et Actes uniformes commentés et annotés, art. préc.. note sous Art.8, p.1156.

lui sont en effet très bénéfiques. Ainsi, à titre d'exemple, la décision de suspension lui permet d'échapper du moins provisoirement aux paiements des créances qu'il aura désignées et nées antérieurement à la décision.

527. De même, pendant toute la période de la suspension des poursuites, le débiteur est certain de rester à la tête de son entreprise¹⁰²⁰, il n'est pas dessaisi de son bien, il en garde le contrôle et il en sera ainsi jusqu'à la décision d'homologation ou du refus du concordat préventif. Le maintien du débiteur s'explique comme en droit français par le caractère volontaire de la procédure de règlement préventif. Mais contrairement à la procédure de sauvegarde, le règlement préventif ne comporte pas une période d'observation et le bilan économique, financier à l'exclusion du volet environnemental est établi par un expert nommé par le président du tribunal. De surcroît, la décision de suspension des poursuites est prise par voie d'ordonnance par le président du tribunal, pourtant l'ordonnance française du 23 septembre dont s'inspire fortement le législateur Ohada en disposait autrement. Le pouvoir d'ouverture de la procédure de suspension des poursuites relevait du pouvoir du tribunal¹⁰²¹ il appartient donc à ce dernier d'apprécier l'opportunité de l'ouverture de cette suspension. Or il ressort de l'article 8, qu'il n'a qu'à se prononcer sur l'état des difficultés de l'entreprise. Il n'est pas aussi certain qu'il puisse fonder un éventuel refus sur le manque sérieux apparent du projet de concordat. Et comme le précise si bien l'article 22 de l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif, la décision de suspension des poursuites n'est susceptible d'aucune voie de recours, le débiteur se trouve ainsi conforté quant au choix de cette procédure même si ses pouvoirs de gestion peuvent connaître quelques restrictions particulières.

b) La restriction des pouvoirs de gestion du débiteur

528. La limitation des pouvoirs de gestion du débiteur est une conséquence de la mise de son entreprise sous protection judiciaire. La première restriction de ses pouvoirs provient en

¹⁰¹⁹ Le domaine de la règle de suspension des poursuites est largement étendu. Elle concerne toutes les créances antérieures à la décision à condition qu'elles aient été mentionnées dans la requête du débiteur. La suspension également à toutes les poursuites engagées avant ou après la décision dès lors qu'elles n'ont pas encore produit un effet définitif. Elle s'applique aux voies d'exécution, elle affecte aussi certaines le droit des sûretés et plus précisément, les créanciers munis de sûretés de privilèges généraux ou de sûretés réelles spéciales telles qu'un gage, un nantissement, une hypothèque ou un privilège mobilier spécial.

¹⁰²⁰ Cette solution rappelle celle adoptée par le droit français à propos de la procédure de sauvegarde, v. Art. L. 622-1 C. com., pour plus de détails, supra, n° 553 et s.

¹⁰²¹ V. Titre 1^{er}, chapitre 1^{er} de l'ordonnance du 23 sept. 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises. JO du 28 sept. 1967 citée par Ph. Roussel Galle, Art. préc. p.63

premier lieu de la nomination de l'expert par le président de la juridiction compétente. Certes le débiteur n'est pas dessaisi par le tribunal mais la présence de l'expert¹⁰²², dont les pouvoirs et prérogatives sont importants restreint un temps soit peu sa marge de manœuvre.

529. D'abord, il n'appartient pas au débiteur, contrairement au droit français d'établir le rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise. Ensuite, il intervient activement dans la préparation du concordat préventif, et il est certain que son influence sur la décision finale du tribunal sera prépondérante. Il exerce en outre une surveillance sur les actes du débiteur pendant la période de suspension des poursuites. Mais le domaine des restrictions concerne surtout les actes de disposition visés par l'article 11 de l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif. En effet selon ce texte, il est interdit « de faire aucun acte de disposition étranger à l'exploitation normale de l'entreprise, ni consentir aucune sûreté ». Le débiteur est maintenu à la tête de l'entreprise, mais sa gestion est limitée aux actes d'administration courante. Quant aux actes de disposition, à moins qu'ils soient utiles au bon fonctionnement de l'entreprise du débiteur, sont interdits. De même, toute aliénation des biens de l'entreprise de l'entreprise et donc toute cession d'actifs ne peut relever de la seule décision du débiteur. Ces interdictions ne sont pas toutefois absolues. D'après l'article 11 cité, le président du tribunal peut, par décision motivée, autoriser le débiteur à payer tout ou partie d'une créance antérieure ou à accomplir un acte de disposition étranger à l'exploitation de l'entreprise ou enfin à consentir une sûreté.

c) Les conséquences de la règle de la suspension sur les créanciers du débiteur

530. Quant aux créanciers du débiteur, ils ne sont pas épargnés par l'effet de la règle de suspension des poursuites dont le caractère automatique difficilement justifiable avait été relevé avec étonnement¹⁰²³ par un auteur. Sont d'abord malmenés par cette règle, les créanciers titulaires antérieurs. Plus précisément à compter de la décision de suspension des poursuites, toute action en justice, voie d'exécution ou même les mesures conservatoires à l'égard de ces créanciers est interdite. La généralité de la formule employée par le texte de l'article 9 de l'acte uniforme permet d'inclure les éventuelles demandes de créanciers qui tendent à l'ouverture d'une procédure de redressement que les exécutions volontaires ou

¹⁰²² Art. 12 et 13 AUPCAP. Ce caractère d'automaticité a disparu avec la nouvelle réforme de l'acte uniforme

¹⁰²³ Ph. Roussel Galle, art. préc., p.62.

forcés, même fondées sur un jugement passé en force de chose jugée¹⁰²⁴. Sont également paralysées par la suspension des poursuites, les saisies, saisies arrêts ou encore les astreintes. La seule possibilité pour les créanciers d'échapper cette paralysie, c'est d'espérer que les mesures aient été réalisées effectivement avant la décision de suspension. Le législateur ne donne aucune précision sur le critère de la naissance des créances, doit on dans ce cas se référer à la notion d'exigibilité qui relève de la volonté des parties ?

Afin d'éviter toute polémique inutile, le professeur Roussel Galle estime que le fait générateur de la créance paraît préférable au critère d'exigibilité¹⁰²⁵. Cette précision étant faite, il faut relever que le domaine d'application de l'article 9 de l'acte uniforme est assez large et concerne tous les créanciers chirographaires ou privilégiés, même si ils sont munis de privilèges généraux ou de sûretés réelles spéciales. Sont également concernés par cette restriction de leurs droits les créanciers munis d'un privilège mobilier spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque. Il est suffisamment question pour le législateur Ohada de geler pendant cette période les effets de ces sûretés pour permettre au débiteur de proposer un plan concordataire destiné à redresser l'entreprise.

531. La règle de la suspension des poursuites n'est pas pour autant absolue et elle connaît des exceptions importantes. D'abord, selon l'article 9 de l'acte uniforme cité, les poursuites tendant à la reconnaissance de droits ou de créances contestées ne sont pas concernées par la règle. Ces poursuites ne pourront aboutir qu'à la reconnaissance des droits des créanciers. De même, les créanciers de salaire sont exclus du dispositif, ceux-ci faisant l'objet d'une protection de la part du législateur. Enfin, les sûretés personnelles n'étant pas concernées par la procédure, les poursuites à l'encontre des codébiteurs ou cautions du débiteur restent possibles. Ainsi contrairement à la solution retenue en droit français en matière de conciliation, les dirigeants de droit Ohada se trouvent exposés au risque de poursuite en leur qualité de caution. Il en résulte que le sort des cautions est inconfortable dans le règlement préventif OHADA. Cette solution est regrettable et elle risque d'avoir des conséquences fâcheuses sur le sort de l'entreprise. Le dirigeant peut être tenté de payer les créanciers bénéficiaires de cette garantie avant la demande d'ouverture, ce qui est une entorse au principe d'égalité entre les créanciers¹⁰²⁶.

¹⁰²⁴ Ph. Roussel Galle, art. préc. p.66.

¹⁰²⁵ Ph. Roussel Galle, article op. cit. p. 66.

¹⁰²⁶ Ph. Roussel Galle, article op.cit. p.66.

532. Enfin pour finir, les créances de sommes d'argent ne sont pas également concernées par la suspension ou l'interdiction de leurs poursuites. En effet, les contractants n'ont pas à subir le non exécution d'obligations de faire ou de ne pas faire à la charge du débiteur. A défaut d'exécution de sa part, une demande en résolution du contrat doit aboutir, même si elle risque parfois de compromettre les chances de survie de l'entreprise, par la perte de contrats importants. Quoiqu'il en soit, ces nombreuses entorses ne doivent pas occulter le fait que la règle est une opportunité pour le débiteur en difficulté. Ce dernier, malgré les risques d'atteinte au principe d'égalité entre les créanciers, pouvant choisir, parmi ses créanciers ceux dont il estime nécessaire que les poursuites soient suspendues. Le débiteur se voit ainsi octroyer une importante confiance de la part du législateur, il lui appartient de ne pas gaspiller inutilement cette prérogative dans l'intérêt de son entreprise en ne faisant pas du favoritisme exacerbé entre les créanciers surtout que ceux qui ne seront pas désignés sur la liste ne seront pas concernés par la suspension des poursuites et, ils pourront donc le poursuivre. Cette règle de la suspension des poursuites a une influence sur la nature du règlement préventif.

d) L'influence de la règle sur la nature de la procédure de règlement préventif

533. Même si elle ne revêt plus un caractère automatique depuis la nouvelle réforme¹⁰²⁷, le prononcé de la règle de suspension des poursuites dans le règlement préventif amène à s'interroger sur la véritable nature de cette procédure. Doit-on l'appréhender comme une procédure contractuelle ou une procédure judiciaire et collective ? Relevons au passage que cette procédure consiste pour le débiteur à négocier avec ses principaux créanciers avec l'assistance d'un expert désigné par le président du tribunal un plan concordataire d'apurement du passif et éventuellement de sauvetage de l'entreprise. Plus précisément, il s'agit pour le débiteur d'obtenir de ses créanciers des reports d'échéance dans le cadre d'un concordat amiable. L'aspect contractuel est alors évident mais minime puisque les créanciers récalcitrants peuvent se voir imposer des délais de paiement par le président du tribunal. En réalité, l'essentiel de la procédure se déroule entre le débiteur et le tribunal. Le rôle des créanciers est que très limité. En effet le tribunal prononce la suspension des poursuites s'il juge sérieux le concordat préventif du débiteur. Or la règle des suspensions de poursuites est

¹⁰²⁷ Contrairement à l'article 8 de l'acte uniforme qui autorisait le président de la juridiction compétente à rendre une décision de suspension des poursuites individuelles, la nouvelle rédaction de l'article 8 subordonne le prononcé de la règle de suspension des poursuites après l'élaboration d'un projet de concordat préventif sérieux. C'est après analyse de ce projet et si le président de la juridiction compétente juge crédible le projet de concordat préventif qu'il décide d'ouvrir le règlement préventif. D'après l'article 9 nouveau, c'est à compter de la décision d'ouverture que le juge saisi prononce la suspension provisoire des poursuites.

l'une des règles caractéristiques des procédures collectives. Elle soumet en principe tous les créanciers à la discipline collective. Cette exigence n'est peut être pas réalisée dans cette procédure le débiteur peut, comme cela a déjà été relevé de mentionner dans sa requête une liste de créanciers qu'il favorisera plus que d'autres. Mais cette probable entorse à la règle d'égalité entre les créanciers n'est pas sans conséquence sur la nature du règlement préventif qui apparaît comme une véritable procédure judiciaire et une procédure collective ou une semi procédure collective¹⁰²⁸. D'après un auteur, le règlement préventif ne serait pas une procédure collective au sens strict en ce sens qu'il intervient avant la cessation des paiements, les procédures collectives étant censées intervenir en cas de cessation des paiements du débiteur¹⁰²⁹. Cette approche qui fait du critère de la cessation des paiements la ligne de démarcation entre les procédures préventives et les procédures collectives est aujourd'hui dépassée dans certaines législations notamment en droit français. Ce n'est pas parce qu'une procédure est ouverte avant la cessation des paiements qu'elle doit être automatiquement qualifiée de procédure préventive et à l'inverse, son ouverture après cessation des paiements ne fait pas d'elle automatiquement une procédure judiciaire ou collective¹⁰³⁰. Il peut donc exister des procédures judiciaires ou collectives avant cessation des paiements, l'exemple type est la procédure de sauvegarde de droit français, tout comme il est possible qu'une procédure soit collective même si elle s'ouvre avant la cessation des paiements. Le règlement préventif serait donc une procédure judiciaire et collective avant cessation des paiements¹⁰³¹. Le législateur Ohada semble conforter davantage cette solution comme le montre l'article 1^{er} de l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif. Ce texte est relatif à l'objet de l'acte uniforme qui est « 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 ».

534. Cette tentative de qualification de la procédure de règlement préventif, peut rencontrer des opinions divergentes, cela ne fait qu'enrichir le débat, mais l'enjeu du débat

¹⁰²⁸ M. Ndiaye Mbaye, « Réflexions sur la modification du concordat préventif en droit Ohada », Revue penant 2010 n° 870-873, p.29.

¹⁰²⁹ M. Ndiaye Mbaye, art. préc. p.29.

¹⁰³⁰ La procédure de conciliation de droit français est certes ouverte après cessation des paiements mais elle n'est pas pour autant une procédure collective même s'il peut être tentant de le croire des fois.

¹⁰³¹ P. Tiger, « Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé Ohada », LPA du 13 octobre 2004, n°205, p.35. Cet auteur classe les procédures collectives en deux catégories : la procédure collective avant cessation des paiements qui est le règlement préventif et les procédures collectives après cessation des paiements, à savoir le redressement judiciaire et la liquidation des biens. Voir aussi G. Blanc qui partage aussi le même avis : Rev. Lamy droit civil, janv. 2010, n°67, p.78.

réside dans l'efficacité de cette procédure dont le caractère éminemment judiciaire ne saurait être en revanche contesté¹⁰³². En effet, pour le législateur de droit Ohada, l'efficacité voire l'attractivité de cette procédure préventive passe avant tout par une prise de conscience suffisamment précoce des difficultés, tant par le débiteur que par ses principaux créanciers. Autrement dit, c'est par une responsabilisation du débiteur que le législateur communautaire espère accroître les chances de sauvetage des entreprises africaines. Dès lors, il faut espérer que le choix du législateur qui consiste à laisser moins de pouvoirs aux créanciers et de renforcer l'omniprésence judiciaire dans le déroulement de la procédure soit judicieux et contribuer ainsi à atteindre l'objectif essentiel, celui d'éviter la cessation des paiements

Paragraphe II : Des procédures pour traiter les difficultés de l'entreprise

535. Les procédures de sauvegarde et de règlement préventif dont les conditions d'ouverture viennent d'être ci-dessus abordées ont aussi vocation, à l'instar de la prévention de la cessation des paiements, de procéder à un traitement judiciaire des difficultés en l'absence de cessation des paiements. Pour ce qui est du droit français, ces objectifs étaient à l'origine, dévolus à la seule procédure de sauvegarde telle qu'issue de la loi du 26 juillet 2005. Mais les premières années d'application de la sauvegarde ont montré quelques difficultés d'application notamment à l'occasion de l'élaboration du plan¹⁰³³. Certaines lacunes inhérentes à la procédure elle-même avaient déjà relevées par des auteurs¹⁰³⁴ ce qui a nécessité une série de réforme ultérieure lesquelles ont vu naître deux secondes procédures de sauvegarde dérivées de la première. Désormais donc, en droit français le redressement de l'entreprise peut se faire dans le cadre de trois procédures de sauvegarde et plus précisément à travers trois plans de sauvegarde. Ces plans doivent être votés par des comités de créanciers dont la participation au maintien en activité de l'entreprise est presque quasi indispensable (A). Le rôle des créanciers dans le redressement de l'entreprise s'est considérablement accru avec la dernière réforme issue de l'ordonnance du 12 mars 2014. La préservation du débiteur

¹⁰³² Ph. Roussel Galle, art.préc. p.10. L'auteur relève que ce caractère judiciaire est perceptible durant la période d'élaboration du concordat pendant les poursuites sont suspendues mais aussi à travers l'imposition de délais forcés aux créanciers du débiteurs, du moins ceux qui n'auront pas accepté les propositions concordataires.

¹⁰³³ V. Affaire Thomson-Technicolor : Cour d'appel de Versailles, 18 nov. 2010, D. 2010. 2767, obs, A. Lienhard ; Cass. com. 21 févr. 2012, n°11-11693, B., BJE mars 2012, p. 78, n°63, obs. Damman et Podeur ; JCP E 2012, 1227, n° 3, obs. Ph. Pétel.

¹⁰³⁴ P. Teboul, « La procédure de sauvegarde : le nouveau Janus. Le nouveau texte : espoir ou perplexité ? » journal des sociétés, n° 24 septembre 2005.

dans le processus reste en revanche un acquis même si les nouveaux textes consacrent un rééquilibrage des pouvoirs dans l'élaboration du plan de sauvegarde, Les créanciers peuvent désormais proposer leur propre plan indépendamment de celui du débiteur.

536. En revanche, en droit Ohada, l'analyse du régime juridique de la procédure de règlement préventif amène à appréhender la condition des créanciers différemment. En effet, le législateur africain contrairement à son homologue français a décidé avec l'aide du tribunal de confier essentiellement le sort de l'entreprise à la seule volonté du débiteur. Les créanciers se trouvent du coup exclus de l'élaboration du plan concordataire censé maintenir l'entreprise en activité (B).

A- L'association des créanciers dans la recherche de solutions en sauvegarde

537. L'institution du comité des créanciers est l'une des innovations majeures de la loi du 26 juillet 2005. Ce faisant, ces derniers sont désormais associés au redressement de l'entreprise, du moins pour ceux qui en font partie. Plus concrètement, la participation se traduit par l'institution de deux comités obligatoires dans certains cas (a). Toutefois, il faut regretter l'exclusion d'une catégorie de créanciers (b), le dirigeant en difficulté devant pouvoir compter sur tous les créanciers existants pour redresser l'entreprise.

1- Constitution et importance des comités de créanciers¹⁰³⁵

538. Avant d'aborder leur constitution, il faut préciser que l'importance des créanciers dans le règlement des difficultés d'une entreprise est évidente. Leur pouvoir de nuisance mais aussi leur pouvoir de dire non peut revêtir des conséquences néfastes sur le sort de l'entreprise. C'est pourquoi l'ordonnance du 12 mars 2014 a considérablement amélioré leur sort. De la sorte, les créanciers membres d'un comité de créanciers peuvent désormais proposer dans le cadre du plan de sauvegarde, un plan concurrent ou alternatif à celui proposé par le

¹⁰³⁵ G. Brémond et E. Scolastique, « Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires », JCP E 2006, p. 466 ; R. Dammann et G. Podeur, Les enjeux de la réforme des comités de créanciers, JCP E, 2009, 2094, p. 36. V. également, J.-P. Legros, La loi de sauvegarde des entreprises, la nouvelle procédure de sauvegarde (2è partie), Dr. Sociétés, nov. 2005, p. 7, n° 11 et s. H. Croze, « Loi de sauvegarde des entreprises, Procédure de sauvegarde », Procédures déc. 2005, p. 8, n° 41 et S. ; F. Marcorig-Venier et C. Saint-Alary-Houin, « La situation des créanciers dans la loi du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises », Rev. dr. bancaire et fin. 2006, p. 60, spéc. , n° 15 et s. ; P. – M. Le Corre, « Les comités de créanciers », Rév. proc. coll. juill. 2011, p. 36.

débiteur¹⁰³⁶. La constitution des comités de créanciers est régie par l'article L. 626-29 du code de commerce. Ce même texte détermine le champ d'application et impose deux caractéristiques à leur constitution. En effet, le texte cité exige des caractères légaux obligatoires et un caractère légal facultatif. Les caractères légaux sont relatifs à la qualité des comptes présentés par les débiteurs d'une part et à l'exigence de certains seuils d'autre part.

539. D'abord, les comptes du débiteur doivent être certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert comptable. Il faudra toutefois vérifier que le rôle de l'expert aux comptes désigné par le débiteur est d'établir effectivement les comptes et non simplement de se limiter à une mission d'assistance conseil¹⁰³⁷. Ensuite, le nombre de salariés ou le chiffre d'affaires doit être supérieur, respectivement à 150 salariés et 20 millions d'euros¹⁰³⁸.

540. S'agissant du caractère facultatif, il part du postulat que toutes les entreprises ne pouvaient réunir les conditions légales de seuil ci-dessus énoncées. Ainsi pour pallier à cette difficulté, le juge commissaire peut autoriser la constitution de comités en deçà des seuils si le débiteur ou l'administrateur judiciaire en fait la demande et si les comptes sont certifiés ou établis par un expert-comptable. Cette possibilité pour l'administrateur de solliciter du juge commissaire la création de comités de créanciers est perçue comme un renforcement de l'extension du champ ainsi ouvert aux dits comités¹⁰³⁹ même si d'autres auteurs pensent le contraire¹⁰⁴⁰. La recherche d'une plus grande attractivité de la sauvegarde a ainsi amené le législateur à assouplir le domaine des comités de créanciers, il faut s'en féliciter car de nombreuses entreprises pourront bénéficier de cette largesse législative. Mais le législateur ne s'est pas contenté d'imposer des conditions quant au champ d'application du comité, il en a aussi restreint la composition. En effet, l'article L.626-30 du code de commerce prévoit la composition par l'administrateur de deux comités, un comité des établissements de crédit et assimilés et un comité des principaux fournisseurs de biens ou de services. Il est même

¹⁰³⁶ Art. L.626-30-2 C.com ; v. sur les diverses modifications intéressant le rôle des créanciers après l'ordonnance du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises en difficulté et des procédures collectives, G. Teboul, « L'ordonnance du 12 mars 2014 sur la réforme du droit des entreprises en difficulté : un duel créanciers/débiteurs à armes égales ? », Gaz. Pal , 27 mars 2014 n° 86, p. 6.

¹⁰³⁷ M.- A. Baret, « Les acteurs des procédures : le comité des créanciers », LPA, 20 mars 2007 n°57, p. 22.

¹⁰³⁸ Art. R. 626-52 C.com.

¹⁰³⁹ F. Perochon, op. cit. n°865.

¹⁰⁴⁰ Martineau- Bourgninaud in Lucas et Lécuyer, art. préc. cit. p.228 s'interroge sur l'effet pervers de cette disposition sur l'aspect contractuel de la sauvegarde

possible d'ajouter à ces deux comités un troisième qui n'en constitue véritablement pas un : l'assemblée générale des obligataires¹⁰⁴¹.

541. Le comité des établissements et assimilés comprend tous les établissements de crédit c'est-à-dire ceux visés à l'article 511-1 du code monétaire et financier, à savoir des personnes morales effectuant à titre de profession habituelle des opérations de banque, des opérations de crédit, ou la mise à disposition ou la gestion des moyens de paiement. Mais il s'agit également de tous les établissements de crédit créanciers du débiteur¹⁰⁴². Les établissements de crédit sont membres de plein droit du comité, le volume et la typologie des créances détenues sont indifférents. En outre, d'après l'article L.626-30 cité « tous les titulaires d'une créance acquise auprès » d'un établissement de crédit et assimilé ou auprès « d'un fournisseur de biens ou de services » sont membres de droit du comité peu importe le mode d'acquisition des créances ainsi détenus à condition toutefois qu'elles revêtent le caractère de créances nées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure¹⁰⁴³. Ce n'est donc pas l'acquisition qui doit être antérieure, seule la créance transmise doit revêtir un tel caractère.¹⁰⁴⁴ En revanche, le transfert de la qualité de membre qui autorise le droit de vote doit être rendu opposable à la procédure par une notification par lettre recommandée avec accusé de réception à l'administrateur de la procédure, le portant à sa connaissance¹⁰⁴⁵.

542. De surcroît, depuis la réforme de l'ordonnance du 18 décembre 2008, le contenu du comité des établissements de crédit s'est considérablement élargi. En effet, le membre du comité des établissements de crédit n'est pas forcément un établissement de crédit. Il pourrait bien s'agir d'un membre qui est simplement titulaire d'une créance initialement détenue par un établissement de crédit ou d'un fournisseur ou même de toute entité ayant conclu avec le débiteur une opération de crédit définie par l'article L.313-1 du code monétaire et financier comme une opération de mise à disposition des fonds à titre onéreux¹⁰⁴⁶. Cette solution est posée par l'article R.626-55 al2 C.com qui considère comme établissement de crédit « tout autre entité auprès de laquelle le débiteur a conclu une opération de crédit »¹⁰⁴⁷. Ce n'est plus

¹⁰⁴¹ F. Perochon, préc. p.427 ; voir aussi, Art. L.626-32 C.com.

¹⁰⁴² F. Perochon, op. cit., n°870.

¹⁰⁴³ Arrt. L. 626-30 C.com.

¹⁰⁴⁴ F. Perochon, op. cit., n°873

¹⁰⁴⁵ Art. R. 626-57-1 C.com.

¹⁰⁴⁶ F. Bonneau, Droit bancaire, 9^e éd. 2011, n°55

donc la qualité du membre qui est considérée mais la nature de l'opération liant le débiteur à l'établissement de crédit¹⁰⁴⁸.

543. Le deuxième comité prévu par l'article L.626-30 est composé des principaux fournisseurs de biens ou services. Il s'agit d'après le texte de l'article précité de ceux dont les créances représentent plus de 3% du total des créances des fournisseurs toutes taxes comprises existant à la date du jugement d'ouverture. Ces créances a priori certifiées par le commissaire aux comptes ou à défaut par l'expert comptable du débiteur sont remises à l'administrateur qui se chargera d'aviser chaque fournisseur dont les créances atteignent le pourcentage défini, et l'informer par la suite qu'il est membre de droit du comité des principaux fournisseurs.¹⁰⁴⁹ En tout état de cause, il est bon de savoir que l'absence de constitution d'un des comités empêche la constitution de l'autre. La procédure demeurera celle avec comité de créanciers. C'est le cas de la procédure de sauvegarde financière accélérée. Le comité des établissements de crédit¹⁰⁵⁰. Au regard de ces premiers éléments, force est de constater que les comités de créanciers se singularisent par une donnée fondamentale ; c'est que tout le monde n'a pas vocation à y participer. N'en font partie que certains créanciers antérieurs contrairement aux anciennes assemblées concordataires auxquelles tous les créanciers avaient le droit de siéger. Il en résulte que ces comités n'existeront que les entreprises les plus importantes ou les plus solides financièrement. Ce qui exclut donc du domaine d'application des comités une majorité de créanciers.

2- Les créanciers exclus

544. Contrairement à certains droits étrangers et notamment le droit américain qui comporte quatre comités de créanciers¹⁰⁵¹, le législateur français n'en retient que deux, laissant ainsi de côté une bonne catégorie de créanciers qui auraient pu jouer aussi un rôle important dans le redressement de l'entreprise. Parmi ces créanciers qui ont été exclus du dispositif, on retrouve les créanciers des salariés dont la mise à l'écart s'explique semble t-il

¹⁰⁴⁷ Le professeur Pierre-Michel Le Corre aurait préféré le terme « d'opérateurs de crédits » en lieu et place de celui utilisé par le code de commerce, P.-M. Le Corre, *Droit et pratiques des procédures collectives*, 7^e éd. op.cit. p.1313.

¹⁰⁴⁸ Scholastique et Brémond, « Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires », *JCP E* 2006. 1405, p. 466 s. sp., n°53. p. 472

¹⁰⁴⁹ Art. L.626-30, al.3 et R. 626-56 C.com

¹⁰⁵⁰ P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, op.cit. n°552.22.

¹⁰⁵¹ J. Elia, thèse de doctorat préc., p.134.

par le traitement de faveur dont ils font l'objet. Ce faisant, il était difficile qu'ils leur soient demandés des sacrifices¹⁰⁵², et plus précisément solliciter de leur part, une réduction éventuelle de leur rémunération¹⁰⁵³. Finalement, comme le souligne le professeur Perochon¹⁰⁵⁴, c'est pour leur éviter la dictature des deux comités de créanciers que le législateur ne les a pas retenus tout comme il n'a pas également retenus les créanciers bénéficiaires d'une fiducie-sûreté¹⁰⁵⁵. Mais il faut relativiser cette dernière hypothèse, L'exclusion ne vise que les créances grevées par la sûreté et non toutes puisque le créancier peut être membre du comité au titre d'autres créances¹⁰⁵⁶. De surcroît, sont expressément exclus les créanciers publics et certainement pas tous¹⁰⁵⁷ même si l'article L.626-30 cité dans son dernier alinéa semble viser tous les créanciers publics. Ces créanciers obéissent en effet à des procédures de décisions autonomes. La création d'un tel comité aurait donc abouti à ce que certains d'entre eux puissent imposer des délais et remises à d'autres¹⁰⁵⁸.

545. Enfin, il y a l'assemblée des créanciers obligataires expressément prévus à l'article L.626-32 du code de commerce. Cette catégorie de créanciers pourrait être considérée comme un troisième comité mais il en est rien¹⁰⁵⁹. Certes ils partagent certaines prérogatives en commun avec les autres créanciers membres de droit¹⁰⁶⁰, mais ils ne sont pas visés par l'article L.626-30 du code de commerce et n'exercent aucune influence sur le contenu du projet¹⁰⁶¹ même si la tendance en doctrine milite en faveur de leur reconnaissance comme un comité de créancier¹⁰⁶². Dans l'ensemble, toutes ces règles relatives à la constitution de comités de créanciers contribuent assurément à une attractivité plus grande des procédures de sauvegarde. Mais le chef d'orchestre de ces procédures reste le débiteur dont le rôle central dans la procédure demeure même si la dernière a opéré un rééquilibrage des pouvoirs dans l'élaboration du plan de sauvegarde.

¹⁰⁵² G. Bremond et Scholastique, art. préc. n°s 17 et s.

¹⁰⁵³ F. Perochon, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd. n°869.

¹⁰⁵⁴ F. Perochon, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd. p.428.

¹⁰⁵⁵ Voir code civil, les articles 2011, 2388-1 et 2472-1 et s. ; sur cette question v. aussi Marcorig-Venier, *Fiducie-sûreté...*, in *Entreprises en difficulté*, Droit 360A°, dir. Roussel Galle, 2012, p.405, n°969 s.

¹⁰⁵⁶ Art. L.626-30, al.4.

¹⁰⁵⁷ Roussel Galle, op. cit. n°654.

¹⁰⁵⁸ Roussel Galle, op.cit. n°654.

¹⁰⁵⁹ F. Perochon, op.cit, n°867.

¹⁰⁶⁰ Par exemple, ils sont convoqués de leur côté à délibérer sur le projet de plan de sauvetage en une assemblée générale unique, la règle de la majorité des deux tiers du montant des créances détenues leur est aussi applicable comme dans les comités institués, pour le contenu de ces règles identiques, voir les articles L.626-32, al.3 et art. L.228-65 C.com.

¹⁰⁶¹ Art. L.626-32, al. 1^{er} C.com

¹⁰⁶² Roussel Galle, op. cit., n°675, v. également F. Perochon, op.cit, n°867.

B- Le rôle relativement effacé des créanciers dans la procédure de règlement préventif

546. Les législateurs français et de l'Ohada ont une approche différente quant au rôle que doit les créanciers dans le sauvetage de l'entreprise. En effet, alors qu'en droit français, la tendance depuis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, est à une plus grande responsabilisation des créanciers dans la recherche de solutions aux difficultés des entreprises, le droit Ohada se montre plutôt hostile à une telle solution. Cette nouvelle orientation du législateur français est perceptible tant au niveau de la procédure de conciliation que de la procédure de sauvegarde. En effet, dans ces deux procédures, certaines mesures incitatives sont prévues pour attirer et impliquer les créanciers dans la recherche de solutions aux difficultés de l'entreprise. C'est le sens à donner au privilège de l'argent frais instauré dans la procédure de conciliation. C'est aussi ce qui justifie en sauvegarde l'instauration de comités de créanciers en sauvegarde dont le rôle est de négocier avec le débiteur un plan de sauvetage de l'entreprise. Depuis la l'ordonnance du 12 mars 2014 relative à la prévention des difficultés des entreprises et aux procédures collectives, le rôle des créanciers dans la procédure de sauvegarde s'est considérablement renforcé au point d'aboutir à un certain équilibre de pouvoirs entre eux et le débiteur dans l'élaboration du plan de sauvegarde. Autrement dit, les créanciers peuvent désormais décider à travers leur plan du sort de l'entreprise. Malheureusement ce rôle important des créanciers n'existe pas en droit Ohada. En effet, l'importance accordée aux créanciers dans la recherche de solution aux difficultés de l'entreprise n'est qu'apparente.

547. D'abord, comme on le verra plus loin, tous les créanciers ne sont pas concernées par la procédure puisque certains sont exclues d'emblée par le débiteur lors de l'introduction de sa requête en règlement préventif. Plus précisément, d'après l'article 5 de l'article uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif, ce dernier doit préciser dans sa requête les créances pour lesquelles il sollicite la suspension des poursuites individuelles. Autrement dit, le débiteur choisit les créanciers ou les principaux créanciers dont la réclamation des créances pourrait compromettre l'assainissement de l'entreprise. Le débiteur pourrait donc favoriser volontairement ou involontairement certains créanciers au détriment des autres créanciers. Il en résulte que dans ces conditions, une catégorie importante des créanciers sera exclu et par conséquent ne pourra pas participer aux négociations devant permettre de résoudre les difficultés de l'entreprise.

548. Ensuite, d'après les textes des articles 13 et 14 de l'acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif, il n'est pas certain que le ou les créanciers choisis par le débiteur participent respectivement à la conclusion du concordat préventif et à l'audience d'homologation du concordat. Dans la première situation, l'expert désigné par la juridiction compétente¹⁰⁶³, et qui prête ses bons offices au débiteur et aux créanciers¹⁰⁶⁴, peut se contenter dans son rapport de la seule proposition de concordat préventif du débiteur. Dans la deuxième situation, la convocation du créancier ou des créanciers désignés dans la requête n'étant qu'éventuelle. Finalement, le sort de l'entreprise est décidé par le débiteur et la juridiction compétente. Il en résulte que de point de vue, les créanciers de l'espace Ohada, contrairement à ceux de du droit français, n'ont pas un rôle décisif dans la prévention de la cessation des paiements. En outre, ils ne sont pas organisés comme en droit français qui a instauré dans la loi de sauvegarde les comités de créanciers lesquels regroupent les établissements de crédit et assimilés et les comités des fournisseurs de biens et services. Il serait souhaitable que le législateur africain s'en inspire pour donner aux créanciers des entreprises de la zone Ohada un cadre de négociation plus attrayant et profitable à l'économie des états membres. La solution qui consiste, à laisser au débiteur l'exclusivité du choix de ses créanciers, est certes incitative pour ce dernier dans la sollicitation de la protection du tribunal. Mais en revanche elle peut avoir un effet pervers, ne pas responsabiliser les créanciers et de les confiner dans un rôle de spectateur du débiteur en difficulté.

Quant au choix des techniques de sauvetage des entreprises, on note une différence d'approche au niveau des deux ordres juridiques.

Section II : Divergence dans le choix des techniques de sauvetage de l'entreprise en difficulté

549. Même si le droit français et le droit Ohada utilisent des procédures judiciaires et collectives pour éviter la cessation des paiements, il faut toutefois éviter de croire que cette similitude concerne aussi le choix des techniques de sauvetage. Au contraire, la confrontation des différents instruments judiciaires de prévention en présence montre que chaque ordre juridique dispose d'une technique de prévention de la cessation des paiements qui lui est propre. La mise en œuvre de ces techniques ou instruments de sauvetage des entreprises

¹⁰⁶³ Art. 8 AUPCAP

¹⁰⁶⁴ Art. 12-3 AUPCAP

suppose au préalable l'élaboration de plans de sauvegarde ou de concordat préventif qui sont censés contenir les modalités et les mesures de règlement des difficultés de l'entreprise. Pour le droit français, deux plans de sauvetage sont possibles. Le premier est celui qui est prévu pour la sauvegarde de droit commun et le second, pour les sauvegardes dérivées. Ils constituent les nouveaux instruments judiciaires de la prévention de la cessation des paiements en droit français (Paragraphe I). Quant au droit Ohada, la seule technique de sauvetage des entreprises en difficulté est la technique du concordat préventif (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les plans de sauvegarde ou les nouveaux instruments judiciaires de traitement des difficultés des entreprises de droit français

550. Le plan de sauvegarde est l'instrument juridique d'anticipation de la cessation des paiements prévue par le droit français¹⁰⁶⁵. Son succès dépend en grande partie de la présence du débiteur dans la négociation du plan de sauvegarde. La participation du dirigeant peut se comprendre puisque par principe il n'est pas en état de cessation des paiements. Comme elle relève d'un acte de volonté du débiteur et en dépit de tous les risques possibles, la procédure de sauvegarde a plus de chance d'aboutir si l'initiateur de la procédure conserve sa place depuis le jugement d'ouverture jusqu'au dénouement de la procédure. Dans la perspective d'anticipation de la cessation des paiements, le législateur offre deux plans de sauvegarde possibles : Le plan de sauvegarde général (A) et le plan de sauvegarde dérivé (B).

A- Le plan de sauvegarde de droit commun¹⁰⁶⁶.

551. Il faut analyser l'élaboration du plan de sauvegarde de droit commun (1) son exécution (2)

1- L'élaboration et le contenu du plan de sauvegarde

¹⁰⁶⁵ G. Blanc, Entreprises en difficulté, « plan de sauvegarde et de redressement », Rép. Com. Dalloz 2003, p. 3.

¹⁰⁶⁶ Cette appellation est apparue après l'ordonnance du 18 décembre 2008 instituant la sauvegarde financière accélérée. V. pour une analyse spécifique du plan de sauvegarde par rapport au plan de redressement judiciaire, G. Blanc, art. préc, p. 3 et s.

552. L'élaboration du plan de sauvegarde est un processus long qui intervient pendant la période d'observation¹⁰⁶⁷ qui ne peut pas excéder six mois, renouvelable une fois, au cours de laquelle il est procédé à un état des lieux de la situation de l'entreprise afin d'en dresser le bilan économique, social et si possible environnemental. Plus concrètement, il s'agit au cours de cette période de procéder à un diagnostic approfondi et le plus sérieux possible qui tient compte des différentes facettes de l'activité de l'entreprise, c'est-à-dire depuis la production jusqu'à la commercialisation, en passant par le financement, la gestion du personnel ainsi que les répercussions de l'activité de l'entreprise en termes écologiques¹⁰⁶⁸ du débiteur. Ce bilan¹⁰⁶⁹ est établi par l'administrateur au choix duquel le débiteur aura contribué puisque la nouvelle rédaction de l'article L.621- 4, alinéa 4 du code de commerce issue de l'ordonnance du 18 décembre autorise le débiteur à proposer le nom d'un administrateur à la désignation du tribunal. C'est au vu de ce bilan que l'administrateur proposera un plan de sauvegarde.

553. Mais fondamentalement, l'élaboration du plan de sauvegarde met en exergue plusieurs acteurs dont deux principaux : le débiteur et l'administrateur s'il existe puisqu'il est possible de se passer de cet organe. Dans ce cas, il n'est pas présenté de bilan¹⁰⁷⁰ mais seulement un projet de plan préparé par le débiteur « avec l'assistance éventuelle d'un expert nommé par le tribunal »¹⁰⁷¹. A ces deux acteurs majeurs, il faut ajouter les créanciers dont la participation aux deux comités de créanciers atteste que ces derniers jouent un rôle essentiel dans la réussite du sauvetage de l'entreprise. Ces derniers doivent être consultés en vue de l'adoption du plan¹⁰⁷². Il y a enfin le tribunal qui intervient en aval du processus pour se prononcer sur le contenu du plan. Il y a lieu de relever cependant que le débiteur, à l'instar du droit Ohada et conformément à l'esprit volontariste de la sauvegarde, reste l'acteur principal du plan. A ce titre, il se doit d'informer ou de consulter les représentants du personnel, le mandataire judiciaire, l'inspection du travail, les contrôleurs et le ministère public¹⁰⁷³.

¹⁰⁶⁷ Une solution exceptionnelle puisque par hypothèse le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements mais qui peut se comprendre par la volonté d'instrumentalisation du tribunal pour prévenir la cessation des paiements, ce faisant la prévention ne doit plus s'analyser désormais que par référence aux procédés non judiciaires de prévention, le droit français montre dorénavant qu'on peut bien faire de la prévention malgré l'implication des organes judiciaires, ces derniers ne servant que de moyens.

¹⁰⁶⁸ F. Perochon, op.cit, n°834.

¹⁰⁶⁹ L'article L.623-1, al. 2 du code de commerce vise plus spécifiquement le bilan économique et social qui doit préciser l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise.

¹⁰⁷⁰ Art. L.627-3 C.com.

¹⁰⁷¹ Art.627-3 du même code.

¹⁰⁷² J.E, thèse de doctorat, préc. p.163.

¹⁰⁷³ Art. L.627-3, alinéa 2 et Art. L.626-8 C.com.

554. En revanche, l'association du débiteur dans l'élaboration du plan de sauvegarde est souhaitable et doit être renforcée pour donner plus de chances au redressement de l'entreprise, mais surtout rassurer les apporteurs et les créanciers à qui il pourrait être demandé de consentir des efforts dans la perspective de sauvetage de l'entreprise. Mais malgré cette collaboration, le débiteur conserve la pleine maîtrise de l'élaboration du plan. L'administrateur ne lui apportant que son concours et son assistance. Comme il n'est plus désormais autorisé d'en tirer les conclusions du bilan et de proposer au tribunal soit un projet de plan, soit la liquidation judiciaire, l'initiative en matière de plan de sauvegarde incombe désormais au débiteur¹⁰⁷⁴. Il appartient donc au débiteur de chiffrer ses besoins et rechercher les financements nécessaires. Il jouit dans la préparation du plan d'une grande liberté d'action qui connaît un affaiblissement depuis l'ordonnance du 12 mars 2014 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises. En effet, la nouvelle réforme au visa de l'article L.626-30-2 du code de commerce admet désormais la possibilité pour « tout créancier membre d'un comité » de soumettre « un projet de plan qui fera l'objet d'un rapport de l'administrateur ».

555. Le contenu du plan qui peut émaner de ces créanciers n'est cependant pas précisé. Il empêche qu'il devrait avoir le même contenu à quelques variations près, que celui proposé par le débiteur. La question est donc de savoir si le débiteur peut refuser un tel plan en cas de désaccord. Le risque de voir deux plans concurrents est alors possible, et on peut s'interroger bien sur l'attitude des créanciers qui n'hésiteront pas à imposer leur plan au débiteur. Cette faculté, introduite pour rééquilibrer les droits des créanciers, ne manquera pas de soulever des problèmes de mise en œuvre lorsque les organes de direction de l'entreprise en difficulté n'y adhèrent pas. Il est donc à craindre que cette solution d'un plan concurrent ne dissuade les débiteurs de recourir à la sauvegarde¹⁰⁷⁵. Dans l'ensemble donc, l'élaboration du plan de sauvegarde obéit à une procédure et fait intervenir le débiteur, l'administrateur s'il existe¹⁰⁷⁶ et les comités de créanciers.

556. Préalablement à son adoption, le débiteur doit proposer un projet de plan qui tient compte du bilan économique et social de l'entreprise¹⁰⁷⁷. Ce projet de plan doit exposer les perspectives de redressement en fonction des possibilités et des modalités d'activités, de l'état

¹⁰⁷⁴ Art. 626-2 C.com.

¹⁰⁷⁵ M.-H. Monsèrié-Bon, BJE mai 2014, n° 111 ; F. Pérochon, art. préc. BJE 2014, p. 180.

¹⁰⁷⁶ Art. R. 626-53 C.com.

¹⁰⁷⁷ Art. L. 626-2 C.com.

du marché et des moyens de financement disponibles. Le projet de plan doit surtout définir les modalités de règlement du passif et les garanties éventuelles que le débiteur doit souscrire pour en assurer l'exécution. Par ailleurs, ce projet doit également justifier le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite d'activité. Lorsque le projet comprend des licenciements pour motif économique, il rappelle les mesures déjà intervenues et définit les actions à entreprendre en vue de faciliter le reclassement et l'indemnisation des salariés dont l'emploi est menacé. Ces modalités sont nombreuses et non limitatives. Elles doivent être précisées dans le projet de plan après une négociation soumise à des conditions différentes selon que des comités de créanciers auront été constitués ou non¹⁰⁷⁸. En l'absence de comité, les règles applicables sont presque celles prévues pour le redressement judiciaire¹⁰⁷⁹.

En présence de comités de créanciers et également en présence de plusieurs plans, la nouvelle rédaction de l'article L.626-30-2 issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 indique que « après discussion avec le débiteur et l'administrateur, les comités se prononcent sur chaque projet ». Il est possible qu'il soit modifié dans un délai de vingt à trente jours suivant la transmission des propositions du débiteur. Ce délai peut être augmenté ou réduit par le juge commissaire à la demande du débiteur ou de l'administrateur sans possibilité toutefois que qu'il excède plus de quinze jours¹⁰⁸⁰.

Mais à défaut de proposition du débiteur, l'administrateur fixera la date à laquelle les comités seront invités à se prononcer. Lorsqu'il a lieu, le vote qui porte sur le projet de plan se soit selon les règles de la majorité. Plus concrètement, après concertation, le projet de plan peut être adopté conformément à l'article L.626-30 alinéa 3 du code de commerce « par chaque comité à la majorité des deux tiers du montant des créances détenus par les membres ayant exprimé un vote, tel qu'il a été indiqué par le débiteur et certifié par son ou ses commissaires aux comptes ou lorsqu'il en a pas été désigné, établi par son expert comptable ». S'agissant des créanciers bénéficiaires d'une fiducie constituée à titre de garantie par le débiteur, l'alinéa 3 du même article précité ajoute que seuls sont pris en compte les montants de leurs créances non assorties d'une telle sûreté.

557. Deux issues sont possibles quant au vote. La première est que le projet de plan présenté par le débiteur est adopté par les comités de créanciers, et éventuellement par l'assemblée des

¹⁰⁷⁸ Art. R. 626-53 C. com.

¹⁰⁷⁹ Art. L. 631-19 C. com. ; C. Saint-Alary-Houin et C. Houin-Bressand, « Plan de redressement », Fasc. Juris-Classeur, Procédures collectives, n° 2630.

¹⁰⁸⁰ Art. L.626-30-3 C.com.

obligataires. Le tribunal statue sur lui ainsi que sur le projet de plan en s'assurant que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés¹⁰⁸¹. Dans les mêmes conditions, le tribunal vérifie également la protection des intérêts que lorsque le projet prévoit une modification du capital, après son approbation par les assemblées spéciales des masses¹⁰⁸² et les assemblées spéciales¹⁰⁸³. Ce faisant, les propositions du débiteur alors contenues dans le projet de plan et acceptées par les comités s'imposeront alors à ses membres de ces derniers. Il ne s'agira plus dans ce cas d'un avant projet mais d'un véritable plan ou accord né à la suite d'une série de consultation entre l'entreprise et les intervenants à la procédure. La décision du tribunal rend alors applicable à l'égard de tous les membres les propositions ainsi acceptées par les comités¹⁰⁸⁴.

558. En revanche, si le projet de plan n'est pas approuvé pour diverses raisons notamment le refus du tribunal, celui des comités des créanciers, des créanciers obligataires ou encore du non respect par le débiteur des délais fixés pour présenter ses propositions aux différents comités, la procédure d'élaboration du plan peut être reprise selon les mêmes modalités que s'il n'y avait pas eu de comités de créanciers. Ce n'est pas le cas si, comme le prévoit le nouveau texte de l'article L.626-34 du code de commerce, le tribunal accorde un nouveau délai qui ne peut excéder six mois. Mais une fois adopté, le plan s'imposera à tous les comités de créanciers. Il ne doit cependant pas imposer des sacrifices trop pesants¹⁰⁸⁵. Le plan ainsi adopté doit donner lieu à des mesures économiques de réorganisation de l'entreprise. Cette réorganisation se traduit par exemple par la cession, l'arrêt ou l'adjonction d'activité¹⁰⁸⁶ mais en aucun cas, le tribunal ne peut prescrire le remplacement du débiteur.

559. Par ailleurs, lorsqu'il existe des obligataires une assemblée générale constituée de l'ensemble des créanciers titulaire d'obligations émises en France ou à l'étranger est convoquée pour se prononcer sur le projet de plan déjà adopté par le comité des créanciers. D'une manière générale, la délibération porte sur des délais de paiements. Un abandon total ou partiel des créances obligataires ou des conversions de créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital lorsque le débiteur est une société par actions dont tous les

¹⁰⁸¹ J.E, thèse de doctorat, préc., p.165.

¹⁰⁸² Art. L.228.-103 C.com.

¹⁰⁸³ L.225-99 C.com.

¹⁰⁸⁴ Art. L.626-31, Ord. du 12 mars 2014.

¹⁰⁸⁵ S. Piedelièvre, « La loi de sauvegarde des entreprises », JCP Notarial et Immobilier, 30 sept. 2005, n°39, 1397, p.3.

¹⁰⁸⁶ J. Elia, thèse de doctorat, préc., p.167.

actionnaires ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports¹⁰⁸⁷. La décision se prononce sur le plan et elle est prise à la majorité des deux tiers du montant des créances obligataires détenues par les porteurs qui ont exprimé leur vote¹⁰⁸⁸. Une fois homologuée par le tribunal, le plan de sauvegarde doit être exécuté. Le jugement qui prononce le plan met fin à la période d'observation. Le débiteur retrouve ainsi la totalité de ses pouvoirs exceptés ceux dévolus à l'administrateur pour la mise en œuvre du plan et au commissaire à l'exécution du plan pour veiller à son exécution.

2- L'exécution du plan de sauvegarde

560. L'exécution du plan de sauvegarde s'effectue sous la direction du commissaire à l'exécution du plan. Il est nommé par le tribunal qui détermine la durée du plan, qui ne peut excéder dix ans¹⁰⁸⁹. Ce dernier comme dans le redressement judiciaire est le seul et principal organe qui est notamment chargé de surveiller à l'exécution des engagements du débiteur. Le commissaire n'est pas investi d'une mission d'assistance, ni de représentation du débiteur¹⁰⁹⁰. Ce faisant, il ne peut se substituer au débiteur pour exercer certaines prérogatives ou actions dont il n'est pas investi.¹⁰⁹¹

561. D'une manière générale, le tribunal nomme pour la durée du plan l'administrateur ou le mandataire judiciaire en qualité de commissaire à l'exécution du plan¹⁰⁹². L'article L.625-25 du code de commerce cité énumère les actions judiciaires susceptibles d'être menées par le commissaire à l'exécution du plan. Il peut ainsi au titre des assignations de justice, poursuivre en premier lieu celles qui ont été introduites antérieurement au jugement ayant arrêté le plan et auxquelles l'administrateur ou le mandataire sont partis. De surcroît, si le commissaire n'est plus en exercice pour une raison ou une autre, les actions introduites avant le constat de la fin de sa mission, sont poursuivies par le mandataire spécialement désigné à cet effet par le tribunal. L'intérêt collectif des créanciers est également assuré par le commissaire à l'exécution du plan, des actions dans l'intérêt collectif de ces derniers pouvant être engagées

¹⁰⁸⁷ Art. L. 626-32 alinéa 2. C. com.

¹⁰⁸⁸ Art. L. 626-32 C.com.

¹⁰⁸⁹ L.626-12 C.com.

¹⁰⁹⁰ Cass. soc., 27 nov. 2001, n°00-40771 : Juris-Data n°2001-011906 ; RTD com.2002, p. 154, obs C. Saint-Alary-Houin. Cass. Com, 12 juill. 2004; n°01-16034: Juris-Data n°2004-024686; JCP E 2004, pan. 1416. Cass. Cass. Com., 10 janv. 2006, n°04-18947: Juris-Data n°2006-031631; Act. proc. 2006. 2006-3, comm. 28. Cass. 3è civ. 11 mai 2010, n°09-12429.

¹⁰⁹¹ Cass. Com., 3 Oct. 2006, n°05-16281; Rev. roc. coll. 01/2009, n°8, p. 25, obs. J.-J. Fraimout.

¹⁰⁹² Art. 626-25 C.com.

de sa part. Le commissaire à l'exécution du plan demeure en fonction pendant toute la durée fixée par le tribunal, c'est-à-dire dix ans ou quinze ans ou si le débiteur est un agriculteur¹⁰⁹³. Mais il peut être remplacé par le tribunal soit d'office, soit à la demande du ministère public ou même encore de par la volonté du commissaire à l'exécution du plan lui-même. Dans ce dernier cas, l'ordonnance du 18 décembre¹⁰⁹⁴ exige que le tribunal statue par ordonnance. Il en résulte que le commissaire à l'exécution du plan n'est plus en fonction lorsque le plan prend fin¹⁰⁹⁵.

562. Par ailleurs, afin d'éviter toute difficulté au moment de l'exécution, les personnes tenues d'exécuter le plan doivent être clairement désignées ainsi que l'ensemble des engagements qui ont été souscrits par elles et qui sont nécessaires à la sauvegarde de l'entreprise. L'exécution du plan est destinée en principe au rétablissement du débiteur mais aussi au paiement des créanciers.

563. Dans le premier cas, le débiteur retrouve la liberté de gestion sous réserve pour lui de respecter tous les engagements contenus dans le plan arrêté par le tribunal. En outre, l'article L.626-14 du code de commerce permet au tribunal de rendre inaliénables sans son autorisation les biens qu'il estime indispensables à l'exécution du plan pour une durée qu'il détermine mais qui en réalité ne peut dépasser celle du plan. Le code de commerce sanctionne le non respect de l'inaliénabilité judiciaire. Les sanctions peuvent être civiles et pénales. En matière civile, l'acte passé en violation des dispositions de l'alinéa premier de l'article L.626-14 est annulé à la demande du ministère public. L'action doit être présentée dans un délai de trois ans à compter de la conclusion de l'acte. En matière pénale, l'aliénation sans autorisation du tribunal est un délit passible d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros¹⁰⁹⁶.

564. Dans le deuxième cas c'est-à-dire en ce qui concerne l'apurement du passif, une distinction est à faire entre les créanciers dont le paiement ne peut intervenir dans l'exécution du plan et ceux qui à certaines conditions pourront exiger du débiteur le règlement de leur dette puisque ce dernier est censé être in bonis désormais. Seules les créances déclarées sont

¹⁰⁹³ Art. L. 626-12 C.com.

¹⁰⁹⁴ Art. L. 626-25 alinéa 4.

¹⁰⁹⁵ Cass. com., 19 juin 2007, n°06. 12101, D. 2007, Aj, 1965, obs. A. Lienhard et D. 2008, p. 575, obs. F.-X. Lucas ; RD bancaire et fin. 2007, n°157, obs. F.-X. Lucas ; Cour d'appel de Paris, 3è ch. Sect. A, RTDcom. 2005, p. 594, obs. C. Saint-Alary-Houin.

¹⁰⁹⁶ Art. L.654-8, alinéa 2 C.com.

payées selon les modalités de paiement arrêtées par le tribunal. Il en résulte que les créances non déclarées et qui auraient dû l'être sont inopposables au débiteur même après l'exécution du plan.

565. Une modification importante dans les objectifs et moyens du plan peut toutefois intervenir à la demande du débiteur. Le plan de sauvegarde est avant tout l'aboutissement d'une série de consultation et de discussion. Il est donc toujours possible de poursuivre ces discussions même après l'adoption du plan. Le plan n'est donc pas conçu comme un accord définitivement figé¹⁰⁹⁷. En effet l'objectif de sauvegarde de l'entreprise peut nécessiter par l'effet de la réorganisation qu'elle entraîne, une nouvelle distribution du capital social de l'entreprise ainsi qu'à un réajustement de sa dette¹⁰⁹⁸. Cette modification est encadrée elle ne peut intervenir que si elle respecte certaines conditions précises. D'abord la demande de modification n'est pas du seul ressort du débiteur, il partage cette prérogative avec le commissaire à l'exécution du plan¹⁰⁹⁹. Ensuite, en plus du débiteur et du commissaire, les contrôleurs, les représentants du comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel et plus généralement toute personne intéressée, doivent être entendus ou dûment appelés. Le vote des comités de créanciers se déroule dans les mêmes conditions que lors de l'élaboration du plan. La modification n'interviendra donc que si elle est approuvée à la majorité des deux tiers du montant des créances détenus par les membres qui ont exprimé un vote.

566. Cependant l'exécution du plan peut connaître plusieurs issues. En principe, la fin normale est celle de l'exécution du plan avec pour corollaire l'exécution de tous les engagements contenus dans le plan. Il appartient au tribunal de constater la fin d'exécution du plan sur requête du commissaire à l'exécution du plan, du débiteur ou de tout intéressé. Mais certaines difficultés rencontrées par le débiteur peuvent le conduire à ne pas pouvoir exécuter le plan convenablement. Dans un premier temps, il cherchera à trouver les solutions pour donner une chance de survie au plan. Ainsi, en cas de défaut de paiement ou en présence certaines difficultés, il va éviter la résolution du plan par l'effet d'une action de recouvrement des dividendes¹¹⁰⁰ ou demander la modification du plan. Le débiteur qui rencontre des

¹⁰⁹⁷ J. E. thèse de doctorat, préc.. p. 169.

¹⁰⁹⁸ J.E. thèse de doctorat, Ibid

¹⁰⁹⁹ Art. L. 626-26 alinéa 1 C.com.

¹¹⁰⁰ F. Vinckel, « L'exécution forcée du plan de sauvegarde », RPC 2009, p.13

difficultés peut donc utiliser cette échappatoire¹¹⁰¹ que lui offre la loi pour revoir ses objectifs à la baisse.

567. Dans un second temps, le tribunal qui constate l'inexécution des engagements du débiteur prononce la résolution du plan. Il ne s'agit pour lui que d'une faculté si le débiteur n'est en état de cessation des paiements¹¹⁰². Dans cette hypothèse, du fait de la résolution du plan, les dettes prévues par le plan disparaissent, le créancier recouvre par conséquent sa créance telle qu'elle était avant l'adoption du plan. De surcroît le jugement qui prononce la résolution emporte déchéance de tout délai de paiement. Enfin, le tribunal prononce également la résolution obligatoire du plan en cas de constatation de cessation des paiements au cours de l'exécution du plan de sauvegarde et d'ouvrir un redressement judiciaire ou si le redressement est manifestement impossible, une liquidation judiciaire¹¹⁰³.

Telles sont les règles qui régissent d'une manière générale le régime du plan de sauvegarde de droit commun

B- Le plan des sauvegarde dérivées : un plan imposé

568. Sous réserves de quelques règles particulières, le plan dans les sauvegardes accélérées apparaît comme un concentré du plan normal dont il reprend la plupart des règles¹¹⁰⁴. Contrairement au plan de sauvegarde de droit commun, le plan des sauvegardes accélérées revêt un caractère forcé. Il s'agit pour le débiteur qui engagé dans une procédure de conciliation et qui n'arrive pas à obtenir l'accord de tous les créanciers en vue de son adoption de forcer leur consentement en sollicitant du tribunal l'ouverture de l'une des sauvegardes dérivées. Ces deux plans possibles auquel le débiteur peut recourir seront analysés successivement. D'abord, le plan de la sauvegarde financière accélérée en raison de son antériorité (1) et ensuite le plan de sauvegarde accéléré en raison de sa postériorité (2).

1- Le plan de sauvegarde de la procédure de sauvegarde financière accéléré (SFA)

¹¹⁰¹ F. Perochon, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., n°996, p.484.

¹¹⁰² Art. L. 626-27 C.com.

¹¹⁰³ Art. L. 626-27 C.com.

¹¹⁰⁴ v. supra n° 525

569. Le plan de la sauvegarde financière est voté conformément à la règle de la majorité. Ne participent au vote que les créanciers financiers. Ces derniers sont invités à se prononcer sur l'accord élaboré préalablement en conciliation en vue de son homologation par le tribunal¹¹⁰⁵. Il s'agit de rendre obligatoire le plan de restructuration préparé durant la conciliation et déjà approuvée par la majorité des créanciers. La sauvegarde financière constitue de ce fait un moyen de pression. L'hypothèse est celle d'un débiteur qui a demandé une procédure de conciliation et qui dans le cadre de la négociation de l'accord de conciliation, ne parvient pas à recueillir l'accord unanime de ses créanciers financiers¹¹⁰⁶. La passerelle ainsi créée par la procédure de sauvegarde financière accélérée permet au débiteur de « contourner l'opposition des récalcitrants »¹¹⁰⁷.

Comme son nom l'indique, la sauvegarde financière accélérée n'a vocation à s'appliquer qu'à l'égard des créanciers financiers. Elle ne produit d'effets qu'à l'endroit de ces derniers¹¹⁰⁸. Il en résulte que les autres créanciers notamment les fournisseurs, les contractants et les autres créanciers de l'entreprise ne subissent pas les effets de la procédure. Par conséquent, ils continuent d'être payés à l'échéance. Sont donc éligibles au comité de créanciers de la sauvegarde financière que le comité des établissements de crédit et assimilés et, le cas échéant, l'assemblée des obligataires qui regroupent les seuls créanciers de la procédure de sauvegarde financière. Dès lors, il n'y a pas lieu de constituer un comité des principaux fournisseurs car la sauvegarde financière ne les affecte pas. Cette particularité de la sauvegarde financière lui vaut la qualification de « procédure semi-collective »¹¹⁰⁹. D'autres opinions ont cependant affirmé le contraire¹¹¹⁰. Ne sera donc contenu dans le plan de sauvegarde que le seul passif financier dont le plan est destiné à apurer afin de permettre le redressement de l'entreprise. Parce qu'elle est exclusivement destinée à procéder à la restructuration financière de l'entreprise, la sauvegarde financière accélérée rompt ainsi le principe de l'égalité des créanciers. Cela est regrettable¹¹¹¹ car il n'est pas certain que le

¹¹⁰⁵ Les conditions de l'homologation sont prévues à l'article L. 628-10 C. com. renvoyant à l'article L. 628-8 du même code, lequel renvoie à l'article L. 626-31 C. com. ;

¹¹⁰⁶ Laura Sautonie-Laguionie et Aymar Toh, « Le Droit français de la prévention des difficultés des entreprises » in *Droit des entreprises, Perfectionnement juridique et efficacité économique*, ouvrage collectif sous la direction de B. Saintourens et D. Zenaki, PUB, 2015, p.64.

¹¹⁰⁷ F. Perochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^e éd. n° 1085, p. 467.

¹¹⁰⁸ Art. L. 628-9 C. com.

¹¹⁰⁹ F. Reille, art. préc., p.74. L'auteur explique que les effets de la procédure ne jouent qu'à l'égard d'une catégorie de créanciers limitativement énumérés par la loi, à savoir les établissements de crédit et assimilés, et, éventuellement l'assemblée des obligataires. Par conséquent, elle ne peut être qualifiée de procédure collective

¹¹¹⁰ F. Pérochon, op. cit., n°1027, p.499. V. aussi François-Xavier Lucas et J.L. Vallens cités par le professeur Pérochon dans le même ouvrage cité, alors que les deux premiers auteurs partagent le même avis sur la question, Monsieur Vallens quant à lui soutient que la sauvegarde financière n'est ni une sauvegarde, ni une procédure collective.

¹¹¹¹ F. Perochon, *Entreprises en difficultés*, op.cit. n° 1072, p. 462.

traitement du seul passif financier suffise à résoudre l'ensemble des difficultés rencontrées par l'entreprise. N'étant pas concernés par la procédure, les créanciers non financiers peuvent ignorer son existence puisque son ouverture donne lieu à une publication¹¹¹². En outre, ils ne subissent pas le gel de leur passif dont ils peuvent réclamer le paiement à l'échéance ou à défaut exercer toutes poursuites contre le débiteur dans les conditions de droit commun. Ce qui risque de compromettre le sauvetage de l'entreprise. Quoiqu'il en soit, le plan ainsi forcé doit s'exécuter dans un délai très bref. De ce point de vue, la procédure de sauvegarde financière contrairement à la sauvegarde de droit commun est une procédure rapide ou selon le professeur Perochon « une procédure éclairée »¹¹¹³. En effet, elle ne doit durer que deux mois au maximum contrairement à la sauvegarde de droit commun qui dans la pratique peut aller au delà des six mois prévus¹¹¹⁴. Ce particularisme de la sauvegarde financière accélérée en fait sans doute la marque de son efficacité¹¹¹⁵. Créée par la loi de régulation bancaire et financière n° 2010- 1249 du 22 octobre 2010, la sauvegarde financière est devenue une espèce de la nouvelle sauvegarde accélérée.

2- Le plan de sauvegarde de la procédure de sauvegarde accélérée (SA)

570. A la différence de la sauvegarde financière, la procédure de sauvegarde accélérée n'est pas exclusivement financière dans la mesure où le débiteur n'a pas besoin de renégocier sa dette uniquement auprès de ses créanciers financiers. Il peut également le faire auprès des autres créanciers et plus particulièrement auprès de ses principaux fournisseurs¹¹¹⁶. Il en résulte que pour l'élaboration du plan de sauvegarde accéléré, en plus du comité des établissements de crédit, la constitution du comité des principaux fournisseurs est obligatoire¹¹¹⁷. Le projet doit être susceptible de recueillir de la part des créanciers à l'égard de qui l'ouverture de la procédure produira effet un soutien suffisamment large pour rendre vraisemblable son adoption dans le délai fixé pour cette procédure¹¹¹⁸. Ainsi, avant toute saisine du tribunal, ces comités de créanciers sont consultés sur le projet de plan que le

¹¹¹² Art. R. 628-4 C.com.

¹¹¹³ F. Perochon, *Entreprises en difficultés*, op.cit. n° 1085, p. 466.

¹¹¹⁴ Selon une étude menée par Deloitte Altarès en mars 2014, la plupart des sauvegardes qui ont abouti à l'adoption d'un plan ont duré entre 12 et 13 mois environ.

¹¹¹⁵ H. Bourbouloux et G. Couturier, « Eclairage – Première mise en œuvre de la procédure de sauvegarde financière accélérée », *BJE* 01 mai 2013 n° 3, p. 134.

¹¹¹⁶ F. Perochon, *Entreprises en difficulté*, op. cit. n° 1092, p. 471.

¹¹¹⁷ Art. L. 628-4 C. com.

¹¹¹⁸ Art. L. 628-1 al. 2 C. com.; sur les conditions d'ouverture de la sauvegarde accélérée, v. n°

débiteur aura préalablement préparé avec ses principaux créanciers. La procédure de sauvegarde accélérée a un effet quasi universel. En plus des cocontractants, elle affecte l'ensemble des créanciers antérieurs et postérieurs, c'est-à-dire ceux qui sont tenus de déclarer leurs créances¹¹¹⁹ et qui de ce fait sont appelés à se prononcer sur le plan de sauvegarde accéléré. Elle ne concerne que les créanciers non financiers. Par conséquent, ne feront pas partie du comité de créanciers que les créanciers financiers. Il s'agit surtout de créanciers antérieurs soumis à l'obligation de déclaration de créances prévue par l'article L.622-24 du code de commerce. Plus précisément, la procédure de sauvegarde accélérée concerne des catégories homogènes de créanciers auxquelles est imposée une discipline collective et dont les intérêts sont représentés par un mandataire judiciaire¹¹²⁰. Le caractère collectif de la procédure¹¹²¹ est donc évident malgré les dispositions limitatives de l'article L.628-6 du code de commerce. L'exclusion des créances salariales et alimentaires ne remet pas en cause le caractère collectif de la procédure¹¹²² à l'instar de la sauvegarde financière même si les avis sont partagés sur la nature de cette dernière.

571. D'une durée maximale de trois mois non prorogeable, la procédure de sauvegarde accélérée doit aboutir dans ce délai à l'adoption d'un plan si non le tribunal devra mettre fin si aucun plan n'a été arrêté¹¹²³. En principe, ce délai est plus long que celui de la sauvegarde financière accélérée car il peut être indispensable dans le traitement de certains dossiers¹¹²⁴. Ce délai est aussi raisonnable pour plusieurs raisons. D'abord, il permet d'envisager une éventuelle application de certaines dispositions de la sauvegarde. Ensuite, il permet de neutraliser certaines règles de la sauvegarde classique. Ainsi, les règles relatives aux contrats en cours et aux revendications ont été écartées pour éviter toute difficulté d'application dans le cadre de la sauvegarde accélérée¹¹²⁵. Quoi qu'il en soit le plan qui peut être adopté par la majorité qualifiée des créanciers concernés aura pour objectif d'assurer la pérennité de l'entreprise ainsi que le maintien de sa structure juridique. Au final, qu'il s'agisse du régime général du plan de sauvegarde ou du régime particulier, l'objectif reste le même à savoir éviter la cessation des paiements prolongée du débiteur.

¹¹¹⁹ Art. L. 622-24 C. com. ; v. pour une analyse approfondie de la situation de ces créanciers, Marcorig-Venier, *Entreprise en difficulté*, « Créanciers, situations des créanciers », Rép. Com. Dalloz 2013, p. 9 et s.

¹¹²⁰ F. Reille, art. préc., p.73.

¹¹²¹ F. Perochon et H. Bourbouloux, art. préc., n° 29 et s.

¹¹²² F. Perochon et H. Bourbouloux, art. préc., n° 29 et s.

¹¹²³ Art. L. 628-8 C. com.

¹¹²⁴ F. Perochon et H. Bourbouloux, « La procédure de sauvegarde et ses variantes » in *Un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace et plus équilibré*, Rev. proc. coll. 2014-4, doss. 30, n° 34.

¹¹²⁵ Art. L.628-1 C.com.

3- La nature juridique du plan de sauvegarde

572. Puisque le plan de sauvegarde peut être résilié par le tribunal il faut se demander s'il s'agit véritablement d'un acte collectif de volonté qui lie uniquement les parties contractantes au sens de l'article 1134 du code civil ou d'un contrat judiciaire¹¹²⁶. Cette observation conduit à s'interroger sur la nature de la procédure de sauvegarde et si elle est vraiment une procédure de prévention des difficultés. Il faut d'abord relever que la doctrine¹¹²⁷ semble elle-même embarrassée quant à la qualification de la procédure de sauvegarde. Elle est perçue tantôt comme une procédure « préventivo-curative partiellement contractuelle », tantôt comme un redressement judiciaire anticipé. La nature préventive résiderait seulement dans la possibilité offerte au débiteur de solliciter la protection du tribunal alors qu'il n'est pas en cessation des paiements. C'est ce qu'un auteur a qualifié de « l'art de faire de la prévention en l'absence de toute cessation des paiements »¹¹²⁸. D'autres arguments sont également avancés. Par exemple la possibilité de faire de la prévention dans un cadre judiciaire en l'absence de cessation des paiements. Finalement, selon le professeur Le Corre, le trait caractéristique principal de la procédure de sauvegarde réside dans son caractère hybride, intermédiaire entre la prévention et le traitement des difficultés, à mi chemin entre le contractuel et le judiciaire¹¹²⁹. En ce qui concerne le plan de sauvegarde, sa nature contractuelle ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine.

573. Deux thèses s'opposent sur cette nature¹¹³⁰. La première thèse retient la nature essentiellement contractuelle du plan de sauvegarde. Cette qualification part de l'idée que les parties au plan à savoir le débiteur et les principaux créanciers négocient librement le contenu du plan. Aucune contrainte ne leur est imposée. D'autres éléments supplémentaires sont également avancés pour soutenir cette thèse contractuelle en se fondant sur l'article L.626-10 alinéa 3 du code de commerce en vertu duquel « les personnes qui exécutent le plan, même à titre d'associés, ne peuvent pas se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation ». En outre, l'adoption du plan par les

¹¹²⁶ A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 8^e éd. 2013, p.92

¹¹²⁷ P.-M Le Corre, « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises, Recueil Dalloz, cahier droit des affaires, cahier spécial supplément au n° 33, 22 septembre 2005.

¹¹²⁸ S. Piedelièvre, « La loi de sauvegarde des entreprises », JCP N, n°40, 7 oct.2005, Etude.

¹¹²⁹ P.-M Le Corre, « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », Recueil Dalloz, cahier droit des affaires, art. préc.

¹¹³⁰ J.E, Thèse de doctorat préc. p.207.

comités de créanciers renforce davantage le caractère contractuel du plan. En effet, les comités de créanciers sont libres dans leurs décisions de remises de dettes et de délais de paiement. La résolution du plan intervient en cas de son inexécution par le débiteur. Cela crédibilise encore plus la thèse contractuelle du plan de sauvegarde.

La seconde thèse est celle qui est consacrée par la loi et qui appréhende le plan de sauvegarde comme une marque de fabrique du tribunal d'où son caractère judiciaire qui se traduit par la désignation d'organes judiciaires en cas d'ouverture du plan, de clôture du plan par l'effet d'un jugement à la suite d'une période d'observation. Pour tout dire, on retrouve dans le plan de sauvegarde l'essentiel des règles du redressement judiciaire. Par conséquent, le caractère contractuel du plan de sauvegarde serait secondaire compte tenu du pouvoir décisif du tribunal¹¹³¹. En définitive, il appartient en définitive au tribunal de décider du sort de l'entreprise, le plan est certes voté et approuvé par les comités de créanciers, mais la décision de son homologation qui lui donne force exécutoire appartient au tribunal ce qui en fait un acte juridictionnel¹¹³². L'aspect contractuel du plan n'est donc pas absolu. Comme le relève Mme Corinne Perot-Rebout « L'attraction du plan de sauvegarde dans la sphère judiciaire, au détriment d'un règlement contractuel des difficultés des entreprises, illustre le fait que les nouvelles dispositions restent conformes à la tradition juridique française selon laquelle le droit n'est pas un instrument au service des seuls intérêts économiques, mais que l'économie reste encadrée par le droit »¹¹³³.

574. Malgré la pertinence de ces deux thèses, aucune d'entre elle ne saurait l'emporter sur l'autre. Cela amène à défricher une autre piste de réflexion afin de donner au plan de sauvegarde sa véritable nature. Les deux éléments étant contenus dans le plan de sauvegarde, il ya donc lieu de tenir compte de ces deux thèses et non les opposer. Il en résulte que le plan est un métissage contractuel et judiciaire, ce qui lui confère une nature hybride c'est-à-dire mi jugement, mi contrat¹¹³⁴. Cette double nature du plan suffit elle alors pour qualifier le plan de sauvegarde de contrat judiciairement formé¹¹³⁵. En effet dans le contrat judiciaire formé, le juge fait le contrat, mais cette hypothèse n'est vraie que lorsque le plan est adopté en l'absence de comités de créanciers.

¹¹³¹ J.E, Thèse de doctorat préc. p.211.

¹¹³² C. Saint-Alary-Houin, Ouvrage précité, n°883, p.592.

¹¹³³ C. Perot-Reboul, Les plans dans la loi de sauvegarde des entreprises : LPA, 17 févr. 2006, note 534, p.38.

¹¹³⁴ J.E. thèse de doctorat préc., p.214.

¹¹³⁵ Le contrat judiciairement formé est celui dans lequel le juge assiste à la formation du contrat, autorise sa conclusion ou encore l'homologue, le contrat est alors le résultat d'un accord de volonté même si cet engagement s'effectue sous le contrôle du juge. Voir sur ce point l'article L.626-31 du code de commerce.

En revanche, cette qualification doit être rejetée lorsque le plan est accepté par les comités à la suite d'un vote de celui-ci par ces derniers. Dès lors, le plan de sauvegarde serait-il finalement un contrat contingent c'est-à-dire « un contrat inexécuté en raison de la survenance d'un déséquilibre, qui après avoir été adapté par le juge sur habilitation du législateur, devient un acte hybride, à la fois contrat et jugement, susceptible de connaître de nouvelles modifications »¹¹³⁶. Ainsi, le plan de sauvegarde qualifié de contrat contingent reposerait d'une part sur les conventions initiales des parties et d'autre part sur le jugement arrêté, sur habilitation légale par le juge qui emporte adaptation des obligations originelles¹¹³⁷. Le contrat contingent comporte cependant un double contenu. En présence des comités de créanciers, le plan de sauvegarde adopté par ces derniers puis homologué par le tribunal est perçu comme un contrat contingent imparfait. En revanche, en l'absence des comités de créanciers, le plan de sauvegarde ainsi adopté par le tribunal et imposé à ces derniers est qualifié de contrat contingent parfait.

575. En définitive, le plan de sauvegarde relève d'un régime mixte et peut donc être qualifié de contrat contingent. Ainsi vient d'être analysé le contenu des différentes procédures de sauvegardes prévues par le droit français. L'accent a été particulièrement mis sur leurs attraits dans la perspective de prévention de la cessation des paiements. Mais ces dernières s'avèrent peu efficaces sur certains points pour redresser l'entreprise. En droit Ohada, le législateur a opté pour la technique concordataire comme solution de traitement des difficultés des entreprises.

Paragraphe II : La technique du concordat préventif, instrument de prévention de la cessation des paiements de droit Ohada

576. Le concordat est le seul instrument juridique prévu par l'acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif permettant le sauvetage de l'entreprise par son débiteur. Son élaboration est soumise à la seule volonté du débiteur (A). Son exécution s'avère quant à elle incertaine (B).

¹¹³⁶ L. Grynbaum, le contrat contingent (l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur), LGDJ, thèse, Paris II, 2004, tome 389, sous la direction de M. Jacques Ghestin, préface Michelle Gobert, p.20.

¹¹³⁷ J.E. thèse de doctorat préc. 218.

A- Une phase d'élaboration soumise à la seule volonté du débiteur

577. Selon le texte de l'article 6 du nouvel AUPCAP, « 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 ». Quant à l'article 7 du même acte uniforme cité, il 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 ». Il résulte de la lecture combinée de ces deux textes de loi que le débiteur détient le monopole exclusif de l'élaboration du concordat. Mais le processus d'élaboration obéit à un formalisme dont le débiteur doit au préalable s'affranchir. En effet, au même moment où il dépose sa requête en règlement préventif, il doit faire une offre de concordat (1) dont la validité ou l'homologation par le tribunal dépendra du respect de certaines conditions (2).

1- L'offre du plan concordataire

578. La décision de suspension des poursuites est une étape préalable à l'avènement du concordat qui se présente comme le résultat des sacrifices des créanciers qui ont accepté de renoncer à une partie de leur créance dans l'intérêt de l'entreprise. Il s'agira pour le chef d'entreprise de formuler de manière très claire des propositions de manière à convaincre de sa bonne volonté ses créanciers, du moins ceux d'entre eux dont l'exigibilité des créances peut compromettre les chances de redressement de l'entreprise. Les créanciers restent toutefois libres de s'engager pour tout ou pour partie de leur créance dans le règlement préventif¹¹³⁸.

579. Mais pour que de tels sacrifices soient consentis, l'offre du concordat doit intervenir dans un délai de trente jours qui suit le dépôt de la requête en règlement préventif. Elle doit revêtir certains caractères tels que prévus par l'article 7 de l'acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif. Plus précisément, l'offre concordataire doit prévoir les mesures d'assainissement de l'entreprise. Au nombre de celles-là, il y a les modalités de continuation de l'entreprise telles que la demande de délais et de remises. Le plan peut prévoir aussi la cession partielle d'actif avec indication des biens à céder. Mais il y a surtout la possibilité pour le débiteur de procéder à une cession ou à une location-gérance de

¹¹³⁸ Rapp. Cass. Com., 13 oct. 1998, n° 96-16577, Actualité proc. coll. 1998, n° 129, Bull. civ. IV, n° 235, p. 196, rapp. C. cass. 1998, p. 233, Rév. Lamy dr. Aff. 1998, n° 11, n° 683, obs. G. Montégudet.

la totalité de l'entreprise alors qu'il n'est pas en cessation des paiements ou n'a fait l'objet d'aucune procédure de liquidation des biens. Il s'agit, dans l'ensemble, des mêmes mesures et conditions que doit comporter le plan ou projet de plan, qu'il s'agisse de redressement ou de sauvegarde du droit français¹¹³⁹, dont s'est fortement inspiré le droit Ohada.

580. De même, l'offre de concordat doit préciser les personnes tenues d'exécuter le concordat ainsi que l'ensemble des garanties souscrites par elles et nécessaires au redressement de l'entreprise. Cette précision s'adresse essentiellement aux créanciers du débiteur qu'il aura pris le soin d'indiquer dans sa requête. Ainsi, ces engagements peuvent consister en la souscription d'une augmentation de capital social par les associés de tout bord, l'ouverture de lignes de crédit, la fourniture de caution. Bref comme cette liste n'est qu'indicative, il est possible que d'autres documents soient rapportés par le débiteur. Mais l'essentiel est de convaincre le tribunal car c'est au vu des informations et documents reçus que la décision d'homologation pourra être prise.

2- La validité ou la décision d'homologation du concordat

581. L'homologation de l'offre concordataire par la juridiction compétente est l'une des preuves supplémentaires du caractère judiciaire de la procédure de règlement préventif. L'homologation a lieu en une audience non publique au cours de laquelle, le président de cette juridiction, va statuer au vu du rapport de l'expert désigné pour assister le débiteur dans ses négociations avec ses créanciers. Il revient à la juridiction de décider des personnes qui doivent comparaître à cette séance. Il est évident dans ces conditions que les chances de participation des créanciers à cette séance restent très limitées. La juridiction dispose d'un délai d'un mois pour rendre sa décision. Plusieurs décisions possibles peuvent être prises par la juridiction compétente.

582. La première décision peut consister à rejeter l'offre de concordat parce qu'elle constate que le débiteur est déjà en état de cessation des paiements. Dans cette hypothèse, la juridiction compétente prononce d'office et à tout moment soit le redressement judiciaire soit

¹¹³⁹ C'est la loi française n° 85-98 du 25 janvier 1985, qui a substitué au terme de « concordat » celui de « plan », les articles 61 à 64 reprennent les mesures que doivent contenir les propositions concordataires de la loi du 13 juillet 1967 relative au règlement judiciaire. Ces mêmes mesures figurent dans la loi de sauvegarde à propos des plans de sauvegarde et de redressement, voir les articles L. 626-2 pour la sauvegarde et L. 631-19 et s. pour le redressement judiciaire.

la liquidation des biens¹¹⁴⁰. Dans la deuxième décision possible, la juridiction compétente peut estimer que le règlement préventif n'est pas justifié pour que la situation financière du débiteur n'impose pas un tel traitement. Elle rejette alors le concordat préventif proposé par le débiteur et annule la décision de suspension des poursuites. En conséquence les parties sont replacées dans leur situation antérieure à la décision de suspension des poursuites. Ainsi, les créanciers pourront à nouveau poursuivre individuellement le débiteur en règlement de leurs créances¹¹⁴¹. Enfin la troisième décision souhaitable pour le débiteur, est l'homologation du concordat préventif. Autrement dit, elle rend une décision de règlement préventif si elle estime que la situation du débiteur le justifie. En ce cas, elle vérifie que les délais et remises consentis par les créanciers, ainsi que les mesures proposées par le débiteur pour le redressement de l'entreprise sont réunies. Le concordat ne sera en définitive homologué que si certaines conditions sont réunies. D'abord, les conditions de validité du concordat doivent être réunies. Aucun motif tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public ne paraît de nature à empêcher le concordat. Ensuite, il faut que le concordat offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise, de règlement du passif et les garanties suffisantes d'exécution. Enfin, les délais consentis ne doivent pas excéder deux ans pour l'ensemble des créanciers et un an pour les créanciers de salaires. La décision peut également conduire à imposer des délais aux créanciers qui auront refusé tout délai ou toute remise lorsque le concordat préventif comporte une demande de délai n'excédant pas deux ans¹¹⁴². La décision d'homologation du concordat préventif est susceptible d'appel¹¹⁴³.

583. Une fois homologuée, le concordat préventif devient obligatoire et produit des effets à l'égard de toutes les parties engagées dans la procédure à savoir les créanciers antérieurs à la décision de suspension des poursuites et le débiteur. L'effet premier de l'homologation à l'égard des créanciers est sa force contraignante. Certes son exécution incombe en grande partie au débiteur, mais ces derniers subissent de plein fouet le plan concordataire. En effet, 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. En contrepartie, l'homologation confère une sécurité juridique au concordat. C'est rassurant pour les créanciers puisqu'en plus de l'autorité qu'elle lui confère, il sera difficile pour le débiteur de le remettre en cause encore moins par le

¹¹⁴⁰ Art. 15-1 AUPCAP

¹¹⁴¹ Art.15-3 AUPCAP.

¹¹⁴² Art.15-2 AUPCAP.

¹¹⁴³ Art. 23 AUPCAP, le délai d'appel est quinze jours à compter du prononcé de la décision, la juridiction doit statuer dans le mois de sa saisine.

tribunal. Ainsi, même si les textes de l'acte uniforme ne le précisent pas, les créanciers sont à l'abri de la nullité de la période suspecte et donc sauf cas de fraude, la date de cessation des paiements ne peut être fixée, en application de l'article 34 de l'acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif, antérieurement à l'homologation. Les créanciers signataires de l'accord n'ont donc pas à craindre les conséquences de la période suspecte à savoir une possible annulation du concordat et des sûretés prises dans le cadre de cet accord, ainsi que les actions en responsabilité pour soutien abusif¹¹⁴⁴.

584. À l'égard du débiteur, l'homologation a pour principal effet de lui conférer la libre administration et disposition de ses biens¹¹⁴⁵. Il est tenu en revanche de respecter les conditions et délais prévus dans le réaménagement de ses relations avec ses créanciers. Il doit exécuter ses engagements de bonne foi. Il peut le se manifester dans sa parfaite collaboration avec les organes nommés par le tribunal et chargés de veiller à la bonne exécution des engagements pris¹¹⁴⁶. En revanche, les cautions et coobligés du débiteur ne peuvent se prévaloir des délais et remises du concordat préventif. Ils peuvent donc être poursuivis pour l'ensemble de leurs biens, alors qu'eux-mêmes lorsqu'ils décident d'exercer leurs recours contre le débiteur, ils doivent respecter les dispositions concordataires¹¹⁴⁷. Quant aux créanciers de salaires, ils ne peuvent ne sont pas tenus par l'accord concordataire sauf s'ils ont personnellement consenti des remises ou des délais de paiement qui ne doivent excéder un an. Ces derniers sont donc autorisés à recouvrer leurs créances en application de l'article 9 alinéa 3 de l'acte uniforme.

B- L'exécution incertaine du concordat préventif

585. L'incertitude dans l'exécution du concordat préventif peut résulter du caractère tardif de l'élaboration du concordat préventif, ce qui n'exclut pas pour autant une exécution normale

¹¹⁴⁴ S. Kokou Evelamenou, Le concordat préventif en droit Ohada, thèse de doctorat 2012, Paris - Est Val de Marne, p.186 ; voir aussi pour les cas de responsabilité en cas d'ouverture d'une procédure collective, article 118 AUPCAP.

¹¹⁴⁵ Art. 18 alinéa 5 AUPCAP.

¹¹⁴⁶ Art.16 AUPCAP. Selon ce texte, la juridiction compétente peut désigner un syndic et des contrôleurs chargés de surveiller l'exécution des obligations concordataires dans les mêmes conditions que le concordat de redressement judiciaire. Cette solution qui peut paraître curieuse traduit clairement le caractère judiciaire du règlement préventif ; voir aussi l'article 20 du même acte uniforme qui définit les conditions de désignation, de rémunération et les fonctions du syndic.

¹¹⁴⁷ F. M. Sawadogo, in Traités et Actes uniformes commentés et annotés Ohada, note sous Article 18 de l'AUPCAP, Juriscope 2002, p.841.

du concordat (1). La probabilité de la survenance d'incidents d'exécution peut toutefois entraîner soit une modification soit une inexécution du concordat préventif et conduire à l'échec de l'opération (2).

1- L'exécution normale du concordat préventif

586. Le concordat préventif est la technique juridique instituée par le législateur Ohada pour prévenir la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif¹¹⁴⁸. Il est donc normal qu'après son homologation les mesures destinées à réaliser le maintien en activité de l'entreprise et contenues dans le concordat soient mises en œuvre par le chef d'entreprise. Le concordat préventif, à l'image du concordat de redressement, inspiré de l'ancien plan de continuation de droit français, ou encore du plan de sauvegarde actuel issu de la loi du 26 juillet 2005, doit contribuer au maintien de l'entité juridique existante à l'ouverture de la procédure¹¹⁴⁹. Les mesures de restructuration contenues dans le plan concordataire ne sont pas exhaustives et exclusives les unes des autres. Le débiteur pouvant toujours en proposer d'autres que celles prévues par l'acte uniforme¹¹⁵⁰. Parmi ces mesures, il y a celles qui sont relatives à la poursuite de l'exploitation économique (a). Le tribunal compétent a toutefois la possibilité de nommer un syndic et des contrôleurs qui vont veiller à l'exécution du plan de concordat préventif (b).

a) La mise en œuvre des mesures de restructuration contenues dans le plan

587. Pour que le débiteur puisse mettre en œuvre les mesures contenues dans le plan de concordat préventif, il faut qu'il demeure à la tête de l'entreprise et dispose d'une liberté dans la gestion. Comme cela a été démontré précédemment, le principe de la libre administration de l'entreprise par le débiteur lors de l'exécution du concordat n'est pas spécifique au droit OHADA. Il a repris la solution qui existait déjà dans l'ancien redressement judiciaire du droit français¹¹⁵¹ renforcée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 modifiant la loi de sauvegarde

¹¹⁴⁸ Art. 2-2 nouvel AUPCAP.

¹¹⁴⁹ F. Derrida, P. Gode, J.-P. Sortais, Redressement et liquidation judiciaires, 3^e éd. n° 436.

¹¹⁵⁰ Art. 7, AUPCAP.

¹¹⁵¹ Voir pour le droit Ohada, Art. 136, AUPCAP : « 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 » du même acte uniforme. Pour le droit français, voir Art. L. 622-3, C. com. Ce texte à son alinéa 1^{er} dispose que « le débiteur continue à exercer sur son

du 26 juillet 2005. Ce principe constitue l'une des mesures incitatives majeures, l'idée étant de responsabiliser le débiteur mais surtout de ne pas alarmer les partenaires de l'entreprise par un changement apparent dans la direction, afin de ne pas compromettre le redressement¹¹⁵².

588. En matière de règlement préventif, il revient au débiteur d'accomplir tous les actes nécessaires à la poursuite de l'exploitation économique notamment en réglant obligatoirement le passif selon les modalités prévues au concordat. Parmi ces actes indispensables à la survie de l'activité économique, il y a les contrats en cours¹¹⁵³. Ainsi selon les articles 9 et 11 de l'AUPCAP, il est interdit aux créanciers et au débiteur de procéder respectivement à un recouvrement de créances qui peut entraîner une diminution de l'actif du débiteur, compromettre ainsi le redressement de l'entreprise. Le jugement d'homologation doit donc veiller au maintien des contrats qui lient le dirigeant d'entreprise à ses partenaires, car l'entreprise « est en effet logée et nourrie par ses contrats dont le maintien est indispensable à sa survie ». La poursuite de l'exploitation économique dépend donc en grande partie de la continuation des contrats en cours qui apparaissent ainsi comme un élément important de la richesse de l'entreprise¹¹⁵⁴. Il faut souligner au passage comme cela est également le cas en droit français qu'il existe en droit OHADA un régime de continuation particulier à certains contrats. C'est le cas du bail à usage professionnel régi par l'article 97 de l'AUPCAP et dont le mécanisme et les contours sont bien connus du droit français. C'est également le cas du contrat de la fiducie¹¹⁵⁵ prévue aux articles 87 et suivants du nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés¹¹⁵⁶. L'introduction de ce nouvel instrument juridique dans l'espace Ohada, n'est cependant sans conséquence sur le sort de l'entreprise puisque contrairement au droit français dont s'est inspiré le législateur africain, le sauvetage de l'entreprise n'a pas été pris en compte. En effet, selon l'article 91 alinéa 2, en cas de défaillance du débiteur et huit jours après que le constituant en a été dûment averti, le créancier peut se faire remettre les fonds cédés dans la limite du montant des créances garanties demeurant impayées. Le même texte précise que toute clause est réputé non écrite. Autrement, le législateur semble se soucier

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 » ; Art. L. 622-1, I qui dispose que « l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant »

¹¹⁵²F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 2011, 9^e éd. p. 324, n°645

¹¹⁵³ D'après le professeur Pérochon, le contrat en cours « est un contrat en cours d'existence et en cours d'exécution à l'ouverture de la procédure », F. Pérochon, *entreprises en difficulté* op. cit. n°680.

¹¹⁵⁴ S. Kokou Evelamenou, thèse de doctorat op.cit. n°428 ; Ph. Roussel Galle, les « nouveaux » régimes des contrats en cours et du bail, *Rév. proc. coll.* 2009-1, 55, n° 1.

¹¹⁵⁵ 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 ».

¹¹⁵⁶ Ce nouvel acte a été adopté le 15 décembre 2010 ; voir en ce sens, J.O.Ohada, n° 22 du 15février 2011.

plus davantage de l'intérêt du créancier que du sort du défaillant constituant¹¹⁵⁷ puisque les fonds cédés dans le patrimoine fiduciaire et irrévocablement attribués au créancier, peuvent s'avérer indispensable à la continuation de l'exploitation économique.

589. Le régime des contrats en cours est certes important pour la survie de l'exploitation de l'activité économique, en revanche, il est aussi important que le débiteur s'engage à honorer ses engagements nés antérieurement à la décision de suspension des poursuites. La poursuite de l'activité économique impose donc également le règlement du passif né antérieurement à la décision d'ouverture et gelé par l'effet de l'accord concordataire.

590. Concrètement, il s'agit pour le débiteur de procéder au paiement des créances en fonction des remises et délais consentis dans le cadre du concordat préventif. S'agissant des remises consentis, l'article selon 15-2, AUPCAP retient que ceux-ci ont un caractère volontaire puisque le tribunal compétent qui homologue le concordat ne fait que constater « les délais et remises consentis aux créanciers ». En d'autres termes, comme l'applique les tribunaux français¹¹⁵⁸, la juridiction désignée ne saurait imposer des délais aux créanciers qui sont libres d'accorder ou de refuser de participer aux négociations concordataires. Toutefois, en ce qui concerne les remises de délais des paiements, l'article 15 -2, al. 1, les délais et remises consentis par les créanciers peuvent être différents. Il en résulte que le paiement de certaines créances peut être plus long que d'autres. Par conséquent, la durée du concordat pourra durer aussi longtemps que possible. Cette solution est approuvée par un auteur qui estime que les créanciers n'ont pas les mêmes besoins en matière de trésorerie et de financement¹¹⁵⁹ ou simplement la même capacité financière¹¹⁶⁰. Quoi qu'il en soit, même si le législateur ne précise les modalités de paiement et de recouvrement des dividendes auxquelles s'est engagé le débiteur à l'égard de ses créanciers, il faut admettre que les stipulations contractuelles devraient pouvoir préciser ces modalités afin d'éviter des incidents d'exécution. À ce titre, pour éviter que l'accord concordataire ne soit pas exécuté par les parties et en particulier par le débiteur, le législateur africain a prévu des organes pour veiller à son exécution.

¹¹⁵⁷ S. Kokou Evelamenou, thèse de doctorat préc. n°445.

¹¹⁵⁸ V. notamment, 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.

¹¹⁵⁹ Y. Guyon, Droit des affaires, Economica, T.2 9è éd., n° 1266

¹¹⁶⁰ S. Kokou Evelamenou, thèse préc.cit. n°452.

b) La surveillance de l'exécution du concordat préventif

591. La surveillance de l'exécution du concordat préventif est en principe facultative. Certes le texte de l'article 16 de l'AUPCAP prévoit la possibilité de désignation d'un syndic ou des contrôleurs chargés de surveiller l'exécution du concordat préventif. mais il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire reconnu à la juridiction compétente qui homologue le concordat préventif. Autrement dit, le débiteur peut être assuré de ne pas être inquiété dans l'exécution du concordat préventif. Pourtant la nomination par le juge commissaire¹¹⁶¹ de ces contrôleurs revêt une importance dans la mesure où ils vont permettre de garantir la protection des intérêts des parties en présence notamment dans les grandes entreprises où l'importance des capitaux devrait plus que jamais rendre obligatoires des organes de surveillance. Or la formule de l'article de 16 de l'AUPCAP cité semble généraliser la solution à toutes les entreprises. Les Pme seraient donc aussi concernées. Or pour ces dernières, la présence du juge commissaire devrait suffir à assurer l'exécution du concordat préventif. Il faut éviter d'alourdir les charges du débiteur déjà en difficulté par des frais de procédure inutiles. Il est regrettable que certains tribunaux de la zone Ohada ne tiennent pas encore compte de cette solution en considération de la taille de l'entreprise¹¹⁶². Quoiqu'il en soit, il est bien certain que la nomination de contrôleurs, qu'elle soit facultative ou obligatoire, des difficultés d'exécution peuvent toujours survenir dans l'exécution du concordat préventif.

2- Les incidents d'exécution ou la possibilité de modification du concordat

592. En principe, toute modification du concordat préventif par le débiteur et ses créanciers est exclue. Toutefois, l'article 21 de l'acte uniforme autorise la modification du concordat par la juridiction compétente mais à certaines conditions (a). Des difficultés d'application des cas de modification peuvent éventuellement se poser (b)

a) Les conditions de la modification du concordat

¹¹⁶¹ V. Art.48 AUPCAP.

¹¹⁶² TPI de Libreville, jugement, Répertoire n° 48/2002-2003 du 11 juillet 2003, Société AGROGABON, Ohadata J-04-144.

593. Ces conditions sont relatives à la saisine du tribunal compétent et à l'objectif de la modification. S'agissant de la première condition, l'article 21 de l'acte uniforme indique que la saisine de la juridiction compétente aux fins d'une modification du concordat préventif ne peut se faire qu'à l'initiative exclusive du débiteur. Une telle limite pour la saisine du juge trouve sa justification dans le respect du parallélisme des formes voulu par le législateur tel que cela ressort de l'article 5 de l'acte uniforme cité. Une seconde justification réside dans la protection des droits acquis par le débiteur. En effet s'il était permis au créancier de déclencher la procédure de modification du concordat préventif, les avantages qui lui ont été antérieurement octroyés par les créanciers s'en trouveraient ébranlés¹¹⁶³. Il faut donc éviter qu'un créancier par l'effet d'une modification ne demande une réduction des délais ou des remises consentis au débiteur en fonction de sa propre situation économique et financière.

594. Quant à la deuxième condition posée, le même texte de loi cité mentionne que la seule demande du débiteur est insuffisante pour convaincre le tribunal compétent sur la demande de modification du concordat préventif. Il résulte de l'alinéa 1 de l'article 21 cité que la juridiction compétente ne peut statuer sur la modification que sur rapport du syndic chargé de veiller à l'exécution du contrat concordataire. Lorsque ces deux conditions de forme sont réunies, la juridiction compétente va rechercher si la modification sollicitée est de nature à abrégé l'exécution du concordat ou si, elle est au moins de nature à en favoriser l'exécution. À l'analyse, il s'agit dans ces deux dernières conditions de fond, de permettre au débiteur dont la situation économique mais surtout financière s'est améliorée de procéder à un paiement anticipé de ses dettes et se délier ainsi d'une de la durée de trois ans. Cette possibilité ainsi offerte au débiteur est à saluer dans son principe puisqu'elle permet de réduire la durée de la procédure. Mais des difficultés d'application des cas de modification du concordat préventif peuvent se poser en certaines circonstances.

b) Les difficultés d'application des cas de modification du concordat

595. Les hypothèses de modification du concordat préventif qui viennent d'être abordées ci-dessus peuvent poser des difficultés d'application. Ces difficultés d'application peuvent résulter par la difficile conciliation de ces cas de modification du concordat préventif. En effet, les critères de modification du concordat peuvent être difficiles à cerner voire à définir.

¹¹⁶³ M. Ndiaye Mbaye, art. préc. p.37.

La difficulté est donc flagrante quant à la définition des « modifications de nature à abroger ou à favoriser le concordat préventif ». Pour le professeur Filiga Michel Sawadogo¹¹⁶⁴, en l'absence d'une définition générale, une appréciation au cas par cas s'imposerait. Ainsi cet auteur avance à titre d'exemple de cas de modification favorisant l'exécution du concordat préventif, un paiement plus important et plus rapide demandé par le débiteur qui, à la suite d'une succession, a retrouvé subitement sa santé financière¹¹⁶⁵. Cet exemple pourrait également s'appliquer au cas de « modification de nature à abrégé l'exécution du concordat préventif » dans la mesure où un paiement plus important et plus rapide peut avoir pour effet de réduire les délais de paiements initialement accordés au débiteur¹¹⁶⁶.

596. De même la deuxième difficulté posée par ces deux cas de modification du concordat préventif est relative aux rapports qu'ils entretiennent. La question se pose en effet de savoir si ces cas de modifications prévus par le législateur Ohada sont alternatifs ou cumulatifs. Il est évident que tout ce qui abrège l'exécution du concordat préventif la favorise forcément. Le débiteur qui connaît une meilleure amélioration de sa santé financière et demande ipso facto une réduction des délais accordés par les créanciers, voit une telle modification abrégé mais nécessairement favoriser l'exécution du concordat préventif. Cette analyse qui est celle du professeur Filiga Sawadogo est logique et doit être approuvée. Elle montre clairement que les deux critères sont étroitement liés et par conséquent malgré le « ou » utilisé par le législateur, ces critères de modification doivent s'apprécier comme des critères cumulatifs et non alternatifs. En présence donc d'un seul cas de modification, la juridiction compétente ne devrait pas éprouver de difficultés à prononcer la modification du concordat préventif. Il serait donc difficile de faire primer l'un des cas sur l'autre car accepter la modification du concordat préventif reviendrait à imposer au créancier un délai qu'il n'a pas accordé au débiteur et, de surcroît, qui excède le délai légal fixé, déjà consenti dans le concordat initial¹¹⁶⁷. Mais refuser la modification du concordat préventif reviendrait à pousser le débiteur à l'inexécution de ses engagements concordataires et à s'exposer à la résolution du concordat préventif¹¹⁶⁸, ce qui peut avoir pour conséquence l'ouverture du redressement

¹¹⁶⁴ F.M. Sawadogo, *Droit des entreprises en difficulté*, Bruylant Bruxelles, 2002, p.254.

¹¹⁶⁵ F.M. Sawadogo, *Droit des entreprises en difficultés*, éd. Bruylant, Bruxelles, coll. *Droit uniforme africain*, 2002, n°83.

¹¹⁶⁶ M. Ndiaye Mbaye, art. préc. p.46.

¹¹⁶⁷ Selon le texte de l'article 15 de l'acte uniforme, il n'est pas possible d'étendre le concordat à des créanciers non signataires qu'en ce qui concerne les délais et non les remises. Toujours selon cette disposition, les délais consentis ne doivent pas excéder trois ans pour l'ensemble des créanciers et un an pour les créanciers de salaires et ceux opposés aux créanciers ayant refusé tout délai et toute remise ne doivent pas excéder deux ans.

¹¹⁶⁸ Art. 139 AUPCAP. Selon cette disposition, la résolution du concordat préventif peut être prononcée en cas d'inexécution, par le débiteur, de ses engagements concordataires ou des remises et délais consentis.

judiciaire ou de la liquidation des biens si la cessation des paiements du débiteur est avéré¹¹⁶⁹. Le problème est donc complexe à régler. Mais il est nécessaire voire indispensable que la modification du concordat préventif ne puisse être prononcée par la juridiction compétente que si elle est avantageuse pour les créanciers. Ces derniers ne sauraient en effet se sacrifier deux fois pour la survie de l'entreprise débitrice¹¹⁷⁰. La doctrine semble s'accorder sur ce point en estimant que la modification du concordat préventif n'est possible que si elle ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers¹¹⁷¹.

597. De surcroît, comme le texte de l'article 15 de l'acte uniforme n'est pas d'ordre public, il est possible que ce texte s'accommode avec les cas de modification du concordat préventif. En effet, d'après cet texte, il n'est pas interdit aux créanciers, en faveur de qui le délai de trois ans maximum est prévu pour l'exécution du contrat concordataire, d'accorder des délais plus long au débiteur. Cela conformément à l'esprit de consensus qui caractérise le règlement préventif. Dans une affaire jugée par le tribunal régional hors classe de Dakar, certains créanciers avaient accepté d'étaler leurs créances sur six ans et d'autres avaient consenti un différé de cinq ans¹¹⁷². Cela montre clairement que le caractère d'ordre public ainsi prononcé du texte de l'article 15 cité n'est pas conforme à la réalité de la pratique des affaires. Cela renforce davantage le caractère contractuel du concordat préventif même si son élaboration reste exclusivement liée à la seule volonté du débiteur.

Section III : Des procédures aux lacunes relativement similaires

598. Le règlement préventif et la procédure de sauvegarde procèdent du même mode opératoire, utiliser des procédures judiciaires et collectives comme technique de prévention de la cessation des paiements. Cette convergence d'approche qui repose sur un seul objectif, celui d'éviter la cessation des paiements du débiteur conduit cependant à des résultats non satisfaisants. En effet, le recours à des procédures judiciaires et collectives dans le but de

¹¹⁶⁹ Voir article 141-1 AUPCAP.

¹¹⁷⁰ Article 6 alinéa 3 nouvel AUPCAP. Ce texte qui vise à réduire le risque d'instrumentalisation du règlement préventif, précise qu'« aucune requête en règlement préventif ne peut être présenté par le débiteur si un concordat préventif ou de redressement est en encore en cours d'exécution ; avant l'expiration d'un délai de trois ans à compter de l'homologation d'un précédent concordat préventif ; avant l'expiration d'un délai de dix huit (18) mois à compter de la fin d'un règlement préventif n'ayant pas abouti à un concordat préventif ».

¹¹⁷¹ F.M. Sawadogo, op.cit, n°83 ; F. M. Sawadogo, Traités et actes uniformes commentés et annotés Ohada, Juriscope, 3è éd., 2008, p.867, note sous article 21 AUPCAP ; B. Mator, N. Pikingtoon, D. Sellers, S. Thevenot, Le droit uniforme africain des affaires issu de l'Ohada, éd. Litec, coll. Jurisclasseur affaires fiances, 2004, n°812.

¹¹⁷² Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n°1466 du 30 juillet 2001, www.ohada.com/jurisprudence, ohadata J-04-339.

prévenir la cessation de paiement semble à priori illogique et relève de l'insoutenable. Par hypothèse, l'idée de procédure collective sous entend forcément l'idée de cessation des paiements. Les législateurs français et Ohada ont cependant fait le choix de l'efficacité au détriment de la simplicité. Ce choix n'est cependant sans conséquence puisqu'il aboutit finalement à déstabiliser la cohérence des procédures de prévention amiable et les procédures collectives. Ainsi par exemple, en lieu et place de la confidentialité, c'est la publicité des procédures de sauvegarde et du règlement préventif qu'il est permis de constater. Or justement, la philosophie de la prévention interdit toute publicité. Il en résulte que ces deux procédures au delà des aspects positifs qu'elles présentent en matière de sauvetage des entreprises, souffrent de faiblesses considérables. L'absence de confidentialité constitue à ce sujet une de ces lacunes. Mais il en existe d'autres qui sont particulières à chaque technique d'ordre juridique. On envisagera donc d'abord les lacunes communes aux deux ordres juridiques (Paragraphe I) et ensuite, celles qui sont spécifiques à chaque technique de prévention (Paragraphe II).

Paragraphe I: Les lacunes communes aux deux ordres juridiques

Les lacunes de ces deux procédures sont relatives à la publicité (A), à leur caractère judiciaire très contraignant (B) et au risque d'instrumentalisation auquel elles sont exposées (C).

A- La publicité des deux procédures

599. Les procédures de sauvegarde et de règlement préventif sont des procédures collectives dont la vocation est d'éviter la cessation des paiements du débiteur. Or cet objectif ne peut être atteint en l'absence de toute confidentialité. C'est le critère de confiance en matière de prévention des difficultés des entreprises¹¹⁷³. En effet, l'analyse du contenu de ces deux procédures collectives montre bien que les difficultés qui pourraient justifier l'ouverture de la procédure ne sont pas méconnues du public. Il en résulte que les partenaires de l'entreprise seront nécessairement informés de l'existence de la procédure et dans ces conditions, la philosophie de la prévention perdra toute son essence. Ces deux procédures sont non confidentielles, la publicité qui en découle aura nécessairement de fâcheuses conséquences sur la survie de l'entreprise. En effet, la confidentialité est l'une des clefs de

¹¹⁷³ A. Diesbecq et Ph. Roussel Galle, La confiance, la confidentialité, la publicité et le rôle du juge dans les procédures collectives, *Gaz. Pal.*, 01 janv. 2013 n° 1, p. 13.

succès de toute technique de prévention, le législateur en a d'ailleurs fait l'une de ses exigences comme cela a pu être constaté à propos des techniques amiables de prévention que sont le mandat ad hoc et dans une certaine mesure la conciliation. Or on note l'inexistence de cette règle dans les deux procédures. Ce faisant, le débiteur préférera rester dans l'immobilisme en espérant que la conjoncture économique lui soit plus favorable que de s'aventurer dans une procédure qui ne fera qu'ébruiter ses difficultés.

600. À l'instar de la sauvegarde dont le jugement d'ouverture doit être publié conformément aux exigences du code de commerce¹¹⁷⁴, les textes des articles 36 et 37 de l'acte uniforme relatifs aux procédures collectives d'apurement du passif précisent que, la décision d'ouverture du règlement préventif est mentionnée, sans délai au registre du commerce et du crédit mobilier. Le règlement préventif doit donc être publié d'office par le greffier et sans délai. Ces différentes publicités informent nécessairement tous les créanciers et tous les partenaires du débiteur. L'article 37 précité précise même que l'insertion faite au journal officiel est de nature à donner toutes les informations sur le débiteur notamment son domicile ou siège social s'il s'agit d'une personne morale, de son numéro d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, de la date de la décision prononçant le règlement préventif. Le débiteur n'a donc aucune chance de masquer sa situation par quelques procédés que ce soient.

Mais il faut pour cela que s'agissant du droit Ohada, le fonctionnement du registre du commerce et du crédit mobilier soit uniforme dans les mêmes Etats membres¹¹⁷⁵. En cela, le règlement préventif malgré la négociation du plan concordataire entre le débiteur et ses principaux créanciers, n'est pas une procédure confidentielle à l'image du mandat ad hoc ou encore de la procédure de conciliation de droit français. Or, la prévention doit en principe conserver un caractère secret pour être efficace.

601. Il a été à juste titre relevé que la confidentialité¹¹⁷⁶ demeure la cause principale de réussite du mandat ad hoc en droit français. Certes la publicité est un gage de transparence¹¹⁷⁷, en revanche, elle a pour effet fâcheux d'attirer la susceptibilité des partenaires de l'entreprise,

¹¹⁷⁴ Art. R. 621-8 C.com.

¹¹⁷⁵ A. Cisse et B. Diallo, L'informatisation du registre du commerce et du crédit mobilier, Droit et patrimoine, n°201, mars 2001, pp.62 et s.

¹¹⁷⁶ F. Macorig-Venier et C. Saint-Alary- Houin, La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises : entre transparence et confidentialité, efficacité et fragilité !, Bulletin Joly Entreprise en difficulté, 01 Janv. 2014 n° 1, p. 10 ; H. Bourbouloux, Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés des entreprises, Bulletin Joly Entreprises en difficulté, 01 mai 2012 n°3, p.183.

¹¹⁷⁷ F. Macorig-Venier et C. Saint-Alary- Houin, art. préc. n°1, p. 10.

et il n'est pas certain que dans ces conditions ces derniers acceptent d'accompagner un débiteur qui se trouve déjà en principe dans l'incapacité d'honorer ses engagements. Ce faisant, en sollicitant l'ouverture d'une sauvegarde ou d'un règlement préventif, il peut être considéré avoir trahi la confiance qui était placée en lui par ses créanciers¹¹⁷⁸.

B- Le caractère contraignant des deux procédures judiciaires et collectives

602. Les procédures de sauvegarde et de règlement préventif sont fortement judiciairisées. Pour ce qui est du droit français, il faut noter que tous les organes du redressement judiciaire sont présents dans la sauvegarde, qu'il s'agisse de l'administrateur judiciaire¹¹⁷⁹, du mandataire judiciaire¹¹⁸⁰ ou du commissaire à l'exécution du plan¹¹⁸¹. En outre, il appartient au tribunal d'autoriser l'ouverture de la procédure à travers un jugement d'ouverture dans le quel il désigne le juge-commissaire qui sera « chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence ». Il est comme le dit un auteur le « chef d'orchestre de la procédure »¹¹⁸². La présence de ces organes va avoir forcément des conséquences sur le débiteur, ses pouvoirs de gestion s'en trouveront réduits. Ainsi la présence de l'administrateur judiciaire est de nature à influencer ou modifier voire bouleverser la gestion de l'entreprise théoriquement menée par le chef d'entreprise. L'administrateur peut enjoindre au débiteur de prendre des mesures conservatoires¹¹⁸³, il a seul la faculté d'exiger la continuation des contrats en cours ou d'y mettre fin. Or le tri sélectif des contrats en cours, à continuer ou pas, restant le monopole de l'administrateur, peut fortement infléchir la gestion¹¹⁸⁴.

603. Enfin, l'administrateur peut passer certains actes avec l'autorisation du juge-commissaire sans forcément demander l'avis du débiteur¹¹⁸⁵. Par ailleurs certaines restrictions sont également imposées au débiteur par le tribunal. Le tribunal peut en effet décider dans le jugement d'ouverture arrêtant le plan de l'inaliénabilité, sans autorisation du tribunal, de

¹¹⁷⁸ A. Diesbecq et Ph. Roussel Galle, article préc. Gaz. Pal. , 01 janv. 2013 n° 1, p. 13.

¹¹⁷⁹ Art. L. 621-4, alinéa 3 C.com. Il faut rappeler que depuis la réforme de l'ordonnance du 12 décembre 2008, le débiteur peut proposer le nom d'un administrateur au tribunal.

¹¹⁸⁰ Art. L. 621-4, alinéa 3 C.com précité.

¹¹⁸¹ Art.626-25 C.com. Le commissaire à l'exécution est soit l'administrateur soit le mandataire judiciaire.

¹¹⁸² F. Perochon, op.cit. n°473, p.242.

¹¹⁸³ Art.622-4 C.com

¹¹⁸⁴ A. Martin-Serf, art. cit.

¹¹⁸⁵ Art. L.621-3 C.com; Art.L.622-7, al.2 et 3; Art. L.622-8 C.com

certaines biens qu'il estime nécessaire à la continuation de l'entreprise. Cette mesure traduit la méfiance du législateur à l'égard du débiteur. Pour tout dire, elle constitue une illustration évidente du pouvoir exorbitant du tribunal dans la gestion de l'entreprise sous sauvegarde. Toutes ces mesures contraignantes peuvent être de nature à décourager le débiteur dans le choix de la sauvegarde en tant qu'instrument juridique d'anticipation de la cessation des paiements. Alors qu'on croyait que le traitement judiciaire lourd caractéristique principal des législations antérieures¹¹⁸⁶ avait disparu, le législateur de 2005 malgré la dédramatisation du critère de la cessation n'a pas su, en tout cas s'agissant de la sauvegarde classique, n'est pas encore parvenu à s'affranchir de cette emprise judiciaire constante.

604. Les mêmes critiques ci-dessus formulées sont aussi valables pour le règlement préventif puisqu'à l'instar de la procédure de sauvegarde, la procédure d'anticipation de droit africain comporte autant d'organes de procédure¹¹⁸⁷. Pour le débiteur de droit africain, excepté le juge commissaire dont la nomination est obligatoire, il est curieux d'avoir autant d'organes dans des procédures à visée préventive, ce qui n'est pas une bonne solution pour le débiteur en difficulté qui risque ainsi d'être exposé inutilement au paiement de frais qu'on aurait pu éviter par la suppression de certains organes. .

C- Le risque d'instrumentalisation des deux procédures

605. Les procédures de sauvegarde et de règlement préventif dépendent uniquement de la seule volonté du débiteur (1). L'imprécision de leur critère d'ouverture (2) peut avoir des conséquences sur le sort de l'entreprise (3).

1- Des procédures laissées exclusivement à la seule initiative du débiteur

606. L'exclusivité de la demande d'ouverture des procédures de prévention dévolue au seul débiteur n'est pas une exception du droit Ohada. Cette solution est aussi retenue en droit

¹¹⁸⁶ J.E., Thèse de doctorat préc. p.24.

¹¹⁸⁷ Il est mentionné à l'article 16 de l'AUPCAP que la juridiction compétente peut désigner un syndic et des contrôleurs chargés de surveiller l'exécution du concordat préventif, le texte précise que la même juridiction désigne un juge-commissaire.

français et dans d'autres législations étrangères¹¹⁸⁸. Il en résulte que ces différentes législations partagent les mêmes risques d'instrumentalisation de la procédure. S'agissant de la procédure de règlement préventif, il ressort de l'article 5 de l'acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif que la faculté de demander l'ouverture de la procédure appartient exclusivement au débiteur. Cette solution peut paraître louable sens où le débiteur est incontestablement le mieux placé pour bien apprécier la gravité de sa situation¹¹⁸⁹. En sa qualité de qualité de commerçant personne physique ou représentant légal d'une personne morale, il est celui qui vit au quotidien la situation réelle de son entreprise. Par conséquent, il est le seul habilité à décider de l'opportunité de la demande. Ainsi, dès qu'il le juge nécessaire, le débiteur saisit le président de la juridiction compétente par voie de requête exposant sa situation économique et financière avec les perspectives de redressement.

607. Mais une telle solution comporte des manquements ou des difficultés. En effet, à l'instar de la procédure de sauvegarde de droit français, le règlement préventif est une procédure volontaire. Ce faisant, il n'existe aucune disposition qui oblige le débiteur à recourir à ces procédures. Le débiteur est donc libre d'engager la procédure ou de ne pas l'engager. Dès ce stade, il lui appartient d'apprécier si les difficultés, lorsqu'elles existent, ne sont pas de nature à rendre la situation de l'entreprise irrémédiablement compromise. L'appréciation subjective est d'autant plus grande qu'il n'est pas certain que le débiteur soit toujours le meilleur juge de la situation de son entreprise. La faculté qui lui ainsi reconnue en la matière semble ne souffrir d'aucune contestation. Aucun délai n'est imposé en fonction de la survenance des difficultés. Il bénéficie certes d'une appréciation souveraine des difficultés mais il a intérêt à solliciter plutôt la protection du tribunal pour garder ses chances de redressement plus grandes. Maître de l'opportunité de l'ouverture de la procédure et corrélativement de l'appréciation des critères d'ouverture, le débiteur peut donc être amené à faire des abus et privilégier des arrangements extra légaux. Le risque de voir le recours du débiteur intervenir trop tard resurgit à ce niveau car ce risque est consubstantiel à toutes les procédures volontaires de prévention de cessation des paiements. D'une manière générale, lorsqu'il se décide d'aller devant le tribunal, il compte bénéficier de la règle de suspension des poursuites.

¹¹⁸⁸ C'est le cas de l'ensemble des techniques amiables et judiciaires de prévention de la cessation des paiements en droit : le mandat ad hoc, la procédure de conciliation, la procédure de sauvegarde ; C'est aussi le cas de la procédure de redressement de droit américain qui distingue deux types de faillite : la faillite volontaire ou « voluntary cases » dont le déclenchement relève de la seule volonté du débiteur et la faillite involontaire ou « involuntary cases » qui donne la possibilité aux créanciers de saisir la juridiction des faillites d'une requête contre le débiteur. '.

¹¹⁸⁹ Ph. Roussel Galle, art. préc. p.16.

2- L'imprécision des critères d'ouverture

608. Pour rappel, selon les termes de l'article L.620-1 du code de commerce, la procédure de sauvegarde est ouverte à l'initiative du débiteur qui « sans être en cessation des paiements, justifie des difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter ». Ce principe est le même qu'en droit Ohada puisque ce qui est « insurmontable » est forcément « sérieux » d'où une difficulté insurmontable est une difficulté sérieuse. De ce point de vue, à priori extrêmement souple, cette solution risque pourtant de poser des difficultés d'appréciation. En effet, le code de commerce s'il est assez disert au sujet des personnes pouvant demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, il reste en revanche muet en ce qui concerne la nature des difficultés. Cela implique-t-il la prise en compte d'une multitude de difficultés de toute nature, telles les difficultés juridiques, économiques, ou financières¹¹⁹⁰, avérées ou prévisibles dans le texte de l'article L.611-4 du code de commerce relatif à la conciliation ? Faut-il au contraire penser à des difficultés particulières assignées aux finalités de la procédure de sauvegarde, à savoir la poursuite de l'activité, maintien de l'emploi, apurement du passif. Les réponses à ces questions peuvent être déterminantes quant à la recevabilité de la requête du débiteur. Mais il est certain que le débiteur doit éprouver une ou des difficultés et qu'il doit démontrer son ou leurs caractères insurmontables pour solliciter la protection du tribunal. Le choix du législateur pour le sauvetage de l'entreprise est ainsi clairement posé peu importe les moyens utilisés et les atteintes que cela pourrait avoir sur d'autres matières juridiques¹¹⁹¹. Il empêche que le critère tel que posé comporte des imprécisions notamment le moment d'appréciation des difficultés insurmontables. La question s'était déjà posée dans une espèce jugée par la cour de cassation citée¹¹⁹² sous l'empire de la loi de sauvegarde dans sa rédaction issue du 26 juillet 2005. Il avait été reproché au juge de la cour d'appel de Versailles de n'avoir pas suffisamment caractérisé l'existence de difficultés avérées mais de ne pas relever leur caractère insurmontable de nature à conduire le débiteur à la cessation des paiements.

¹¹⁹⁰ T.com Nanterre, 30 nov. 2009, SA Thomson, n°2009G00034 : JCP E 2009, act. 601, obs. C. Lebel ; B. Saintourens, Conditions d'ouverture des procédures, Rev. proc. coll. mars-avril 2010, comm.49.

¹¹⁹¹ Y. Chaput, Synthèse du colloque « Procédures d'insolvabilité, aides publiques et droit de la concurrence », Strasbourg 2008, LPA 11 juin 2008, n°117, p.47. v. aussi P.-M. Le Corre, op.cit., n°223.32, l'auteur affirme que la procédure de sauvegarde ne saurait être analysée en une aide d'Etat au sens du droit communautaire puisqu'il s'agit en l'espèce d'appliquer une législation nationale.

¹¹⁹² Cass.com. 26 juin 2007, n°06-17821 : BJS, 01 nov. 2007 n°11, p.1167, note C. Regnaud- Moutier.

609. Ainsi en se contentant de relever l'existence de difficultés rencontrées par la société Photo service et à affirmer que ni la mise en place de la nouvelle stratégie de développement numérique par internet, ni l'accord de partenariat avec la société Orange, ni une négociation de la dette avec les créanciers n'auraient permis de résoudre les difficultés et malgré les perspectives prometteuses, la cessation de paiement était inévitable. Or il ressort des éléments versés au soutien de sa demande de sauvegarde que la baisse du chiffre d'affaires de la société demanderesse aurait pu la conduire à la cessation des paiements dans un bref délai et que seul le bénéfice de la sauvegarde pouvait permettre d'éviter le dépôt de bilan. Les divergences d'appréciation dans la mise en œuvre entre la cour d'appel et la cour de cassation montre bien toute la difficulté du critère d'ouverture de la sauvegarde.

610. Le législateur a cru devoir régler cette difficulté en revisitant le critère d'ouverture à travers l'ordonnance du 12 décembre 2008. L'affaire Cœur Défense a toutefois montré que l'objectif du législateur était loin d'être atteint¹¹⁹³. L'incertitude qui entoure le critère d'ouverture¹¹⁹⁴ est donc avéré et tout porte à croire que le législateur laisse l'entière responsabilité aux tribunaux d'en apprécier le contenu en ayant à l'esprit toute la philosophie de la loi de sauvegarde. Ce faisant, les juges de la cour de cassation dans une volonté de recadrage, rappellent que le critère d'ouverture doit être apprécié concrètement au jour de la demande, au regard des capacités financières propres au débiteur¹¹⁹⁵. Mais il est clair que seules les difficultés financières seules ne suffiront pas à justifier l'ouverture de la procédure de sauvegarde même si les juges de la cour d'appel dans l'affaire Cœur de Défense citée ont cru devoir interpréter l'article L.620-1 du code de commerce en précisant que toutes les difficultés n'étaient pas bonne à prendre en compte mais seules celles qui touchent l'activité du débiteur¹¹⁹⁶.

611. L'attitude de la cour d'appel dans l'espèce ne doit pas être condamnée pour autant en dépit de sa vision très restrictive dans l'appréciation du critère d'ouverture¹¹⁹⁷. Il faut éviter en

¹¹⁹³ Cour d'Appel de Paris, pôle 5, ch. 9, 25 février 2010 : affaire Cœur Défense : Gaz. Pal., 17 avril 2010 n° 107, p. 13, obs. P.-M. Le Corre ; Cass.com., 8 mars 2011 op.cit. obs. F. Reille ; Leden, 20 nov. 2011, n°4, p.1, obs. S. Gorrias. et C. Thevenot.

¹¹⁹⁴ M. Menjucq. Affaire Heart of la Défense : incertitudes sur le critère d'ouverture de la procédure de sauvegarde, Rev. proc. coll. mai-juin 2010, Etudes 11.

¹¹⁹⁵ Cass.com. 26 juin 2007, n°06-17821 précit.

¹¹⁹⁶ Cass.com., 8 mars 2011, n°10-13989 et 13990 : LPA, 19 juill. 2011 n°142, p.7

¹¹⁹⁷ Pour les juges du fond, seule compte l'activité peu importe par qui elle est exercée. En outre, il résulte de la situation des sociétés débitrices qu'elles n'avaient pas de salariés, l'une la mère, était une holding pure, l'autre, la filiale, avait pour seule activité la gestion du parc de bureau.

effet de faire de la procédure de sauvegarde une technique de gestion en possession du débiteur ou encore un échappatoire vis à vis des obligations contractuelles. Selon donc la Cour d'Appel, la procédure de sauvegarde doit donc être refusée à l'égard du débiteur dès lors qu'il n'y a pas de risques liés à l'activité¹¹⁹⁸ ce que ne dit pas la loi. Mais au delà de cet égarement de la cour d'Appel, tout en admettant le principe du refus de l'usage abusif de la sauvegarde par un contrôle accru du juge¹¹⁹⁹, le débiteur désireux de se placer sous le bénéfice de la sauvegarde doit justifier avec clarté et non avec approximation qu'il rencontre des difficultés qu'il ne peut surmonter tout seul. Il faut donc encourager la sauvegarde en évitant de compliquer son critère d'ouverture comme l'a fait la cour d'appel de Paris une fois ouverte, rien n'est gagné d'avance pour le débiteur car les difficultés qui ont motivé son ouverture peuvent s'aggraver en cours de procédure.

3- Les conséquences de l'absence de précision des critères d'ouverture : Les risques d'évolution des difficultés de l'entreprise en cours de procédure

612. Ces risques sont susceptibles de se produire dans les deux ordres juridiques. En sollicitant le bénéfice de la sauvegarde et du règlement préventif, le débiteur se condamne par la même occasion à réussir. Plusieurs raisons justifient cette idée. D'abord, il se peut que les difficultés qui ont motivé l'ouverture de ces deux procédures aient été mal appréciées par le tribunal, les systèmes français¹²⁰⁰ et Ohada sont des systèmes de gradation de difficultés. Ce faisant, il faut raisonner de façon téléologique et considérer qu'en sauvegarde comme en règlement préventif, les difficultés du débiteur ont atteint un degré de gravité assez important et que le risque d'une survenance de cessation des paiements est fortement probable.

613. Le premier risque qu'encourt le débiteur est donc celui de l'effet de la cessation des paiements sur le cours de la procédure¹²⁰¹. Par exemple, en droit français, les rédacteurs de la loi du 26 juillet 2005 avaient déjà compris cette menace par la référence faite à la cessation des paiements à travers le critère d'ouverture de la sauvegarde. Pourtant en dépit de la difficulté que pouvait avoir ce critère dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance de 2008, on pouvait y voir une certaine utilité d'ordre psychologique sur le débiteur. Le débiteur doit en

¹¹⁹⁸ CA de Paris, pôle 5, 25 févr. préc.

¹¹⁹⁹ A. Diesbecq, L'abus réprimé : la correction par le juge, Gaz. Pal., 19 déc. 2009 n°353, p.24

¹²⁰⁰ F. Perochon, op. cit, n°115, p.77.

¹²⁰¹ F. Winkel, « L'option entre les procédures préventives du nouveau droit des entreprises : analyse des risques », LPA, 12 juin 2006 n°116, p.7

effet comprendre qu'il n'est pas à l'abri de la frontière qui mène au redressement judiciaire, voire à la liquidation judiciaire. Le risque d'ouverture d'un redressement judiciaire sans cessation des paiements est alors possible en sauvegarde. La sauvegarde serait donc un couteau à double tranchant entre les mains du débiteur. Si le plan de sauvegarde ou le plan concordataire abouti et s'il a permis le redressement de l'entreprise, la sauvegarde ou le concordat auront été dans ce cas sans inconvénient majeur pour l'entreprise. En revanche en cas d'échec, ce sont toutes les contraintes de la procédure judiciaire et collective qui s'abattront sur le débiteur.

614. Le deuxième risque auquel est exposé le débiteur est l'effet rétrospectif de la cessation des paiements c'est-à-dire la période suspecte¹²⁰². Ce second risque est plus probable en droit français car le règlement préventif ne comportant de période d'observation. En effet, d'après l'article 621-12 du code de commerce, s'il apparaît, après l'ouverture de la procédure que le débiteur était déjà en cessation des paiements au moment du prononcé du jugement, le tribunal le constate et fixe la date de la cessation des paiements. Elle peut être antérieure de plus de dix-huit mois à la date du jugement¹²⁰³. La recherche de cette même date peut également être recherchée de façon exceptionnelle en période d'observation, ce qui pourrait conduire le juge à englober dans une période suspecte la totalité ou une partie de la procédure de sauvegarde initiale¹²⁰⁴. Enfin, la cessation des paiements peut encore être constatée en cours d'exécution du plan de sauvegarde. Dans ce cas, l'article L.626-27 du code de commerce prévoit que le tribunal prononce la résolution du plan et ouvre une procédure de redressement judiciaire ou, si le redressement est quasiment impossible, une procédure de liquidation judiciaire. Ce sont autant de contraintes qui guettent le débiteur qui volontairement a choisi de se mettre sous la protection de justice. L'ombre de la période suspecte affecte la procédure de sauvegarde et compromet ainsi son attractivité. Il faut donc se demander si conscient de cela, le chef d'entreprise prendra le risque de demander son ouverture.

615. Malgré ce risque qu'il est susceptible de prendre, d'autres raisons supplémentaires peuvent compromettre le débiteur dans la saisine du tribunal. Le sauvetage de l'entreprise ne peut se faire sans le concours des créanciers du débiteur. De plus avant de prendre la décision de se mettre sous la sauvegarde, le chef d'entreprise aura d'une manière générale le réflexe de

¹²⁰² La période suspecte est celle qui s'étend de la cessation des paiements au jugement prononçant le redressement judiciaire.

¹²⁰³ Art. L.631-8 C.com.

¹²⁰⁴ F. Winckel, art.préc.

sonder l'avis de ces derniers. Les inconvénients d'une telle aventure pourront ainsi être mesurés avant la saisine. Au nombre de ces inconvénients, en plus de ceux inhérents au débiteur qui viennent d'être exposés, il y a ceux que peuvent encourir les créanciers du débiteur. Pour ces derniers, ces inconvénients peuvent s'analyser en termes de risques et de responsabilité¹²⁰⁵. Le risque principal pour les créanciers à l'exception des créanciers de salaire c'est la remise en cause des prévisions du contrat qui se traduit tout à la fois par un risque de non paiement des créances antérieures mais également des créances postérieures au jugement d'ouverture à condition dans ce dernier d'avoir la qualité de créanciers méritants ou utile pour les besoins de la procédure¹²⁰⁶.

616. S'ajoute également à cela, l'incertitude quant au devenir du contrat. Le risque majeur pour le créancier dans cette hypothèse est la probabilité de voir annulé le contrat par le jeu des nullités de la période suspecte. Or dans la mesure où le contrat est pour le cocontractant une source d'activité et donc de revenus, les conséquences d'une telle nullité seraient redoutables pour le cocontractant, en particulier si du fait de cette nullité il se trouve créancier du débiteur. Ce faisant, même si sa créance n'est pas éteinte, ses chances d'être payé sont très réduites sinon nulles. Un tel créancier en raison de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde pourrait se retrouver dans une situation de précarité. Cette précarité qui peut entraîner pour lui-même des difficultés qui peuvent conduire à des faillites en cascade. De surcroît, et comme si cela ne suffisait pas, l'ouverture d'une procédure sauvegarde, sous réserve des exceptions visées par l'article L.650-1 du code de commerce¹²⁰⁷, peut présenter un risque en terme de responsabilité pour le partenaire du débiteur en difficulté.

617. En définitive, l'ensemble de ces risques peuvent être de nature à rendre la sauvegarde de droit commun moins attrayante pour les dirigeants d'entreprise. Il est clair qu'elle le sera moins désormais. Il est même possible de douter sur son avenir. La sauvegarde accélérée issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 et la sauvegarde financière accélérée instituée auparavant par l'ordonnance du 18 décembre 2008 semblent mettre fin à l'hégémonie de la

¹²⁰⁵ Ph. Roussel Galle, Risques et responsabilités des cocontractants in Actes du colloque de Caen du 15 octobre 2010 sur le thème « Loi de sauvegarde des entreprises. Risque et responsabilité en droit des procédures collectives », Rev. proc. coll. nov-déc. 2010, dossier 9.

¹²⁰⁶ Art. L. 622-17 C.com ; Pour une analyse plus approfondie sur la question, voir, P.-M. Le Corre, La taxe foncière, une créance postérieure méritante ? , GPC, 16 oct. 2010, p. 12 et op.cit., n°423.21, p.859 ; F. Perochon, op. cit. n°770, p.384.

¹²⁰⁷ Selon ce texte, « lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables 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 à ceux ».

sauvegarde mère. Cette dernière sauvegarde dérivée a elle-même perdu son rôle de challenger attitré de la sauvegarde ordinaire au profit de la toute nouvelle sauvegarde accélérée pour laquelle il est trop tôt pour établir un bilan.

Paragraphe II: Les lacunes spécifiques à chaque système juridique

618. Ces lacunes ont trait pour ce qui est du droit Ohada au caractère provisoire de la règle de suspension des poursuites (A) et de celles constatées au niveau des procédures de sauvegardes dérivées de droit français (B).

A- Le caractère provisoire de la règle de suspension des poursuites dans le règlement préventif

619. Au regard de ce qui précède, il peut être tentant pour le débiteur de solliciter le bénéfice du règlement préventif alors que ce dernier se trouverait en réalité dans une situation irrémédiablement compromise alors que sa situation appellerait qu'on lui applique une procédure de redressement judiciaire ou une liquidation des biens. Même si elle n'est plus un préalable au prononcé de la décision de règlement préventif, en revanche elle permet au débiteur de paralyser les actions en paiement de ses créanciers c'est-à-dire ceux qu'il aura expressément désignés dans sa requête. Comme le relevait la doctrine avant la nouvelle réforme,¹²⁰⁸ entre la décision de suspension des poursuites et le prononcé du jugement d'homologation du concordat préventif, le débiteur disposait d'un délai de grâce de fait. Comme l'acte uniforme ne prévoit aucune sanction lorsque l'ouverture du règlement préventif paraît non justifié, il était à craindre que certains débiteurs peu scrupuleux n'engagent une telle procédure de manière abusive en sachant dès le départ qu'elle n'a pas lieu d'être ou aura peu de chance d'aboutir¹²⁰⁹. En effet, après la décision de suspension des poursuites prise par le président du tribunal, un expert est désigné afin d'établir un rapport dans un délai de deux mois, ce délai pouvant être prolongé exceptionnellement par le tribunal. C'est dire que la suspension des poursuites ne saurait durer plus de trois mois. Ainsi, jusqu'à l'établissement du rapport de l'expert le débiteur continue de bénéficier de la règle de suspension des poursuites. Ainsi, il est d'être à l'abri des actions en paiements de ses créanciers. Il existait

¹²⁰⁸ B. Mator et N. Pilkington, D. Sellers, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, op.cit, p. 164 ; Roussel Galle, *OHADA et difficultés des entreprises*, art. préc. p. 60.

¹²⁰⁹ B. Martor, N. Pilkington, D. Sellers et S. Thouvenot, op. cit, p. 164.

alors une grave insécurité juridique et financière pour les acteurs économiques si cette règle de la suspension des poursuites devrait être maintenue trop longtemps à l'égard d'un débiteur¹²¹⁰. De surcroît, la suspension serait dans ces conditions de nature à porter atteinte aux règles de la concurrence car l'entreprise bénéficiaire échappe ainsi, même provisoirement, à certaines charges qu'elles devraient payer normalement et auxquelles ses concurrents restent elles soumises.

620. Dans une espèce jugée par la Cour d'Appel¹²¹¹, l'expert désigné n'avait toujours pas déposé son rapport dix mois après sa désignation alors que le délai légal fixé pour le faire est de deux mois. Malgré l'action en annulation de la société Nordisk, créancière du débiteur Haidar Bois Exotique (HBE), la Cour d'appel n'a pas fait droit à sa requête, elle a toutefois admis que les dispositions des articles 8 et 13-2 de l'AUPCAP n'autorisaient une prolongation du délai de trois mois maximum imparti à l'expert pour déposer son rapport.

621. Autant d'éléments qui peuvent conduire les débiteurs indéliçables, tout en s'appuyant sur les conditions d'engagement d'une requête en règlement préventif, de présenter de façon partielle ou erronée la situation de son entreprise afin d'obtenir du président du tribunal la suspension de poursuites individuelles à l'égard de créanciers dont le débiteur, aura, seul, fourni la liste avec des intentions en relation avec sa propre présentation de la réalité¹²¹². Surtout qu'il n'est pas certain que la multitude de documents qui sont fournis par le débiteur au président du tribunal soit analysés rapidement par le tribunal de sorte à se faire une exacte appréciation véritable de la situation du débiteur. La requête du débiteur peut donc juste tendre à un moyen dilatoire pour faire échec aux actions en paiement et masquer une situation qui, la plupart du temps est déjà irrémédiablement compromise.. Toutes ces imperfections liées au risque d'instrumentalisation du règlement préventif ont fait l'objet d'une correction de la part du législateur OHADA. L'article 8 cité du nouvel AUPCAP a supprimé le caractère autoritaire du règlement préventif. D'après le texte de l'article 8, d'un caractère autoritaire, la suspension des poursuites revêt désormais un caractère conditionné.

B- Les lacunes des procédures de sauvegarde dérivées

¹²¹⁰ A. Delabrière, L'article 11 de l'acte uniforme sur les procédures collectives : outil de sauvegarde ou de discrimination ? , revue Penant 2010, 870-873, p.57.

¹²¹¹ Cour d'appel d'Abidjan, ch. Civile et commerciale, arrêt n° 53 du 1^{er} avril 2005, Penant 864, p. 363, note B. Diallo.

¹²¹² A. Delabrière, article op.cit. p. 57.

622. La sauvegarde financière accélérée et la sauvegarde accélérée sont des procédures conditionnées (1) qui tout en augmentant le nombre des procédures collectives en droit instituent une sorte de trilogie de sauvegarde susceptible de créer une confusion dans l'esprit du débiteur (2).

1- Des procédures conditionnées et financièrement pesantes pour le débiteur

623. Pour bénéficier de l'une de ces deux procédures, il faut impérativement passer par une phase amiable de conciliation. Autrement dit, seuls les débiteurs qui remplissent les conditions posées dans le cadre de cette procédure pourront bénéficier de ces procédures. Ainsi en ce qui concerne la sauvegarde financière accélérée, c'est l'échec de la conclusion de l'accord en raison du refus de certains établissements de crédit qui autorise le débiteur, à condition de justifier aux termes de l'article L.628-1 alinéa 2 du code de commerce l'élaboration d'un projet de plan visant à assurer la pérennité de l'entreprise. Mais il doit être susceptible d'accueillir un soutien majoritaire de la part des établissements de crédit et des obligataires, à défaut d'un accord unanime en conciliation. Il en va de même de la sauvegarde accélérée seulement dans cette dernière procédure : les créanciers concernés vont au delà des établissements de crédit et des obligataires. Il en résulte que le débiteur dont la résolution des difficultés ne peut être possible que dans le cadre d'une procédure de sauvegarde financière accélérée ne pourrait pas en bénéficier s'il n'a pas recueilli un soutien suffisamment large de la part des créanciers. Subséquemment, à défaut de vote par le comité des établissements de crédit ou les obligataires, le tribunal mettra fin à la sauvegarde. Il existe donc une incertitude quant à l'issue de ces deux procédures. Par ailleurs, on retrouve encore ici l'omniprésence judiciaire sur ces deux procédures. En effet, la décision d'arrêter le plan de sauvegarde relève du seul tribunal.

624. En outre, pour bénéficier de cette procédure, il est exigé du débiteur qu'il emploie un certain nombre de salariés soit 150 20 million de chiffres d'affaires. A l'évidence, ces seuils limitent considérablement la possibilité d'utiliser la procédure de sauvegarde financière accélérée¹²¹³.

¹²¹³ C. Saint-Alary-Houin, op.cit. n°925, p.623. Il en résulte que d'après cet auteur, l'article L.626-29 alinéa 2, selon lequel le juge commissaire peut, à la demande du débiteur ou de l'administrateur, qu'il soit fait application de la sauvegarde en deçà de ces seuils n'est applicable.

625. De surcroît, ces deux procédures opèrent une certaine neutralisation des créanciers minoritaires. Il s'agit en effet de forcer la main à ces créanciers récalcitrants en leur imposant la loi de la majorité, ce qui a fait dire à un auteur que les créanciers ne sont pas traités sur un plan d'égalité¹²¹⁴. Par exemple ne sont concernés par la sauvegarde financière que les établissements de crédits et les créanciers obligataires. S'ajoute à cela la brièveté des délais mais aussi le caractère accéléré des procédures. Ne serait-il pas souhaitable de reconsidérer les différents délais en les augmentant ? La rapidité de traitement des difficultés dans ces délais est-il possible ? Ne serait-il pas envisageable, comme c'est le cas dans le mandat ad hoc, de laisser la possibilité au tribunal de proroger ou de mettre fin à la procédure, au vu du rapport du commissaire à l'exécution du plan plutôt que de s'enfermer dans des délais peu objectifs ?

626. Il y a lieu d'observer également que le passage de l'amiable au judiciaire renforce certes les chances de redressement de l'entreprise en donnant un second outil de restructuration cette fois-ci judiciaire. En revanche, elle risque d'aggraver la situation financière du débiteur car il va falloir financer tout cet agencement de procédures¹²¹⁵. C'est probablement l'une des raisons qui justifient le resserrement des délais observé dans ces deux procédures. Si tel est le cas, il faut également craindre pour la nouvelle sauvegarde accélérée qui pour les mêmes raisons ne fera pas long effet à l'image de la sauvegarde financière accélérée à qui le code de commerce ne consacre désormais que deux articles, signe peut-être de son échec pour l'entreprise en difficulté.

2- Une trilogie de procédures susceptible de créer une confusion dans l'esprit du débiteur

627. En instituant une troisième procédure de sauvegarde accélérée, le pouvoir législatif nourrit l'idée de donner à la pratique plusieurs mécanismes juridiques de traitements des difficultés adaptés à situation de chaque débiteur. Si pour les praticiens et spécialistes de la matière cela ne pose que de problème qui de difficulté dans la maîtrise des différents passerelles entre l'amiable et le judiciaire, des risques de confusion peuvent apparaître dans

¹²¹⁴ V. C. saint-Alary-Houin, la procédure de sauvegarde accélérée », Rev. proc. coll. Juill. 2011. Colloque n°2, p. 31 ; G. Berthelot, les créanciers postérieurs méritants (1^{ère} partie), Rev. proc. coll. mai-juin 2011, dossier 35

¹²¹⁵ E. Mouïal-Bassilana et L.- Caroline Henry, L'agencement des différentes procédures instaurées par la loi de sauvegarde, LPA, 14 juin 2007 n°119, p. 39.

l'esprit du débiteur. En effet, l'articulation entre ces trois sauvegardes pourrait être difficilement maîtrisable pour le débiteur.

628. D'abord, avec la nouvelle sauvegarde accélérée, le débiteur s'affranchit du critère d'ouverture de la sauvegarde de droit commun, puisque le débiteur même en cessation des paiements à condition de ne pas l'être au delà de quarante cinq jours, pourra solliciter l'ouverture d'une sauvegarde accélérée sous réserve de respecter les autres conditions posées à l'article L. L.628-1 alinéa 2 du code de commerce. Or dans le même temps, il ne faut pas être en cessation des paiements pour bénéficier de la sauvegarde ordinaire car cette condition doit toujours être également respectée dans le cadre de la sauvegarde financière accélérée.

629. Ensuite, l'harmonisation du critère d'ouverture n'est plus désormais à faire du côté de la sauvegarde mais plutôt du côté de la conciliation. Autrement dit, si le débiteur est en état de cessation des paiements de moins de quarante-cinq jours, il ne peut que solliciter qu'une conciliation ou se mettre sous un redressement judiciaire. Si sa situation exige une sauvegarde financière ou une sauvegarde accélérée, il est contraint de passer par la conciliation avec le risque d'échec de l'accord faute d'un soutien véritable pour espérer aller en sauvegarde. Comment dans ces conditions le débiteur qui ne dispose pas d'un conseil puisse adopter une démarche volontariste. Il est envisageable de simplifier davantage en unifiant le critère d'ouverture à l'image du chapitre 11 de droit américain dont s'est inspiré pour l'essentiel le législateur français¹²¹⁶. Cette gymnastique juridique rend encore plus complexe l'accès à ces procédures.

630. Ainsi cette simplification des conditions d'ouverture pourrait particulièrement rendre efficace la procédure de sauvegarde financière accélérée. En effet, la sauvegarde financière accélérée est une passerelle entre les procédures préventives et la procédure de sauvegarde qui permet aux sociétés endettées d'appréhender la restructuration de leur dette dans un cadre adapté et des délais resserrés¹²¹⁷. Cet objectif est loin d'être atteint, deux ans et demi après son adoption. L'une des causes de cet échec est l'inadaptation de ses conditions d'ouverture à la réalité des situations concernées. En effet, l'exigence de l'ouverture d'une conciliation préalable à la quelle s'ajoute celle de l'absence de cessation des paiements alourdit considérablement le dispositif. Cela complique le recours à la sauvegarde financière accélérée

¹²¹⁶ J.E. thèse de doctorat, préc.pp .115 et s.

¹²¹⁷ D. Caramali, art. préc. p. 42

(SFA). Une des pistes d'amélioration du dispositif est de permettre à la SFA de succéder à une procédure de mandat ad hoc dès lors qu'un projet de plan est susceptible de recueillir un soutien assez large de ses créanciers. En outre, la deuxième solution consisterait à admettre l'ouverture de la SFA même si le débiteur est en état de cessation des paiements. Cette solution a été instituée à la faveur de l'ordonnance du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives mais seulement pour la nouvelle procédure de sauvegarde accélérée¹²¹⁸. Il en résulte que les conditions d'ouverture de la SFA sont restées inchangées. De ce point de vue, son avenir s'annonce incertain.

¹²¹⁸ F. Reille, « La sauvegarde accélérée issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 », Gaz. Pal., 08 avril 2014 n° 98, p. 10.

Conclusion titre II

631. Comparativement au système de prévention-détection, le système de prévention traitement offre de réelles chances de sauvetage de l'entreprise en difficulté. En effet, l'ensemble des techniques de prévention prévues par ce système de prévention s'avèrent plus efficaces que les techniques de détection. Qu'il s'agisse du droit français ou du droit Ohada, tout est mis en œuvre pour que le débiteur puisse trouver parmi ces différents mécanismes de prévention, celui qui est adapté à sa situation. Sous réserve des conditions particulières de la conciliation de droit français, avant la cessation des paiements, le débiteur a le choix entre les procédures amiables et les procédures judiciaires de prévention. Ainsi, le mandat ad hoc et la procédure de conciliation seront préconisés en présence de difficulté avérées ou prévisibles. Dans l'hypothèse contraire c'est-à-dire en présence de difficultés graves et sérieuses, la voie de l'anticipation de la cessation des paiements pourra être envisagée par le recours aux procédures judiciaires de prévention.

632. Ainsi pour ce qui des mesures amiables de traitement des difficultés, les différents législateurs, afin d'inciter le débiteur à emprunter la voie de la négociation et les créanciers à participer à cet effort, ont prévu des mesures incitatives de nature diverse. La plus importante qu'on peut retenir est le privilège de conciliation ou de l'argent frais institué qui pourra bénéficier aux créanciers qui acceptent d'accompagner le débiteur malgré sa situation difficile.

633. Quant aux procédures judiciaires de prévention, nous avons montré qu'elles sont beaucoup lacunaires. La principale de ces lacunes tient à leur nature judiciaire qui constitue une des causes majeures de leur inefficacité. Outre le risque d'instrumentalisation de ces différentes procédures, l'imprécision de leur critère d'ouverture n'est pas de nature à favoriser leur appropriation par les dirigeants. Autant de faiblesses qui ont fini par rendre l'ensemble du dispositif relativement inefficace.

Conclusion première partie

634. A des degrés différents, les systèmes de prévention proposés par le droit français et le droit Ohada ne sont pas satisfaisants. D'une part pour ce qui est du système de détection, les lacunes sont sensiblement les mêmes dans les deux systèmes de droit. D'abord, nous avons relevé que l'information qui est au cœur du système de prévention ne peut parvenir au dirigeant en raison de l'hésitation des agents de détection dans la mise en œuvre des mécanismes d'alerte. Cet atermoiement, conséquence de l'imprécision des critères de déclenchement réduit considérablement la portée des différents procédés d'alerte. En outre, comme la plupart des mécanismes d'alerte sont centrés sur celui du commissaire aux comptes, il en résulte que la marge de manœuvre des autres agents de détection est très limitée. Or, comme cela a été analysé, le commissaire aux comptes résigne par moment à déclencher l'alerte pour éviter de heurter un client important. A cela s'ajoute la lourdeur des différentes phases de déroulement des différents mécanismes d'alerte, ce qui finit par aggraver les difficultés de l'entreprise puisque lorsque celles-ci sont avérées, le formalisme ainsi observé ne permet pas au dirigeant de prendre la mesure du problème afin d'adopter la réaction appropriée.

635. Par ailleurs relativement au système de prévention détection, le droit français au regard du nombre assez important des techniques de détection, offre un cadre d'information beaucoup plus diversifié par rapport au droit Ohada qui ne comporte un nombre très réduit de sources d'alerte. Ce qui en fait un système d'information meilleur que celui offert le législateur africain. Aussi, le système Ohada de prévention détection n'apparaît pas véritablement différent de celui qui existe en droit français. Le droit d'alerte du commissaire aux comptes et l'alerte des associés et des actionnaires de droit Ohada sont les mêmes mesures existantes en droit français d'alerte qui ont été reconduites. Du coup, les mêmes lacunes ont également été reprises. En outre, alors que le système de prévention détection français établit une certaine cohérence entre les mesures d'information et les mesures de traitement des difficultés, le droit Ohada se singularise par une absence de d'articulation de l'ensemble de son système de prévention, d'où nous avons pu constater et regretté l'isolement de l'alerte du commissaire aux comptes par rapport au règlement préventif.

636. Ensuite, s'agissant du système de prévention traitement, le volet du traitement amiable des difficultés paraît beaucoup plus privilégié par rapport à l'aspect judiciaire qui connaît des

résultats très décevants. Mais ici encore, même si les deux législateurs adoptent tous la voie de la contractualisation du traitement des difficultés, il faut en revanche relever au passage que le droit français apparaît mieux structuré et organisé que le droit Ohada. Il existe comme nous l'avons démontré dans l'ordre juridique français d'importantes mesures incitatives contrairement au droit Ohada. Certes relativement à la procédure de conciliation, les deux ordres juridiques font du privilège de la conciliation la mesure incitative majeure mais l'analyse a montré que le droit français sert de modèle au droit Ohada. D'ailleurs, la dernière réforme intervenue en droit Ohada a consacré l'institution de la procédure de conciliation déjà existante en droit français.

DEUXIEME PARTIE: DES SYSTEMES DE PREVENTION A REFORMER POUR UNE PLUS GRANDE EFFICACITE

637. Si on se réfère aux différentes réformes intervenues à la suite de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, on peut admettre sans détours que le pari du législateur français dans la lutte contre les défaillances d'entreprise est loin d'être atteint. Ce faisant, il serait tout à fait légitime de douter du dispositif actuel de prévention au regard du caractère insatisfaisant de leur résultat. Le législateur ne veut pas pour autant adopter une posture de défaitiste. La nouvelle ordonnance du 12 mars 2014 illustre bien cet état d'esprit du législateur français.

638. Depuis la loi de sauvegarde en effet, la prévention constitue la nouvelle solution, elle est la nouvelle chance de lutte contre les défaillances d'entreprise. Elle doit donc demeurer une préoccupation constante. Certes des améliorations ont été apportés afin de rendre le dispositif actuel plus attrayant et plus efficace, mais beaucoup reste à faire.

639. Quant au droit de l'Ohada, La nouvelle réforme constitue un espoir certain. De nombreuses solutions ont été apportées. Elles ont tenu compte des imperfections de l'ancien acte uniforme. Les solutions nouvelles doivent toutefois être améliorées car elles ont repris celles du droit français qui connaît des imperfections. Dans l'ensemble donc, une amélioration des deux systèmes de prévention détection et de prévention traitement s'imposent. En effet, il ressort des analyses ci-dessus que les débiteurs éprouvent encore du mal à s'adapter à la nouvelle philosophie des législateurs qui consiste à responsabiliser davantage le chef d'entreprise dans la lutte contre les disparitions d'entreprise. En d'autres termes, le succès de la prévention dépend en l'état actuel du dispositif de la volonté des dirigeants, ce qui peut également constituer l'une des raisons de son échec. Car en effet, tant que le débiteur n'aura pas adopté une démarche préventive c'est-à-dire tant qu'il n'aura pas sollicité l'aide du tribunal, les difficultés qu'il rencontre ne pourront pas trouver une ébauche de solution. Les dirigeants d'entreprise ont donc une énorme responsabilité en la matière.

Mais cette amorce difficile de la prévention est aussi à rechercher dans le contenu des mécanismes proposés. S'agissant de la prévention détection, il a été relevé le caractère disparate des critères d'ouverture des techniques d'alerte, ce qui ne favorise pas son articulation. En effet, ces critères restent flous. Ils ne permettent pas de connaître véritablement la situation réelle de l'entreprise. Même déclenchée, la procédure d'alerte peut

masquer un état de cessation des paiements déjà avéré ou imminent. Comme l'agent détecteur des difficultés n'a pas vocation à les traiter mais seulement à informer la direction ou le gérant de l'entreprise, il n'est pas exclu que la situation de l'entreprise se dégrade bien avant tout recours à une technique amiable ou judiciaire de prévention.

640. Quant au système de prévention traitement, qu'il soit amiable ou judiciaire, l'ambiguïté du critère de la cessation des paiements risque de compliquer l'ouverture de ces procédures, étant donné que son rôle de pivot entre ce qui relève de la prévention et du judiciaire n'est plus désormais établi. On observe au contraire une déclinaison au niveau de sa fonction. Pour ces raisons, une réforme de la prévention s'avère indispensable pour la rendre efficace. Cela passe par une réorganisation de la prévention détection (Titre I) et de la prévention traitement (Titre II).

TITRE I: LA NECESSAIRE REORGANISATION DE LA PREVENTION DETECTION

641. Des deux systèmes de prévention en présence, le système de prévention détection apparaît comme le volet pauvre de l'ensemble du dispositif prévu par les différents législateurs. En effet il est possible de considérer que le nombre croissant des défaillances d'entreprises tant en droit français et en droit des pays membres de la zone OHADA signifie que les dirigeants d'entreprise ne sont pas informés de l'existence des mécanismes juridiques de prévention traitement organisés dans les deux ordres juridiques. Or en l'absence de toute information, on imagine comment le chef d'entreprise peut connaître la situation de son entreprise et entreprendre une démarche préventive. Cela traduit également comme nous l'avons déjà montré que le système de prévention détection a besoin d'être réformé. En effet, au delà des améliorations apportées au niveau des organes d'information comme le commissaire aux comptes ou du président du tribunal de commerce, le constat est que l'information n'est pas suffisamment diffusée au sein de l'entreprise. Les agents de détection qui sont prévus par les deux systèmes de prévention ne sont donc pas parvenus à jouer leur rôle d'information au sein et à l'extérieur de l'entreprise. Par exemple, les groupements de prévention agréée sont devenus presque inexistantes au point où il est possible de remettre en cause leur présence au sein du dispositif de prévention détection. Dans ces conditions, il y a lieu d'élargir le domaine de la prévention détection en permettant à d'autres structures de jouer le rôle de dépistage jusque là réservé à une catégorie d'agents désignés par la loi. En outre, certaines règles doivent être revues afin que l'information soit accessible à toutes les entreprises quelque soit leur taille. Une réorganisation de la prévention détection s'avère donc nécessaire. Cette exigence est beaucoup plus souhaitée en droit Ohada où le nombre d'agent de détection est très réduit. Dans cet ordre juridique, le législateur OHADA donne l'impression de négliger le volet de la détection alors que comme on peut le constater en droit français, la détection est le préalable au traitement des difficultés. Quoi qu'il en soit, la réorganisation de la prévention détection suppose d'une part, l'amélioration de son contenu (Chapitre I) et d'autre part, un renforcement de ses effets (Chapitre II).

Chapitre I: L'amélioration du contenu de la prévention détection

642. Un des objectifs des réformes successives du droit des difficultés des entreprises consiste à dédramatiser les mesures ou les procédures proposées par le législateur aux chefs d'entreprise. Or force est de constater que la culture de l'anticipation ne semble pas connaître une évolution significative à l'image de la réglementation. Paradoxalement, plusieurs techniques de détection des difficultés existent et elles peuvent se réaliser sous différentes formes en faisant intervenir des personnes qui lui sont extérieures à l'entreprise ou en impliquant directement les dirigeants qui doivent être sensibilisés à ces techniques. Il est donc fort étonnant que malgré cela, la question de leur efficacité se pose toujours avec autant de pessimisme. Il est souvent reproché aux chefs d'entreprises de ne pas être de bons gestionnaires et par conséquent de demeurer souvent longtemps dans l'ignorance de certaines obligations pourtant nécessaires à la bonne marche de l'entreprise, notamment l'obligation d'établissement des documents comptables. Elle découle du droit de l'information économique et qui constitue l'un des volets importants de la prévention détection. Cette dernière ne pourra être efficace que si l'on procède à un renforcement de l'information au sein de l'entreprise (section I) et à une amélioration du contenu des différents registres de commerce (Section II).

Section I: Le renforcement de l'information au sein de l'entreprise

643. L'information au sein de l'entreprise peut provenir de plusieurs sources. Elle constitue un moyen précieux de détection des difficultés si l'information donnée est exploitée à bon escient par le dirigeant. D'une manière générale, la détection se fera par l'information comptable qui permet d'apprécier la situation financière future de l'entreprise. Cette information dite prévisionnelle (Paragraphe I) n'est pas ouverte à toutes les entreprises, ce qui est contestable et appelle donc une amélioration du dispositif. Mais elle n'est pas la seule : la nécessité de compléter cette dernière par d'autres techniques innovatrices de détection pourrait renforcer l'efficacité du système de prévention détection (Paragraphe II).

Paragraphe I: L'amélioration de l'information prévisionnelle ou comptable

644. Dans la logique de la dernière réforme du 12 mars 2014 qui a étendu le droit d'alerte aux associations et professionnelles, une extension de l'information prévisionnelle à toutes les entreprises permettrait de rendre plus cohérent le dispositif (A). En outre, un renforcement des sanctions en la matière concourrait également à renforcer la prévention détection (B).

A- L'extension du domaine de l'information prévisionnelle à toutes les entreprises

645. En droit français, le domaine de l'information prévisionnelle n'est limité en l'état actuel qu'à certaines entreprises. En effet, la tenue d'une comptabilité prévisionnelle ou prospective n'est obligatoire que pour les personnes morales, les sociétés sans personnalité morale et les personnes physiques n'y sont pas tenues. Sont donc concernées par cette obligation d'information détection, les sociétés commerciales et les G.I.E¹²¹⁹, les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique, les établissements publics et entreprises nationales. En droit Ohada, la même difficulté se pose dans les termes similaires que le droit français puisque l'article 138 de l'acte uniforme relatif au droit commercial général vise les mêmes hypothèses citées en droit français. L'exclusion des entreprises individuelles du domaine de l'information prévisionnelle est surprenante et difficilement compréhensible dans la mesure où ce type d'entreprise occupe une place importante dans le monde économique actuel.

646. En outre, cette exclusion n'est pas logique car l'absence de personnalité morale n'implique pas une moindre vigilance et le besoin impérieux de prévention n'est foncièrement pas lié à la forme juridique de l'entreprise¹²²⁰. Au contraire, il dépend plus de données comptables et financières plutôt que de la forme juridique de la structure concernée¹²²¹. Il est clair que cette limitation du domaine de l'information prévisionnelle aux seules personnes morales de droit privé est contestable. Les entreprises exclues ne pourront pas bénéficier d'un moyen précieux de détection des difficultés. Par conséquent ruine l'efficacité de cette source

¹²¹⁹ Art. L. 232-2 C.com pour les sociétés commerciales et Art. L.251-13 C.com pour les G.I.E

¹²²⁰ C. Saint-alary- Houin, Droit des entreprises en difficulté, 9^e éd. op.cit. n° 136, p. 80.

¹²²¹ P. Le Cannu, « L'amélioration de l'information au sein de l'entreprise », RJcom. 1986, n°26.

de détection pourtant indispensable. Cette solution est encore d'autant plus regrettable qu'une entreprise à peine créée est susceptible de connaître des difficultés.

Dans ces conditions, à quoi sert-il donc d'encourager l'initiative entrepreneuriale si ces mêmes entreprises une fois créée ne peuvent pas bénéficier des mesures juridiques de prévention ? Espérons que cela ne soit qu'un simple oubli de la part du législateur et que dans une perspective prospective le domaine de l'information prévisionnelle pourra être étendu aux personnes physiques et aux sociétés sans personnalité morale.

B- L'adaptation des sanctions en cas de non diffusion des informations comptables

647. Dans le dispositif actuel, le code de commerce ne prévoit aucune sanction particulière à l'encontre des dirigeants qui n'ont pas dressé de comptes prévisionnels¹²²². D'autres mesures devraient aussi être prises en compte dans l'amélioration du dispositif actuel de prévention détection. Ces mesures ont un effet d'anticipation véritable parce qu'elles sont destinées à permettre à l'entreprise d'éviter certaines causes de défaillance telles que l'incompétence du chef d'entreprise, la déficience de trésorerie¹²²³ et aux cocontractants de l'entreprise en difficulté d'être informé sur sa situation financière réelle.

Paragraphe II : La prise en compte de nouvelles mesures de détection

648. La prise en compte d'autres sources de détection s'avère plus que nécessaire dans la perspective du maintien en activité de l'entreprise notamment les petites entreprises qui ne disposent pas toujours de moyens pour se doter des mécanismes juridiques de détection mis en place par le législateur. Cette exigence pourrait conduire par exemple à l'instauration d'une obligation de vérification de la solvabilité des entreprises avant leur création (A). En outre, l'exigence de l'obligation de détenir un permis d'entreprendre s'avère également nécessaire (B). Enfin, le recours aux techniques d'expertise de détection peut constituer une solution intermédiaire pour les petites entreprises qui en l'absence d'un commissaire aux comptes

¹²²² C.Saint- Alary-Houin, op. cit. p. 87 ; Y. Chaput, Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises, Puf, 1986, p. 56 ; P. Le Cannu, Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises, Bull. Joly 1988, p. 120.

¹²²³ A.-D. Pansard, « Le rôle de l'huissier de justice en matière de prévention des difficultés des entreprises » in la prévention des difficultés des entreprises, Analyses des pratiques juridiques, (sous la direction de G. Blanc) PUAM 1994, p.40.

pourront solliciter un expert comptable ou un auditeur en contrat pour disposer d'information sur la situation financière de l'entreprise (C).

A- Le contrôle de la solvabilité des entreprises au moment de leur création

649. Il existe peu de mesures qui visent à empêcher la survenance des difficultés des entreprises. Pourtant l'exigence d'un contrôle de la solvabilité des entreprises au moment de leur création pourrait constituer une technique efficace de lutte contre les défaillances d'entreprise. L'instauration d'une telle mesure pourrait cependant se heurter à la liberté d'entreprendre¹²²⁴. L'idée sous-jacente est que la création d'entreprise génère de l'emploi. Il est toutefois permis de douter de la pertinence d'une telle approche. Il est sans intérêt de permettre la création d'entreprises si ces dernières doivent être en état de cessation des paiements quelques mois plus tard et entraîner dans leur chute certains de leurs créanciers¹²²⁵. Par ailleurs, cette incitation à la création d'entreprise cache souvent un effet pervers. Ainsi, malgré le montant minimum exigé en termes de capital dans la constitution d'une SARL¹²²⁶, il pourra être reproché en cas de défaillance, aux dirigeants imprudents qui entreprendront de mener une activité sociale soit avec des capitaux insuffisants par rapport à leur projet¹²²⁷, soit en engageant des dépenses excessives par rapport aux capacités de la société¹²²⁸.

650. En clair, l'insuffisance du financement au regard des investissements effectués peut être source de responsabilité et la protection ainsi accordée en apparence par la société volera en éclats. De ce point de vue, la question de la solvabilité des entreprises pourrait contribuer au renforcement de la prévention des défaillances des entreprises. Les secteurs bancaires, financiers et des assurances offrent par exemple un modèle de contrôle dont pourrait s'inspirer le législateur en matière de prévention de la cessation des paiements. Les professionnels de ces secteurs font régulièrement l'objet de contrôles renforcés non seulement dans le domaine

¹²²⁴ Y. Guyon, « Que reste-t-il du principe de la liberté du commerce et de l'industrie » in Dix ans de l'entreprise
¹²²⁵ D. Robine, La prévention des défaillances : De l'absence à l'hégémonie in D'un code à l'autre : le droit commercial en mouvement, L.G.D.J 2008, p.372.

¹²²⁶ T. Massart, « Une grande réforme à petit budget : la SARL au capital de 1 euro », Bull. Joly Sociétés 2002, p. 1361, § 289.

¹²²⁷ Cass. com. 19 mars 1996, Bull. civ. IV, n°91; Bull. Joly Société 1996, p. 613, § 216, note A. Rouret; Rev. sociétés 1996, p. 840, note T. Bruguier ; Defrénois 1996, p. 835, obs. P. Le Cannu ; Rev. proc. coll. 1997, p. 102, obs. A. Martin-Serf.

¹²²⁸ Cass. com. 19 mars 1996, Defrénois 1996, art. 36371, p. 935, n°3, obs. P. le Cannu ; Rev. sociétés 1996, p. 840, note T. Bruguier.

lui-même mais également en ce qui concerne la qualité des dirigeants¹²²⁹. Ces mesures sont d'une efficacité prouvée¹²³⁰, ce qui explique que l'accès à ces secteurs soit soumis à des contrôles très stricts.

651. L'extension de ces procédés de contrôles à l'ensemble des entreprises serait souhaitable. Ce serait un pari certes risqué même difficilement réalisable, mais pas impossible. Ces mesures sont en effet contraignantes et supposent des coûts financiers importants, ce qui restreint à l'évidence leur domaine d'application. En outre, elles auront des incidences en termes de création d'entreprises parce qu'elles soumettront à des conditions draconiennes toute initiative créative, ce qui est contraire au principe de la liberté de commerce et d'industrie¹²³¹. Il empêche que pour asseoir une meilleure politique de prévention bénéfique à l'ensemble des entreprises, des mesures plus pragmatiques doivent être prises.

B- L'exigence d'un permis d'entreprendre

652. La pratique relève que le taux élevé des défaillances d'entreprise, et plus précisément les petites entreprises, provient de diverses causes¹²³². D'une manière générale, elles sont le fait du chef d'entreprise lui-même et conduisent à la mise en péril de son activité. Parmi elles, l'incompétence et la mauvaise gestion sont perçues comme les raisons récurrentes de la défaillance des petites entreprises. En effet, certains secteurs nécessitent des qualités et connaissances particulières pour entreprendre. Il en va ainsi des secteurs comme le commerce et l'artisanat où l'insuffisance de formation ou l'absence de formation est largement dénoncée comme cause d'incompétence des chefs des petites entreprises et donc comme cause des défaillances d'entreprises. Si ce constat est vrai pour le droit français, il l'est encore davantage pour le droit Ohada où le secteur informel est très en vogue avec une prépondérance à l'entrepreneuriat.

¹²²⁹ D. Robine, La sécurité des marchés financiers face aux procédures collectives, L.G.D.J. 2003, spéc. n°21 et s ; v. aussi le même auteur, art. préc. p. 372.

¹²³⁰ D. Robine, art. préc., p. 372.

¹²³¹ Y. Guyon, Que reste t-il du principe de la liberté et de l'industrie, in Dix ans de droit de l'entreprise ... Rjcom 2002, p.312 ; M. Kadhiri, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie », Mythe ou réalité, D. 1984, chr. 30 ; B. Faure, « remarques sur les mutations du principe de la liberté de commerce et de l'industrie », note sous CE 23 mai 2003, RFDA 2004, p. 299 ; A. Monpion, « Le contrôle de l'interventionnisme économique public : affaiblissement du principe de liberté du commerce et de l'industrie ? », AJDa 2008, p. 232.

¹²³² A.-D. Pansard, art. préc, p.40 et s.

653. Toutefois, il convient de nuancer le terme d'incompétence. Il ne s'agit pas de nier les capacités techniques des chefs d'entreprise qui sont en général de bons professionnels mais plutôt de mettre en exergue leur imperméabilité aux réalités qui entourent le périmètre tertiaire de leur activité¹²³³. Par ailleurs nombre d'entreprises sont vouées à l'échec dès leur création. Les futurs chefs d'entreprises se laissent généralement flattés par les incitations fiscales, et en dépit de toute logique, sans étude marketing préalable, ces derniers s'aventurent dans des secteurs d'activités déjà fortement concurrencés et sur des sites inappropriés¹²³⁴. Dans ces conditions, l'entreprise ainsi créée est déjà menacée de disparition avant même qu'elle n'ait eu le temps de fonctionner car, comme le fait remarquer le professeur Filiga Sawadogo, une entreprise même in bonis est une potentielle entreprise en difficulté¹²³⁵.

654. Pour remédier à cela, l'exigence d'un permis d'entreprendre¹²³⁶ s'avère plus que nécessaire. On pourrait partir du postulat que tout le monde ne peut être éligible à la gestion d'une entreprise du moins dans certains secteurs d'activité. Par exemple, pour être autorisé à conduire une voiture, il faut avoir suivi une formation dans une auto-école homologuée à la suite de laquelle un permis de conduire est délivré selon le cas. Cette exigence du permis de conduire loin d'éradiquer les accidents de la route contribue tout de même à diminuer les causes. Transposé en matière de création d'entreprise, cet exemple pourrait permettre de réduire les défaillances des entreprises liées aux qualités du chef d'entreprise. Plus concrètement, la mise en œuvre de ce permis d'entreprendre pourrait se concevoir dans le cadre d'une politique de rationalisation des créations d'entreprises, à travers des nomenclatures par types d'entreprises et selon des critères qui restent à définir¹²³⁷. A ce titre, les chambres de commerce et d'industrie et les chambres de métier pourraient servir de relais dans les différentes régions concernées dans l'élaboration et la définition des critères nécessaires à l'exploitation de chaque activité par référence à des exigences de diplôme, de formation, de taille d'entreprise etc.... Ainsi dans cette perspective, le chef d'entreprise

¹²³³ A.-D. Pansard, art. préc. p.40

¹²³⁴ A.-D. Pansard, art. préc. p. 40

¹²³⁵ S. Filiga Michel, *Droit des entreprises en difficulté* OHADA, éd. Bruylant Bruxelles 2002, Juriscope p. 54.

¹²³⁶ Ce permis d'entreprendre s'entend d'une formation professionnelle préalable, voir ce point, F. Perochon, *Entreprise en difficulté*, 9^e éd. n°41 ; Elle peut vouloir signifier également la possibilité de relèvement de l'interdiction professionnelle édictée par l'article L.653-8 du code de commerce, voir sur ce point, C. Delattre, *RPC* 2011, ét. 19 ; C. Mascala, *chron. RTD com.* 2006. 216 ; *Com.* 12 juill. 2011, n°10-21882, B. ; *Rev. soc.* 2011, 525, note Roussel Galle ; v. Également J. Paillusseau qui soulignait déjà cette hypothèse au regard des vicissitudes de la loi du 25 janvier 1985, *LPA* 12 janvier 1994 n°5.

¹²³⁷ A.-D. Pansard, art. préc. p. 40

pourra se voir délivrer un document officiel ou un permis d'entreprendre par l'autorité compétente qui lui permettra par exemple de solliciter un financement¹²³⁸.

C- Les techniques d'expertise de détection

655. Il s'agit de l'expertise comptable (1) d'une part et du contrat d'audit (2) d'autre part. Ces deux techniques de détection sont volontaires, elles peuvent être sollicitées à l'initiative personnelle du dirigeant.

1) L'expertise comptable

656. La profession d'expertise comptable est réglementée par l'ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 et le décret n° 2012-432 du 30 mars 2012. L'expert comptable est un professionnel libéral de la comptabilité. Son rôle est de tenir, contrôler, surveiller et redresser la comptabilité des entreprises et entités juridiques auxquelles il n'est lié par un contrat de travail. Lorsqu'une entreprise ou un comité d'entreprise¹²³⁹ a recours à ses services, l'expert comptable procède à l'établissement des bilans et comptes de résultats de cette dernière. Il agit donc dans le cadre d'un mandat à travers lequel il est censé fournir à son client, c'est-à-dire à l'entreprise toutes les informations nécessaires à sa gestion. Par sa connaissance de l'entreprise et de son dirigeant, il est le mieux placé pour mettre en place l'ensemble des clignotants nécessaires à la détection des difficultés dès leur survenance¹²⁴⁰.

En effet, la connaissance rapide des difficultés rencontrées permettra d'adopter les mesures correctives le plus rapidement possible. Pour parvenir à cette fin, l'expert-comptable pourra établir les situations intermédiaires car les entreprises ont besoin le plus souvent d'une information régulière. De la sorte, le chef d'entreprise connaît ainsi plusieurs fois par an l'état de santé économique de son entreprise. Il pourra en conséquence adapter un certain nombre de choix stratégiques; budget publicitaire, diminution des postes de charges, baisse du coût d'achat en fonction des quantités. En outre, il pourra produire rapidement les comptes annuels,

¹²³⁸ A.-D. Pansard, art. préc. p. 41

¹²³⁹ V. cass.soc.17 fev. 2004, n°02-11404, CE Ets Jean Richard, BJS 01 Juillet 2004, n°7, p.977, note B.Saintourens.

¹²⁴⁰ J. L. Armingol, Rôle de l'expert comptable dans le cadre de la prévention des entreprises en difficultés in La prévention des difficultés des entreprises, art. .préc. p. 32 et s.

ce qui permettra d'améliorer la communication avec la banque qui possédera ainsi possédant des informations récentes.

657. L'expert-comptable pourra également suggérer la mise en place de tableau de bord lequel devra intégrer des données chiffrées mais également des données non financières. L'objectif du tableau de bord doit être plus ambitieux qu'un simple document financier. Il doit intégrer l'ensemble des fonctions de l'entreprise. Il devra enfin suivre la trésorerie car ceci est indispensable pour anticiper les éventuels découverts et discuter ainsi avec le banquier avant que les problèmes ne surgissent. Cet aspect est d'autant plus important que l'entreprise se développe. Le rôle de l'expert est donc finalement d'accompagner son client dans les phases de la vie de l'entreprise par la qualité des conseils qu'il lui suggérera¹²⁴¹. Il pourra à cet effet faire prendre conscience à son client du niveau du besoin en fonds de roulement et de son évolution.

658. En tout état de cause, l'expert comptable est soumis à une obligation de moyen et non de résultat¹²⁴². Il engage sa responsabilité pour les fautes commises dans l'exercice de sa mission. Mais elle n'est pas toujours établie notamment lorsque l'entreprise considérée connaissait de graves difficultés qui n'ont pas été portées à la connaissance de l'expert comptable¹²⁴³.

2) Le contrat d'audit

659. Le contrat d'audit peut constituer un moyen efficace de détection des difficultés de l'entreprise parce qu'il permet à l'auditeur de mener des recherches spéciales et une réflexion le plus souvent approfondie sur l'entreprise et son environnement¹²⁴⁴. Pour y parvenir, l'auditeur va prendre en considération les difficultés de l'entreprise et cela de deux manières: D'une part, il va apporter une information à celui qui a commandé l'audit en lui faisant état des difficultés de l'entreprise. D'autre part, il conseillera son cocontractant en tirant les conséquences des difficultés de l'entreprise dans son rapport d'audit. La mission de l'auditeur

¹²⁴² Sur ces deux notions, v. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit des obligations, Dalloz, 13^e éd. 2013, p. 585, n° 580 et s.

¹²⁴³ Cour d'appel de Toulouse, 1^{ère} CH. Sect. A, 17 mars 2008, n°07/00311, SA Majesté et M. es qual. C. /R.et autre, Bull Joly, Sociétés, 01 octobre 2008, n°10, P0774, note J.-F. Barbiéri.

¹²⁴⁴ F. Perochon, op. cit. p. 27.

contractuel peut donc avoir une influence décisive sur l'entreprise auditée et cela de deux manières. Un rapport d'audit positif qui minimise les difficultés de l'entreprise¹²⁴⁵ est un formidable atout pour l'entreprise qui n'hésitera pas à faire connaître ce résultat au public. A l'inverse, un rapport d'audit qui fait ressortir les difficultés peut précipiter l'entreprise dans les vraies difficultés. Le rapport de l'auditeur contractuel est d'une importance vitale pour l'entreprise car une fois rendu par des experts, des sachants, selon l'expression du professeur Didier PORACCHIA¹²⁴⁶, donne une information sur l'entreprise qui est considérée comme donnant une image fidèle, et, même, une image vraie de l'entreprise. En d'autres termes, dans l'esprit des bénéficiaires du rapport d'audit, ce rapport dessine la réalité de l'entreprise au moment où celui-ci est établi. Comme on le voit, l'avis de l'auditeur est fondamental pour le bon fonctionnement de l'entreprise. Si par exemple ce dernier émet des doutes sur la viabilité juridique, économique de l'entreprise ou fait état de problèmes rencontrés par elle l'entreprise risque de se retrouver dans une situation difficile. Les entreprises qui font appel aux auditeurs attachent une très grande importance au maintien du secret le plus complet possible sur ces informations. Ces informations souvent multiples ne doivent pas bénéficier aux partenaires de l'entreprise pour deux raisons.

660. D'abord, l'entreprise est largement soumise à des obligations de transparence et doit publier de très nombreuses informations qui peuvent être connues du public et donc de ses partenaires et concurrents. Autrement dit, il suffit de s'informer pour avoir une connaissance précise de l'état de l'entreprise, en particulier si celle-ci est tenue de publier ses comptes. D'autre part, si la société éprouve des difficultés, cela ne signifie pas qu'elle n'est plus viable. Par conséquent, soumettre l'entreprise à une trop grande transparence à cet égard est dangereux car les bénéficiaires d'une telle information risquent de ne pas s'interroger sur les perspectives de redressement de l'entreprise qui éprouve des difficultés. Ils vont bien souvent décider de rompre les liens d'affaires qu'ils avaient avec elle pour éviter que ses difficultés ne deviennent les leurs. Par conséquent, soumettre l'entreprise et les «sachants» une obligation de révélation des difficultés qu'elle peut éprouver serait absurde et contreproductif¹²⁴⁷. Il est légitime de conserver le secret autour des difficultés de l'entreprise, puisque d'une part les

¹²⁴⁵ Le caractère positif de l'audit peut dépendre par exemple de sa bonne santé financière, de sa parfaite organisation, de ses remarquables procédures de contrôle interne, du traitement particulièrement pertinent des risques environnementaux

313: La prise en compte des difficultés dans les contrats d'audit, in Actes du colloque sur la prévention des difficultés des entreprises, op. cit, p.26.

¹²⁴⁶ D. Poracchia, La prise en compte des difficultés dans les contrats d'audit, in la prévention des difficultés des entreprises, op. cit. p.26.

¹²⁴⁷ D. Poracchia, in la prévention des difficultés des entreprises, art. préc.,p. 28.

tiers bénéficient de nombreuses sources d'informations qui leur permettent de se faire une image fidèle de l'entreprise. Il en va ainsi des groupements de prévention agréés créés par la loi auquel peuvent librement adhérer les entreprises.

661. Enfin, la révélation de ces informations provoquerait certainement la chute de l'entreprise dont la situation n'est pas désespérée. La jurisprudence abonde d'ailleurs dans ce sens. La cour de cassation vient d'affirmer, dans une affaire où une société qui venait d'être mise en procédure collective n'avait pas averti son cocontractant, que ce silence ne constituait pas, à lui seul, une réticence dolosive, aucun texte n'obligeant une entreprise à informer son cocontractant du fait qu'elle faisait l'objet d'un redressement judiciaire¹²⁴⁸.

662. En revanche, le cessionnaire de droits sociaux à qui l'on cache que la société dont il acquiert les parts fait l'objet d'une instance en redressement judiciaire subit un dol de la part du cédant. En effet on lui cache un élément qui aurait eu une confiance sur sa volonté, l'entreprise achetée n'étant pas, comme il le pensait in bonis, mais en état de cessation des paiements¹²⁴⁹. L'obligation générale de discrétion qui entoure la mission de l'auditeur contractuel sur les difficultés de l'entreprise, se marie harmonieusement avec le secret qui est censé entourer les procédures d'alerte, du moins dans leur première phase. En clair, les auditeurs contractuels doivent garder secrètes les difficultés de l'entreprise qu'ils auscultent. Le rétablissement de l'entreprise est bien souvent à ce prix.

663. En revanche, lorsque les difficultés de l'entreprise peuvent être déduites des informations disponibles dans le public, le professionnel peut les révéler. Ainsi en matière bancaire, l'usage admet que les banques donnent à des tiers des dépréciations générales sur la situation économique et financière d'un client, cette pratique est compatible avec le secret professionnel si les indications données sont générales et peuvent s'appuyer sur des éléments connus de la place¹²⁵⁰.

664. Finalement, l'attitude que doit adopter l'auditeur lorsqu'il a connaissance d'informations relatives aux difficultés de l'entreprise est des plus délicates. Il doit à la fois les garder secrètes, mais également, parfois en révéler certaines, tout en devant rester mesurer dans ses propos. Cela est d'autant important que la voix de l'expert constitue bien souvent une

¹²⁴⁸ Cass. com., 24 sept. 2003, n°00-21.863; L. Corbion, "Le silence gardé par une partie sur sa mise en redressement judiciaire n'est pas en soi constitutif d'un dol", *Revue Lamy droit Civil*, 2004, n°3, p.5 et s.

¹²⁴⁹ Cass. com., 13 nov. 2003, BJS 2004, p. 39. Note A. Couret.

¹²⁵⁰ Ch. Galvada et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, 4^e éd. Litec, 1999, n° 176, p. 88.

information pouvant sceller le sort de l'entreprise qui éprouve des difficultés. La confidentialité de la mission de l'auditeur permet en conséquence d'éviter l'ébrulement des difficultés de l'entreprise, le dirigeant pourra ainsi au regard des résultats de l'audit, prendre les mesures de sauvetage qui s'imposent. Il pourra notamment saisir le président du tribunal de commerce en vue de lui exposer sa situation. Ce dernier informé de la situation de l'entreprise peut envisager, au sein d'une cellule d'écoute, d inviter le dirigeant afin de lui offrir sa médiation, la désignation d'un mandataire ad hoc ou d une procédure de conciliation pouvant lui être suggérée si les conditions dans ce dernier cas sont réunies. Les tribunaux de commerce constituent donc des canaux d'informations sur la situation des entreprises.

665. Si pour des raisons de confidentialité, les tribunaux de commerce sont astreints au secret, certaines informations détenues par les greffes en particulier, peuvent être données aux tiers contractants de l'entreprise. Ainsi l'obligation de dépôt des comptes annuels qui pèse sur chaque entreprise, peut être vérifiée auprès du tribunal et constituer un élément indicateur de difficultés.

Section II : L'amélioration de l'efficacité des différents registres de commerce

666. L'instauration des registres de commerce par les législateurs français et de l'Ohada est la preuve de leur importance en matière de prévention détection. Toutefois, pour qu'ils continuent de jouer un rôle prépondérant dans les dispositifs mis en place, un renforcement de leur efficacité est souhaitable. En effet, alors qu'en droit français c'est le problème de l'uniformisation du contenu des divers registres qui se pose (Paragraphe I), en revanche, en droit de l'Ohada, c'est la question de l'extension et de l'informatisation du registre du commerce et du crédit mobilier qui est recherchée (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'unification du contenu des registres d'information en droit français

667. Contrairement au droit OHADA, le droit français comporte une diversité de registre d'information (A). Il est nécessaire d'unifier le contenu de l'ensemble du registre du dispositif pour une meilleure efficacité (B)

A- Le constat de l'existence d'une diversité de registre en droit français

668. Le droit français comporte une diversité de registres¹²⁵¹, ce qui rend très lourd le système de publicité et d'information pour les contractants des sociétés. Il y a d'un côté le registre du commerce et des sociétés qui a vocation à recevoir des renseignements sur chaque société ou sur chaque entreprise individuelle ainsi que les rapports des commissaires aux comptes et les principaux actes des personnes morales après leurs immatriculations. De l'autre côté, il y a les registres spéciaux détenus auprès des greffes des tribunaux de commerce. Cette multitude de registres n'est pas forcément sans conséquence en ce qu'elle conduit à un éclatement de l'information sur la situation des entreprises. On remarque qu'en matière des sûretés mobilières, il ya un manque significatif d'unification de la publicité au niveau des registres. L'observation est que presque toutes les sûretés sont affectées à un registre¹²⁵².

Certes l'information issue de ces différents registres procède d'une attente relative à une information juridique, fiable et sécurisée par qu'elle permet de conforter non seulement l'état juridique de l'entité déclarée mais aussi son état de santé, sa pérennité, sa capacité à pouvoir réellement honorer ses engagements dans la durée¹²⁵³. En revanche, la diversification des informations en raison de la multiplicité des registres fait planer le risque pour le cocontractant puisque ce dernier est dans l'obligation de consulter l'ensemble de ces registres s'il souhaite obtenir le maximum de renseignement sur l'état de l'entreprise. Le système de publicité dans le dispositif actuel malgré des acquis incontestables¹²⁵⁴ reste donc à rénover pour gagner en efficacité.

B- La nécessaire harmonisation du dispositif des registres d'information

¹²⁵¹ C. Saint-Alary Houin, droit des entreprises en difficulté 9^e éd. pp.90 et s.

¹²⁵² En matière de sûretés mobilières, on peut retenir le registre des gages sans dépossession article 2338 du code civil, le registre du crédit bail mobilier, articles R.313-3, R.313-4, R.313-5 code monétaire et financier et article L.313-7 du code monétaire et financier pour le crédit bail immobilier ; le registre des protêts, article L. 511-56 C.com ; voir également, Loi n°49-1093 du 2 aout 1949, relative à la publicité des protêts, le registre des privilèges article L 141-5 et R. 143-6 à R. 143-22 C.com ; en matière immobilière on a également un registre spécifique chargé de recevoir les constitutions et transferts de droits réels immobiliers, article L.313-7 du code monétaire et financier.

¹²⁵³ P. Beder, « Publicité légale », Rep. Dalloz juin 2012, p.22

¹²⁵⁴ Le système a fait appel à l'électronique, ce qui permet ainsi une publicité légale entièrement dématérialisée, le site internet infogreffe est un moyen d'information et de publicité mis à la disposition des entreprises et consultable au Tél. 36291111

669. Deux pistes de réflexions pourraient être explorées dans ce sens. La première consisterait à généraliser l'inscription et la publicité des sûretés mobilières dans les greffes des tribunaux de commerce. L'institution de la fiducie en tant que sûreté conforterait cette solution. Cela permettrait d'éviter un éparpillement de la publicité et donc améliorer l'information des partenaires économiques¹²⁵⁵. Sur ce point, il y a lieu de relever qu'en l'état actuel, il n'existe pas de registre national des fiducies. Certes l'article 2020 du code civil annonce la création d'un tel registre, mais avant qu'il ne voit le jour, les travaux parlementaires indiquent clairement déjà que ce registre serait destiné à l'administration fiscale et aux services de lutte contre le blanchissement d'argent¹²⁵⁶. À l'évidence, au cas où il viendrait à être institué, le registre national des fiducies serait non consultable par les ayants causes du constituant. Il ne constitue donc pas une modalité de publicité. Par conséquent l'opposabilité de la fiducie-sûreté est régie par le droit commun si la fiducie-sûreté est sans dépossession, le créancier risque de se voir opposer l'application de l'article 2276 du code civil par un tiers acquéreur¹²⁵⁷.

670. Pourtant, la fiducie est une sûreté dont les effets pourraient s'avérer redoutables pour l'entreprise en difficulté en cas d'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. La question de sa publicité est donc légitime et il est souhaitable que le contrat de fiducie soit publié à titre de renseignements sur la situation du débiteur. Pour cela, il serait préférable de créer un fichier national à des fins de publicité et de soumettre l'opposabilité de la fiducie-sûreté en matière mobilière à une inscription dans ce fichier¹²⁵⁸. Mais là encore, le système serait non performant et conduirait à un éparpillement de la publicité.

Ce faisant, la deuxième piste de réflexion, consisterait à repenser l'architecture de publicité en substituant à la multiplicité des registres, un registre centralisé des sûretés mobilières sans exception¹²⁵⁹. Plus concrètement, l'idée est de parvenir à la mise en place d'un système de publicité informatique et unifié dont dépendrait l'opposabilité de l'ensemble des sûretés réelles, quelles qu'elles soient, avec une inscription au greffe des tribunaux de commerce, et ce que la sûreté ait une nature civile ou commerciale¹²⁶⁰. Il serait ainsi constitué

¹²⁵⁵ C. Bavard, art. préc., p.72

¹²⁵⁶ P. Crocq, « Sûretés mobilières : état des lieux et prospective », Rev. proc. coll. Sept-oct. 2009, article 18, p.67.

¹²⁵⁷ P. Crocq, art. préc.

¹²⁵⁸ P. Crocq, art. préc.

¹²⁵⁹ C. Bavard, art. préc.

¹²⁶⁰ P. Crocq, Ibid

un registre mobilier, registre central et communautaire des inscriptions mobilières accessibles à tous selon des procédés qui pourraient être modernisés et normalisés¹²⁶¹. L'innovation pourrait aller encore plus loin et consister à envisager une unification européenne de l'ensemble des registres de droit européen. Les pays membres de l'espace OHADA en dépit de leurs problèmes d'informatisation, ont déjà entrepris le processus dans ce sens, c'est la preuve que si le législateur français a la volonté de légiférer, des solutions peuvent être trouvées.

Paragraphe II : L'extension de l'objet et renforcement de l'effectivité de l'informatisation du registre du commerce et du crédit mobilier et de ses fichiers connexes de droit Ohada

671. Des innovations sont à noter dans ce sens (A) mais des pistes d'amélioration du dispositif sont nécessaires pour accroître l'efficacité du registre du commerce et du crédit mobilier (B).

A- Des innovations considérables

672. La récente réforme de l'acte uniforme portant droit commercial général a été l'occasion pour le législateur africain d'apporter des retouches au contenu du registre du commerce et du crédit mobilier. Pour l'essentiel, la réforme a maintenu les structures et les missions traditionnelles du registre du commerce et du crédit mobilier¹²⁶². Certains aménagements se sont toutefois avérés nécessaires notamment au niveau de l'immatriculation au RCCM et l'inscription des sûretés et du crédit bail. Ainsi la réforme étend à plusieurs types de personnes la possibilité de faire des demandes d'immatriculation en allant de ce fait au delà des catégories classiques que sont les personnes physiques commerçantes et les sociétés commerciales pour englober désormais d'autres entités économiques¹²⁶³. En outre, dans un souci d'homogénéité de l'acte uniforme portant droit

¹²⁶¹ C. Bavard, Ibid

¹²⁶² Pour une étude approfondie sur la réforme, voir, M-A Ngwe et S. Jokung, « La réforme du registre du commerce et du crédit mobilier dans la zone Ohada », Droit et patrimoine, Dossier, n°201, mars 2011 ; v. également J. L. Obles, art. préc.

¹²⁶³ V. article 35 AUDCG

commercial général, les dispositions relatives à l'inscription des sûretés mobilières et aux formalités annexes ont été transférées à l'acte uniforme relatif aux sûretés¹²⁶⁴.

673. En revanche, en termes d'innovations¹²⁶⁵, plusieurs points sont à relever. Outre l'élargissement de l'objet du RCCM et de l'harmonisation de la nomenclature des registres et répertoires¹²⁶⁶, une des innovations majeures a été la consécration d'un statut de professionnel indépendant pouvant avoir la qualité de commerçant ou non, soumis à un régime juridique allégé auquel il a été proposé d'attribuer le nom d'entrepreneur¹²⁶⁷. L'entrepreneur de droit Ohada est inspirée d'initiatives similaires prises en France, notamment la loi française n°2008-776 du 4 août 2008, dite « loi de modernisation de l'économie »¹²⁶⁸ en créant ce que la pratique a appelé l'auto-entrepreneur ou entrepreneur individuel¹²⁶⁹. Mais le droit africain est allé plus loin dans la reconnaissance de ce nouvel acteur du monde économique : il ne s'agit plus seulement d'un régime juridique applicable à certaines personnes mais d'un véritable statut de professionnel indépendant¹²⁷⁰. La réforme aurait pu encore aller plus loin en généralisant l'objet du RCCM par exemple par l'affiliation des sociétés coopératives au dit registre¹²⁷¹. Mais les initiateurs de la réforme ont préféré créer un registre spécial au sein de chaque Etat membre. Or le processus d'harmonisation du droit des affaires aurait dû conduire à une solution contraire et beaucoup plus efficace.

674. En outre en matière de sûretés, l'objet du RCCM ne concerne à l'heure actuelle que certaines sûretés mobilières telles que prévues par l'article 52 de l'acte uniforme portant droit des sûretés. Il en résulte une limitation du domaine de l'information en ce qui concerne l'état de la situation du débiteur puisque ce dernier peut contacter librement en dehors des sûretés prévues par la loi en souscrivant à des garanties qui ne sont pas elles prévues par le législateur. Le législateur fait en effet obligation, au débiteur d'inscrire le contrat de crédit

¹²⁶⁴ V. les articles 35 et 38 AUDCG

¹²⁶⁵ Sur l'ensemble de ces innovations, voir M.-A. Ngwe et S.

¹²⁶⁶ Voir les articles 37, 75 et 77 de l'AUDCG

¹²⁶⁷ L'article 30 de l'AUDCG définit l'entrepreneur comme un entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration d'activité, exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole, voir également pour une étude détaillée sur le statut de l'entrepreneur, D. Tricot, Statut du commerçant et de l'entrepreneur, Droit et Patrimoine n°201, dossier, Mars 2011.

¹²⁶⁸ En abrégé, LME, cette loi est entrée en application le 1^{er} janvier 2009.

¹²⁶⁹ Sur l'entrepreneur individuel de droit français et les avantages liés à son statut, voir C. Barreau, Les dispositifs tendant à limiter le risque entrepreneurial, Defrénois 30 mars 2011 n°6, p. 529.

¹²⁷⁰ D. Tricot, art. préc., p.68.

¹²⁷¹ V. article 69 de l'AUDCG

bail au RCCM, alors que celui n'est pas constitutif d'une sûreté au sens de l'acte uniforme¹²⁷². De ce point de vue, il faut alors considérer que l'objet du registre du commerce et du crédit mobilier devrait encore s'agrandir puisque le législateur autorise l'inscription à titre de publicité de certaines techniques développées par la pratique. Il ne serait pas étonnant que des techniques de financement comme le crédit bail intègrent le registre du commerce et du crédit mobilier. Il faut le souhaiter car l'objectif étant d'informer les cocontractants du débiteur sur sa situation véritable. De cette même manière, il faut regretter l'exclusion de l'hypothèque du champ de vision du RCCM. La situation particulière de cette sûreté immobilière complique en effet son intégration au RCCM. Le législateur a donc laissé le soin à chaque Etat d'organiser le régime d'inscription de l'hypothèque. Il doit devant être enregistré au livre foncier de chaque Etat membre¹²⁷³. Il serait souhaitable que pour une question d'efficacité, l'acte uniforme prévoit la transmission, au niveau régional, les informations contenues dans le livre foncier de chaque Etat membre au RCCM afin de renseigner toutes les personnes intéressées par la situation des immeubles du débiteur.

675. Par ailleurs, la réforme a innové en procédant à l'informatisation du registre du commerce et du crédit mobilier¹²⁷⁴. La mise en place de l'utilisation de procédures électroniques contribuera ainsi à accroître l'efficacité du RCCM dans l'exécution de sa mission d'information et de renseignements des cocontractants et du public d'une manière générale. Cette innovation est la preuve de la prise en compte de l'emprise indiscutable des nouvelles technologies de l'information sur le monde des affaires. C'était d'ailleurs un volet très important de l'acte uniforme et sur lequel les bailleurs de fond internationaux portaient une attention particulière¹²⁷⁵. Aujourd'hui le dispositif de dématérialisation de l'information au niveau de l'espace Ohada est une avancée majeure pour les entreprises. La détection des difficultés s'en trouve ainsi renforcée. Les greffes des tribunaux de commerce des pays ont donc un rôle important à jouer dans la diffusion de l'information. Le logiciel commun mis en place devrait permettre un meilleur traitement des informations reçues au niveau de chaque pays membre.

¹²⁷² Ce qui est regrettable en soi, l'acte uniforme sur les sûretés a préféré une définition notionnelle de la sûreté au lieu d'une définition fonctionnelle, qui elle aurait eu le mérite de l'efficacité parce que conforme à la vie des affaires. Ce faisant, l'abandon de l'ancienne définition de la sûreté telle prévue dans l'ancien article de l'acte uniforme portant droit des sûretés était préférable parce que beaucoup plus flexible. Cet article définissait la sûreté comme tout moyen utilisé par le créancier pour obtenir le paiement de sa créance.

¹²⁷³

¹²⁷⁴ A. Cisse et B. Diallo, L'informatisation du registre du commerce et du crédit mobilier et des fichiers connexes, Droit et patrimoine, Dossier, n° 201, mars 2011.

¹²⁷⁵ Le droit uniforme africain des affaires issu de l'Ohada, ouvrage collectif, éd. Litec, 2004 op.cit. p.40.

B- Les pistes d'amélioration du dispositif

676. Afin que cet effort de modernisation du registre du commerce et du crédit mobilier connaisse une efficacité véritable, les problèmes existants au niveau de chaque état membre doivent être réglés. D'abord, la formation des greffes dans l'utilisation de ces nouvelles procédures électroniques doit demeurer une question essentielle pour le Comité technique de normalisation¹²⁷⁶ qui malheureusement au regard de ses attributions n'a pas compétence en la matière.

677. Ensuite, les différences de niveau de développement technologiques risquent de retarder la mise en place de ce dispositif. C'est l'une des raisons qui ont conduit le législateur Ohada à opter pour un déploiement progressif de l'informatisation du RCCM et des fichiers connexes. Ainsi, des dispositions transitoires déterminent les échéances pour la migration vers la dématérialisation des procédures¹²⁷⁷.

678. Enfin, le logiciel utilisé dans le processus de dématérialisation et l'informatisation des procédures devrait aussi prendre en compte les différences de langue au niveau des pays membres dans la transmission des informations. Par ailleurs, le fichier régional institué par le premier acte uniforme en la matière n'a pas connu un meilleur sort dans son fonctionnement probablement à cause de la lourdeur et des procédures d'inscription propres à chaque Etat. En outre, le manque d'informatisation de ces registres spécifiques est de nature à compromettre l'accès aux informations découlant de ces registres. Au total, l'absence d'unification des divers registres au niveau des différents pays membres de l'Ohada n'est pas de nature à sécuriser les renseignements, même si le RCCM a fait l'objet d'une rénovation améliorée lors de la dernière réforme de l'acte uniforme portant droit commercial général. Ce faisant la détection des difficultés à travers la publicité des informations relatives aux immatriculations des sociétés ou des inscriptions des sûretés mobilières doit être beaucoup renforcé, même si cela ce ne sera pas suffisant. La simplification et l'amélioration du domaine de l'alerte constitue une autre piste de renseignement.

¹²⁷⁶ Le Comité technique de normalisation Ohada ou CTN-Ohada est l'organe de normalisation des procédures électroniques. Le règlement Ohada qui le crée précise en son article 2 qu'il est « chargé d'assister l'Ohada dans la planification, la conception, l'élaboration, l'interprétation, l'évaluation, l'harmonisation et l'actualisation des normes uniformes applicables aux procédures électroniques dans les Etats parties ».

¹²⁷⁷ A. Cissé et B. Diallo, art. préc., p.64.

Chapitre II: Le renforcement des effets de la prévention détection

679. Comme il est dénué de tout effet véritable, le système de prévention ne peut être efficace que s'il intègre le périmètre du système de prévention traitement qui lui sert de relais. Concrètement, cela passe par une harmonisation des deux systèmes de prévention. Si cette solution est en voie de réalisation en droit français, il faut regretter son quasi inexistence en droit Ohada. En effet, aucune disposition de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et G.I.E et de l'acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif ne prévoit une quelconque logique d'articulation entre le système de prévention détection et celui de prévention traitement. En outre, le domaine des mécanismes d'alerte n'a pas suffisamment fait l'objet d'un toilettage assez important de la part du législateur français et africain. Le constat est encore plus inquiétant en droit Ohada puisque le système de prévention est totalement déconnecté du système de prévention traitement. C'est pourquoi, l'efficacité du système de prévention détection passe inéluctablement par l'amélioration du régime des passerelles déjà amorcé par la loi de sauvegarde et les différentes modifications ultérieures (Section I), et par une amélioration du domaine des techniques juridiques d'alerte (Section II).

Section I : L'amélioration du régime des passerelles

680. Le régime des passerelles tend à assurer une certaine efficacité au système de prévention. Il permet également d'instaurer une cohérence au sein des différentes techniques de prévention afin d'éviter tout chevauchement possible. A cette fin, l'articulation entre la prévention détection et la prévention traitement, uniquement prévue pour l'heure en droit français, doit être renforcée davantage (Paragraphe I). Il faut souhaiter que celle-ci s'étende aussi au niveau de la détection hors tribunal pour éviter toute confusion dans l'esprit du débiteur (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'articulation entre la prévention détection et la prévention traitement

681. L'approche des deux législateurs sur la question est cependant différente. En effet, alors que le droit français a entamé une véritable amorce d'articulation de son système de prévention (A), on note en revanche, au niveau du droit Ohada, une quasi inexistence d'un régime de passerelle pourtant indispensable à l'attractivité du dispositif de prévention (B).

682. L'articulation en droit français peut s'apprécier à un double niveau. D'abord au niveau de la prévention détection (1) et ensuite entre la prévention détection et la prévention traitement (2).

1- Au niveau du dispositif légal de prévention détection

683. Le système de prévention n'obéit à aucune logique. Tous les acteurs de détection disposent d'une certaine autonomie dans le déclenchement de l'alerte. Cela dit, il est possible que plusieurs alertes soient déclenchées simultanément par les différents acteurs car rien n'empêche dans le dispositif actuel le commissaire au compte, le comité d'entreprise les actionnaires et même les présidents des tribunaux de commerce de déclencher chacun de son côté une procédure d'alerte. Les mécanismes d'alerte reposent en effet sur une pluralité et non sur une unicité de critères de déclenchement. Ainsi par exemple lorsque le comité d'entreprise ou encore le commissaire aux comptes estime que les conditions d'exercice de son droit d'alerte sont réunies au regard des éléments en leur possession, ils l'exerceront s'ils l'estiment nécessaire. Or l'analyse du dispositif d'alerte fait du commissaire aux comptes le pivot du système.

684. A ce titre, étant privé du droit de convocation de l'assemblée générale¹²⁷⁸, le comité d'entreprise ou les délégués du personnel se résoudront par exemple à informer le commissaire aux comptes afin que ce dernier puisse donner plus d'effet au droit d'alerte ainsi initié au niveau des salariés. Ils ont également la faculté, de communiquer au président du tribunal ou au ministère public tout fait révélant la cessation des paiements du débiteur¹²⁷⁹. Pareille solution étant aussi valable pour les associés, ces derniers se résoudront à informer le commissaire aux comptes, et espérer que ce dernier puisse faire aboutir leur droit d'alerte. Il en va de même de l'alerte judiciaire car les titulaires de ce droit ne sont pas obligés de se fier uniquement aux informations reçues des agents de détection pour convoquer le dirigeant. Cela s'explique par la diversité des sources d'information dont ils disposent. Certes, les juges de la prévention sont informés très tôt par le commissaire aux comptes, en qui concerne l'alerte

¹²⁷⁸ Voir. F. Perochon, *Entreprise en difficulté*, 9^e éd. p. 64

¹²⁷⁹ Art. L. 631-6 C.com.

dans les sociétés anonymes¹²⁸⁰ mais cette connexion entre l'alerte interne et l'alerte externe ne permet pas de se prononcer en faveur d'une véritable articulation au sein du système de prévention détection.

685. Ainsi dans le souci d'éviter un chevauchement¹²⁸¹ au sein des techniques d'alerte, il est souhaitable d'instaurer une articulation intelligible qui empêcherait par exemple le déclenchement d'une technique d'alerte lorsqu'une autre est déjà ouverte. Cela conduirait à harmoniser l'ensemble des techniques d'alerte et permettre une certaine cohérence. L'articulation entre la prévention détection et la prévention traitement semble quant à elle, bien différente.

2- Entre la prévention détection et la prévention traitement

686. La prévention de la cessation des paiements commande nécessairement que les mesures de détection d'information soient suivies d'effets ou à tout le moins qu'il soit établis entre la détection et le traitement des difficultés une certaine articulation. Une telle solution n'est véritablement pas présente. On pourrait la déduire de la lecture de deux dispositions qui elles mêmes amènent à certaines interrogations. Il s'agit des articles L.611-6 alinéa 3, L. 611-3 et L. 611-8-1 du code de commerce.

687. Selon la première, la décision ouvrant la procédure de conciliation est communiquée au débiteur lorsque les comptes de ce dernier sont soumis à une autorisation de certification légale. Quant au deuxième texte issu de l'ordonnance du 12 mars 2014, il précise que « Le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel sont informés par le débiteur du contenu de l'accord lorsque celui-ci demande l'homologation ». Le troisième texte de loi fait désormais obligation de communiquer aux commissaires aux comptes la décision nommant le mandataire ad hoc. Ces trois dispositions, au delà des problèmes tenant notamment, au champ réducteur de l'alerte, du risque d'atteinte à la confidentialité¹²⁸² qu'elles peuvent poser, traduisent la volonté du législateur d'établir une jonction logique entre la détection et le

¹²⁸⁰ V. sur ce point, supra, , n°33.

¹²⁸¹ Le risque d'éparpillement des procédures d'alerte peut avoir cependant un effet significatif, cela peut vouloir traduire les signes de défaillances auxquels l'entreprise est exposée. Déclenchés toutes à la fois, les techniques d'alerte peuvent donc convaincre de l'existence d'un risque de défaillance qu'il faut de la part du dirigeant régler le plus rapidement possible.

¹²⁸² C. Delattre et E. Etienne-Martin, « Prévention : Le mandat ad hoc et la conciliation plus efficaces et plus accessibles ? », Rev. proc. coll. Mars-avril 2014, dossier 15

traitement des difficultés. Ce qui contribue à n'en point douter à un renforcement de l'efficacité du dispositif de prévention. Car en effet, la meilleure façon de lutter plus efficacement contre la défaillance des entreprises, c'est de permettre une gestion concomitante des missions des différents agents de détection et de traitement des difficultés des entreprises.

688. Toutefois, les textes sus cités ne sont pas très clairs et plusieurs inquiétudes doivent être relevées. D'abord, l'information des différents agents de détection que sont le comité d'entreprise ou, à défaut les délégués du personnel et le commissaire aux comptes, veut il vouloir dire que ces derniers doivent s'abstenir de tout déclenchement de l'alerte ? Ensuite, et dans l'hypothèse que cela soit la volonté du législateur, doit on considérer la décision de ne pas engager la procédure d'alerte ou par exemple de suspendre son déroulement comme une réponse satisfaisante aux faits qui ont conduit le commissaire aux comptes ou au comité d'entreprise à déclencher l'alerte¹²⁸³ ? Cette absence de précision doit être corrigée et il est souhaitable que les textes soient conformes à l'esprit d'articulation qui existe déjà conformément aux l'article L.611-11 et L. 628-1 du code de commerce. Il serait judicieux par exemple de préciser qu'aucune procédure d'alerte ne pourrait être déclenchée si le débiteur est déjà engagé dans une phase consensuelle de règlement de ses difficultés.

689. Il est toutefois regrettable qu'aucune articulation ne soit prévue entre le mandat ad hoc et la sauvegarde, cette exclusion du mandat ad hoc du champ de la sauvegarde et donc de la logique d'articulation repose sur la possibilité qu'a le débiteur de faire précéder sa demande de conciliation d'une demande de mandat ad hoc¹²⁸⁴. Et pourtant, l'inclusion du mandat ad hoc dans le régime des passerelles pourrait être une solution efficace puisque dans cette hypothèse, la question de délai prévue dans le cas de la conciliation, aurait pu permettre au président du tribunal d'adapter la mission du mandataire en fonction de l'évolution de la situation de l'entreprise. Puisque techniquement, excepté la question de délai prévue pour la conciliation, rien ne différencie le mandat ad hoc de la conciliation. Elles sont toutes deux des techniques amiables de traitement des difficultés, en outre, elles se déroulent sous la houlette du président du tribunal.

¹²⁸³ C. Delattre et E. Etienne-Martin, art. préc.

¹²⁸⁴ C.Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, 9^e éd. n°943

690. En revanche, le mandat ad hoc est moins formaliste que la conciliation. De ce point de vue, elle pourrait rapidement conduire à faire un bilan concret de la situation de l'entreprise et permettre ainsi au débiteur de décider de recourir le plus rapidement possible, à une procédure collective de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Bien qu'encourageante, l'articulation entre les différentes techniques de détection et de traitement des difficultés reste encore à améliorer en droit français, ce qui n'est pas le cas du droit Ohada, aucun régime d'articulation n'ayant pas été prévu par le législateur.

B- Une exigence en droit Ohada

691. Il n'existe aucun lien entre l'alerte du commissaire aux comptes et le règlement préventif. Le dispositif d'alerte se trouve ainsi isolé (1) et il est nécessaire de parvenir à l'instauration d'un régime d'articulation entre la détection et le traitement des difficultés (2).

1- L'isolement critiquable de la technique d'alerte du commissaire aux comptes

692. Preuve de l'isolement du droit d'alerte du commissaire aux comptes, c'est son absence dans le droit des entreprises en difficulté de l'espace Ohada. Plus concrètement, l'acte uniforme portant procédure collectif d'apurement du passif de droit Ohada, ne prévoit aucun système de détection des difficultés. De ce point de vue, les entreprises de cet ordre juridique seraient privées d'un instrument de prévention de défaillance d'entreprise. Ce qui constituerait une véritable insécurité juridique pour les entreprises et un frein à l'investissement dans les pays concernés.

693. Mais ce n'est qu'une question d'approche, le législateur de l'Ohada contrairement au droit français, a jugé que la mission de détection des difficultés du commissaire aux comptes relèverait du droit des sociétés, sphère traditionnelle d'exercice de l'homme des chiffres. C'est donc dans l'acte uniforme organisant cette matière, qu'il faut se référer pour appréhender la mission d'alerte dévolue aux commissaires aux comptes. Pourtant, il serait souhaitable comme cela est le cas en droit français, de procéder à une amélioration des règles d'organisation du code Ohada. A cet effet, l'alerte du commissaire aux comptes et l'alerte des associés devraient être intégrées dans l'acte uniforme portant procédure collective

d'apurement du passif, ce qui aurait l'intérêt de donner une démarche logique à la matière et d'établir un lien cohérent avec le règlement préventif déjà contenu dans cet acte uniforme.

- 2- L'instauration d'une passerelle entre l'alerte du commissaire aux comptes et le règlement préventif

694. Dans le dispositif actuel prévu en droit Ohada, une procédure de règlement préventif peut s'ouvrir concomitamment avec une procédure d'alerte. Il n'existe aucune disposition textuelle qui empêcherait un agent de détection de renoncer à déclencher une alerte, sous prétexte qu'une procédure amiable ou judiciaire de traitement serait déjà ouverte. A l'inverse, l'ouverture d'un règlement préventif, ne devrait pas constituer un obstacle, au déclenchement d'une procédure d'alerte. Il en résulte une absence de corrélation, entre le système de prévention détection et le système de prévention traitement. Ce faisant, le commissaire aux comptes, ne sera pas informé par exemple de l'ouverture d'un règlement préventif, alors que la connaissance de l'existence d'une telle procédure par le commissaire aux comptes, pourrait constituer un motif sérieux de déclenchement ou d'abstention de déclenchement d'une alerte, ou une réponse satisfaisante face aux inquiétudes, qu'il avait dépisté dans le cadre de sa mission.

De cette même manière, et en raison de l'absence d'un organe représentatif du personnel en droit Ohada, le comité d'entreprise ou à défaut, les délégués du personnel, ne pourront pas être informés de l'ouverture ni d'une procédure d'alerte du commissaire aux comptes ni de l'ouverture d'un règlement préventif. Pourtant, cette cohérence entre la détection et le traitement des difficultés est essentiel en matière de prévention de la cessation des paiements. Elle l'est encore davantage s'agissant de la prévention hors tribunal et des modes administratifs de prévention.

Paragraphe II : La prise en compte de la prévention hors tribunal et la prévention administrative

695. La prévention de la cessation des paiements n'est pas seulement cantonnée aux seuls mécanismes prévus par la loi. Bien au contraire, il s'est développé parallèlement à ces techniques légales de prévention des difficultés, une certaine pratique qui a vu naître des modes de prévention hors tribunal. S'ajoutent à cela, des modes administratifs de prévention qui obéissent plus à une politique étatique de préservation de l'économie nationale. Ces deux

circuits de la prévention doivent être mis en relation avec les règles de prévention de droit commun. Cela passe par une certaine réorganisation de la prévention hors tribunal (A) d'une part et d'autre part, une articulation entre les modes judiciaires et les modes administratifs de traitement des difficultés (B).

A- Une meilleure articulation de la prévention de droit commun avec la prévention hors tribunal

696. La prolifération de la prévention hors tribunal traduit d'une certaine façon le manque d'emprise véritable de la prévention dont le tribunal a la charge de par les textes. Pourtant cette forme de la prévention est critiquée par certains auteurs. D'abord, il lui est reproché de s'exercer en dehors de toute légalité¹²⁸⁵, ensuite, il se pose le problème de l'impartialité¹²⁸⁶ du juge de la prévention qui risque de revêtir une double casquette car il peut être considéré comme juge et partie. En outre, l'offre de prévention regorge une multitude de techniques de prévention assez disparates et souvent inconnues du débiteur. Tout ceci risque de brouiller le paysage et de créer une certaine confusion dans l'esprit du chef d'entreprise, car, ce dernier doit savoir à qui s'adresser utilement¹²⁸⁷. Une certaine réorganisation de la prévention hors tribunal par rapport à la prévention de droit commun pourrait être utile¹²⁸⁸.

En effet, il serait illusoire de croire que la prévention de la cessation des paiements pourrait se faire de manière efficace en excluant ces modes de prévention issus de la pratique car malgré leur grand nombre, ils présentent une certaine utilité. C'est le cas des tiers de confiance et des Centres d'information sur la prévention des difficultés des entreprises (CIP) dont l'originalité est avérée de par sa composition, car il regroupe l'essentiel des acteurs de la prévention et du traitement des difficultés à destination des TPE¹²⁸⁹. Parfaitement intégré au sein des PME, le CIP joue un rôle autant social voire sociologique qu'économique¹²⁹⁰. C'est pourquoi, à l'instar des techniques de prévention de droit commun, il y a lieu de favoriser leur

¹²⁸⁵ Ch. Delattre, « La prévention doit s'exercer dans un cadre légal », Rev. proc. coll. 2010/4, p. 18.

¹²⁸⁶ F. Marcorig-Venier, L'impartialité ou les limites de la prévention-détection informelle, RTD com. 2010-780 ; J-L. Vallens, Les tribunaux de commerce peuvent ils instituer des cellules de prévention-détection ? D. 2010. Point de vue 1723.

¹²⁸⁷ J-B. Drummen, « La détection précoce des difficultés des entreprises » in table ronde, Rév. proc. coll. 2010, art. préc, p.55.

¹²⁸⁸ J-B. Drummen, « La détection précoce des difficultés des entreprises », in table ronde, Rév. proc. coll. 2010, art préc. p.55.

¹²⁸⁹ Le CIP est une association de bénévoles qui comprend la Conférence Générale des Juges Consulaires de France, la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes, le Conseil Supérieur de l'Ordre des Experts Comptables, le Conseil National des Barreaux, table ronde cité, p. 55.

¹²⁹⁰ T. Bellot, table ronde cité, p.55.

intérêt au près des dirigeants TPE par la sensibilisation au traitement précoce des difficultés¹²⁹¹. Mais cela devrait se faire de manière coordonnée car une fois détectée à l'échelon informel, il faut bien que cela soit suivi d'effet par le traitement des difficultés ainsi dépistées. Et comme le président du tribunal ne peut plus participer à ces « observatoires judiciaires »¹²⁹² ou cellules occultes au risque de porter atteinte au principe d'impartialité, conséquemment, il ne lui est plus possible de se saisir d'office¹²⁹³. Ce rôle est désormais dévolu au ministère public qui retrouve ainsi son rôle d'initiative pendant longtemps écarté pour laisser au tribunal de conserver son autonomie. Ainsi le retour à des normes procédurales conformes au principe du procès civil équitable a conduit le législateur à confier le droit de la saisine d'office au ministère public au nom de l'intérêt général¹²⁹⁴. Une telle approche permet de renforcer l'efficacité et la légitimité de la prévention détection, puisque la recherche par le dirigeant, d'une solution d'assainissement sous la menace de l'ouverture d'une procédure collective est désormais écartée. C'est la preuve que même si la prévention doit conserver son cadre légal, la prise en compte de celle intervenant en dehors du tribunal est utile au redressement du plus grand nombre d'entreprise.

B- L'articulation entre les mécanismes judiciaires

de prévention et les structures d'aide à la prévention et au traitement administratif des difficultés

697. Il doit nécessairement exister une corrélation entre les modes judiciaires de prévention et les structures administratives d'aide aux difficultés d'entreprise. Il faut commencer d'abord par présenter les structures d'aide à la prévention (1) et ensuite envisager une véritable coordination entre les procédés judiciaires de prévention et les aides étatiques pour une meilleure efficacité du dispositif de prévention (2).

1- Présentation des structures d'aide à la prévention et au traitement des difficultés

¹²⁹¹ D. Zwerger, table ronde cité, p.55.

¹²⁹² L'appellation figure sur le site du tribunal de commerce Paris, voir J.-L. Vallens, article cité.

¹²⁹³ J.-L. Vallens, Les tribunaux de commerce peuvent ils instituer des cellules de prévention-détection ? article précité.

¹²⁹⁴ J.-L. Vallens, art. préc...

698. Il est important de noter que le droit OHADA ne dispose de structures d'aide à la prévention des difficultés. Les organismes d'aide que nous envisageons sont uniquement prévus par le droit français. Il faut distinguer celles-ci les structures classiques (a) de la nouvelle structure : le commissaire au redressement productif (b).

a) Les structures classiques

699. Il y a plusieurs structures au moyen desquels on peut apprécier l'action de l'Etat dans la prévention et le traitement des difficultés. Les plus usités sont les CODEFI¹²⁹⁵ et les CIRI¹²⁹⁶. Les CODEFI sont les organes représentatifs de l'Etat dans le département qui sont investis d'une mission générale d'analyse et de traitement des difficultés des entreprises. Ils sont composés d'un président, qui est le préfet, d'un vice président qui est le trésorier payeur général de membres de plein droit et d'un observateur, en l'occurrence le procureur de la république. On peut ainsi remarquer que tous les services de l'Etat sont représentés, ce qui permet au CODEFI d'avoir une bonne information sur les entreprises connaissant des difficultés. Fondamentalement, le CODEFI poursuit une triple mission telle que définie par la circulaire du 25 novembre 2004¹²⁹⁷. Premièrement, il s'agit d'une mission d'accueil et d'orientation au service des entreprises, qui consiste à orienter le chef d'entreprise vers une autre structure voire un autre interlocuteur approprié si la nature de ses difficultés ne permettent pas au CODEFI de retenir sa compétence¹²⁹⁸.

Deuxièmement, le CODEFI poursuit une mission générale de détection des difficultés. L'intérêt de cette mission est qu'elle doit privilégier les entreprises dont l'éventuel arrêt d'activité aurait des conséquences importantes pour l'emploi, tant directes qu'indirectes à un traitement des difficultés des entreprises. Autrement, il est demandé au CODEFI d'opérer un diagnostic de la situation de l'entreprise. Au delà du diagnostic qu'il peut être amené à faire, le CODEFI joue avant tout un rôle d'intermédiation¹²⁹⁹ c'est à dire qu'il peut venir en appui aux mandataires de justice désignés par le tribunal de commerce dans le cadre d'un mandat ad hoc. A cet égard, il peut aussi suggérer des solutions de redressement de l'entreprise après échange

¹²⁹⁵ Comités départementaux d'examen de financement des entreprises.

¹²⁹⁶ Comité interministériel de restructuration industrielle.

¹²⁹⁷ Cir. 25 nov. 2004, relative à l'action de l'Etat dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises, JO n° 279, 1er déc. 2004, p. 20441; voir aussi, Ph. Roussel Galle, "La réforme a commencé par voie de circulaire", Act. proc. coll. 21 janv. 2005, n° 1, p.1.

¹²⁹⁸ Le CIRI, un médiateur entre l'entreprise et l'ensemble de ses partenaires financiers, Entretien avec B. Sellam, secrétaire général du CIRI", LPA 11 déc. 2008, n° 248, p. 4.

¹²⁹⁹ C. Saint-Alary Houin, op. cit., n°229.

avec les différents partenaires de l'entreprise¹³⁰⁰. Dans la majorité des cas, il s'agira pour le CODEFI de parvenir à l'élaboration d'un plan d'apurement et de sauvetage de l'entreprise. A cet effet, il peut être accordé des fonds publics pour faciliter le redressement de l'entreprise en difficulté, ces prêts se font sous la forme de prêts du FDES¹³⁰¹ et le montant de l'aide ne doit pas excéder plus de 800000 euros par entreprise¹³⁰².

700. Toutefois, l'intervention du CODEFI n'est pas systématique, certaines conditions devant être réunies pour que l'entreprise considérée puisse espérer bénéficier de l'aide de l'Etat. En effet, du point de sa compétence, le CODEFI est réservé aux entreprises in bonis dont l'effectif est inférieur à 400 salariés et qui à ce titre sont susceptibles de redressement¹³⁰³. Il doit s'agir également d'entreprises qui ne sont pas filiales de groupe et exploitées sous forme de sociétés commerciales et à jour de leurs obligations fiscales et sociales. Cette précision amène à considérer que sont donc exclues du bénéfice de l'aide du CODEFI les entreprises individuelles, les sociétés unipersonnelles, les exploitations agricoles, les associations et les professions libérales. Le domaine d'intervention du CODEFI est donc plus réduit contrairement au CIRI dont le domaine de compétence est plus étendu et concerne toutes les entreprises.

701. Le CIRI a été institué par un arrêté ministériel en date du 6 juillet 1982¹³⁰⁴. Son rôle a été précisé par une circulaire du premier ministre en date du 25 novembre 2004¹³⁰⁵. Il a un double rôle. D'abord, il exerce une fonction de médiation entre les entreprises et leurs partenaires, ensuite, un rôle de coordination de l'action de l'Etat¹³⁰⁶. Il arrive souvent aussi qu'il suggère aux dirigeants d'entreprises en difficulté de prendre les mesures de toute nature pour assurer leur redressement, le maintien des emplois et leur développement dans

¹³⁰⁰ C. Saint-Alary Houin, Droit des entreprises en difficulté; 10^e éd. n°229 op.cit; voir, Roussel Galle, " Les aides publiques aux entreprises en difficulté: Les lignes directrices communautaires, Le CIRI et les CODEFI, rev. proc. coll. op.cit.

¹³⁰¹ Fonds de développement économique et social.

¹³⁰² Pour un approfondissement sur la question des interventions des CODEFI en faveur des entreprises en difficultés, V. Tardieu-Naudet, " Les CODEFI, un exemple d'intervention des pouvoirs publics en faveur des entreprises en difficulté", JCP CI 1978 , 12823 ; B. Oppetit, " Les autorités publiques et les entreprises privées", Rj com. 1983, n° spéc., p.9 ; Ph. Peyramaure, " L'assistance des autorités publiques aux entreprises en difficulté", RJ com. p.104; Y. Chartier, " Les formes d'intervention des autorités publiques dans les procédures collectives", in Les autorités publiques et l'entreprise privée , RJ com. 1983. 120; p.124.

¹³⁰³ C. Saint-Alary Houin, op. cit. n°230 op.cit.

¹³⁰⁴ JO 8 juill. 1982 .

¹³⁰⁵ Circulaire Ministre de l'Economie, des finances et de l'industrie, du 26 novembre 2004, relative à l'action de l'Etat dans la prévention et dans le traitement des difficultés des entreprises, JO, 1er déc. 2004.

¹³⁰⁶ Le CIRI, un médiateur entre l'entreprise et l'ensemble de ses partenaires financiers, Entretien avec B. Sellam, Secrétaire général du CIRI, LPA, op.cit. voir aussi, Ph. Roussel Galle, " A propos du rapport d'activité 2006 du CIRI", Rev.proc.coll.2007, p.107.

l'avenir¹³⁰⁷. Plus précisément, Il est compétent pour connaître des difficultés des entreprises de plus de 400 salariés.

702. Mais l'action du CIRI est souvent perceptible également dans les dossiers abordés en phase amiable dans le cadre d'un mandat ad hoc ou d'une procédure de conciliation. L'apport des pouvoirs publics dans ce genre de dossier permet la plupart du temps de débloquer des négociations jusque là compliquées du fait d'un manque d'accord entre le débiteur et ses principaux créanciers. Le médiateur du CIRI permet en général dans ces hypothèses de trouver une solution de financement de l'entreprise. Et comme l'intervention de l'Etat est censée s'effectuer dans un cadre confidentiel, celle ci aura des chances d'être efficace¹³⁰⁸.

En effet, la circulaire du 26 novembre 2004 précitée précise bien que si une instruction du dossier est faite par le secrétariat permanent, elle doit rester informelle, aucun compte rendu n'est fait. Le caractère confidentiel de l'intervention du CIRI est aussi observable au niveau des CODEFI qui en font une exigence de leur politique de prévention. Il existe en la matière une véritable communication et une parfaite intégration verticale et horizontale entre le CODEFI qui intervient à l'échelon départemental et le CIRI qui lui, a une compétence nationale¹³⁰⁹. Par ailleurs, afin de les rendre efficaces, la circulaire précitée a facilité la saisine de ces organismes en n'exigeant pas de formalisme particulier. A cet égard, il est possible de saisir ces organes aussi rapidement et efficacement. Un simple appel téléphonique est suffisant, ce qui n'exclut pas en revanche que la saisine se fasse par courrier. Une fois le secrétariat permanent est contacté, le chef d'entreprise peut à sa demande être contacté dans les quarante huit heures. Comme le souligne un auteur¹³¹⁰, l'accent est mis sur la rapidité dont on appréhende aisément encore ici l'importance en matière de traitement des difficultés des entreprises.

b) Les structures nouvelle: le commissaire au redressement productif

¹³⁰⁷ C. Saint-Alary, Droit des entreprises en difficulté, 10^e éd. op. cit. n° 234.

¹³⁰⁸ Roussel Galle, " Les aides publiques aux entreprises en difficulté: Les lignes directrices communautaires, Le CIRI et les CODEFI, rev. proc. coll. op.cit;voir aussi la circulaire du 25 novembre citée.

¹³⁰⁹ M. Cotton,"Les aides publiques aux entreprises en difficulté. Aspects pratiques "rev. proc. coll. n°2, juin 2006, p.133.

¹³¹⁰ Roussel Galle, "Les aides publiques aux entreprises en difficulté: Les lignes directrices communautaires, Le CIRI et les CODEFI, rev. proc. coll. op.cit.

703. Instituée à la faveur de la crise économique et financière afin de lutter contre la disparition des entreprises dans les régions, les commissaires au redressement productif se veulent être «une force de réflexion stratégique et opérationnelle et capables d'intervenir le plus en amont possible en identifiant les entreprises en difficulté pour les accompagner dans la construction de projets viables»¹³¹¹. Ils interviennent sous l'autorité des préfets de région et ont deux missions principales à savoir «animer une cellule régionale de veille et d'alerte précoce»¹³¹², autrement dit, ils doivent prendre en amont les mesures destinées à identifier et prévenir les difficultés des entreprises du territoire concerné, et ensuite «soutenir les entreprises dans la résolution de leurs difficultés» en leur proposant des solutions globales et pérennes pour les entreprises en difficulté de moins de 400 salariés. Le commissaire au redressement productif est compétent pour l'entreprise ne dépassant pas 400 salariés peut également formuler des recommandations en matière de mobilisation des dispositifs publics de soutien aux entreprises et d'étalement fiscaux¹³¹³. Son rôle s'inscrit à ce titre dans le prolongement celui des structures classiques que sont le CIRI et plus précisément le CODEFI. Mais selon l'ancien ministre du redressement productif promoteur de cette nouvelle structure de prévention, le commissaire au redressement productif devrait de par ses qualités et compétences apporter beaucoup plus de dynamisme que les structures classiques existantes.

704. En effet, le ministre dans une lettre adressée aux préfets de région affirmait que « Le commissaire devra se distinguer par ses compétences en matière de compréhension de projets d'entreprises, d'analyse financière, et de connaissance du rôle et des moyens d'action des différents acteurs partenaires de l'entreprise, de façon à ce qu'elle puisse non seulement conseiller l'entreprise mais surtout concevoir des solutions à apporter à ses éventuelles difficultés et fédérer des partenaires pour permettre leur mise en œuvre rapide »¹³¹⁴, La nomination du commissaire au redressement productif ne doit pas être considéré comme une remise en question des structures existantes mais comme un renforcement et une meilleure coordination mais le commissaire au redressement productif doit être au centre du dispositif. Sa raison d'être répond beaucoup plus à une exigence de réactivité et de proximité¹³¹⁵.

¹³¹¹ www.redressement-productif.gouv.fr, Les commissaires au redressement productif in Rapport annuel 2012, Mars 2013.

¹³¹² Rapport annuel 2012, Mars 2013, préc.

¹³¹³ Rapport annuel 2012, mars 2013, préc..

¹³¹⁴ Lettre d'Arnaud Montebourg ancien ministre du redressement productif en date du 14 juin 2012 www.redressement-productif.gouv.fr.

¹³¹⁵ Lettre du ministre du redressement productif, préc.

2- La nécessaire articulation entre les mécanismes judiciaires de prévention et les structures d'aide à la prévention

705. Avant d'analyser le contenu de l'articulation qui doit exister entre les techniques judiciaires de prévention et les aides étatiques (b), il faut d'abord relever au passage les problèmes posés par ces types (a).

a) Les problèmes soulevés par l'attribution d'aides aux entreprises en difficulté

706. L'intervention de l'Etat dans le secteur économique peut poser deux séries de problèmes. D'abord, cette intrusion dans la survie des entreprises peut engager la responsabilité des pouvoirs publics ensuite, il peut y avoir une atteinte au droit de la concurrence.

707. La responsabilité des pouvoirs publics du fait de l'aide apportée à l'entreprise en difficulté peut reposer sur une dualité de fautes¹³¹⁶. Il peut s'agir de fautes par abstention ou de fautes dans l'action.

708. Dans la première hypothèse, la faute par abstention provient de la non-intervention de la force publique alors qu'elle le devait en exécution d'une décision de justice¹³¹⁷. Ce type de responsabilité tire sa source en général des mouvements sociaux qui dans la majorité des cas compromettent la continuité de l'entreprise en raison des destructions ou des braderies sauvages des stocks disponibles de l'entreprise. Il en découle que de tels faits puissent plonger l'entreprise dans de graves difficultés. La faute par abstention cause de responsabilité de l'Etat peut consister à un refus des aides de la part de ce dernier. Ce critère de responsabilité est très rare en pratique car l'Etat considère qu'il faille faire application du principe d'égalité entre les entreprises. En revanche la responsabilité de l'Etat est retenue si dans les mêmes situations l'Etat accepte d'octroyer une aide alors qu'elle en refuse à d'autres entreprises¹³¹⁸.

¹³¹⁶ C. Saint-Alary-Houin, op.cit., p.152.

¹³¹⁷ TA Rennes, 9 janv. 1980, RJ com. 1980, p.322, note J. Mestre.

¹³¹⁸ C. Saint-Alary-Houin, ouvrage. op.cit, n°268, p. 152.

709. Dans la deuxième hypothèse, la responsabilité des pouvoirs peut résulter d'une action positive. Dans ce cas, il est reproché à l'Etat d'avoir accordé des prêts, des subventions à l'entreprise en difficulté, de l'avoir incité à arrêter un plan de continuation ou de cession, ce qui a pour conséquence d'aggraver la situation de l'entreprise en difficulté¹³¹⁹. Dans ces conditions, il est possible de rechercher la responsabilité des pouvoirs publics du fait de leur aide aux entreprises en difficulté¹³²⁰. Elle peut être recherchée sur le terrain du droit commun de la responsabilité ou il peut s'agir tout simplement d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif. D'une manière générale, la responsabilité de droit commun de l'Etat est une responsabilité contractuelle, celle-ci intervient lorsque la puissance publique n'a pas exécuté la convention passée avec l'entreprise en difficulté¹³²¹.

710. Mais sa responsabilité délictuelle peut être aussi retenue si les conditions de celle-ci sont réunies conformément à l'article 1382 du code civil. Il n'y a donc pas lieu d'exonérer l'Etat si son action cause un préjudice sérieux aux créanciers de l'entreprise en difficulté qui du fait de l'aide publique sont dans l'ignorance de la véritable situation financière de l'entreprise. Il faut toutefois admettre avec le professeur Corinne Saint-Alary-Houin que la responsabilité de l'Etat pour soutien abusif est très circonscrite voire rare, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il s'agit d'intenter une action en responsabilité pour insuffisance d'actif. En effet, la jurisprudence¹³²² retient que l'Etat tout comme les collectivités territoriales peuvent être poursuivis en qualité de dirigeants de fait pour s'être immiscé dans la gestion de l'entreprise en difficulté. A ce titre, il peut être condamné à combler l'insuffisance d'actif due à son intervention sur le fondement de l'article L.651-1 du code de commerce.

711. Selon le professeur Perochon, l'octroi d'aides publiques¹³²³ ne peut pas être neutre au regard de la concurrence car cela conduit à placer l'entreprise dans une position concurrentielle améliorée du fait de l'aide dont elle a bénéficiée. Or en réalité la situation de

¹³¹⁹ C. Saint-Alary-Houin, ouvrage op.cit., p.152, n°268.

¹³²⁰ Cl. Champaud, "les responsabilités des organismes publics et parapublics", RJ com sept.-oct. 1976, p.368; Voir aussi, "La responsabilité des collectivités locales du fait de leur aide aux entreprises en difficulté (Aspects de droit administratif)", Etudes J.-M. Auby, p.413.

¹³²¹ TA Paris, 28 mai 1985, Gaz. Pal., 14-16 mars 1986; note J.-P. Marchi.

¹³²² T. com. Rouen, 10 mars 1981, RJ com.1982.153, note J. Mestre; D. 1982.391, note P. Amselek; RTD com., 1982.468, obs. Ph. Merle; voir aussi, T. com. Arras 12 déc.1986, Rév.proc.coll. 1986, p.32, n°2; Nancy 15 déc 1977, JCP 1978, II, 18912, note Stoufflet; Rennes 17 juin 1977, D. 1977, IR p.449, obs. M. Vasseur; T. confl. 2 juill. 1984, JCP 1984, II, 20306, concl. E. Labetouille; D. 1984.545, note F.Derrida; 23 janv. 1989; D. 1989. 367, con. Flipo, note P. Amselek et F.Derrida.

¹³²³ Voir table ronde animée par le Professeur M. Menjucq, « Les aides d'Etat, le droit de la concurrence et les entreprises en difficulté, RPC 2012-3, p.68.

l'entreprise est tout autre¹³²⁴. Cette atteinte au libre jeu de la concurrence peut se manifester de manière différente, la position des Etats est souvent fonction de l'influence qu'elle peut produire sur le commerce interne ou communautaire. Mais force est de remarquer qu'au niveau communautaire par exemple, on assiste à une tolérance du principe de l'interdiction des aides publiques aux entreprises, les autorités communautaires se contentant simplement de faire observer son respect¹³²⁵. Autrement, il est rare que des sanctions soient prises lorsqu'il est avéré qu'un Etat membre a sensiblement manqué à l'observation du principe. Au contraire, les aides publiques aux entreprises en difficultés sont autorisées tant qu'elles sont destinées au sauvetage et à la restructuration des entreprises menacées de disparition et cela, après notification de la commission européenne¹³²⁶. Par ailleurs, il est même régulièrement rappelé qu'une mesure financière adoptée par l'Etat en faveur d'une ou plusieurs entreprises ne constitue pas une aide si elle est la contrepartie d'un bien ou d'une prestation acquise à coût de marché, d'une obligation mise à sa charge, ou de l'indemnisation d'un préjudice causé par l'Etat¹³²⁷.

712. Mais il peut arriver que l'aide d'Etat soit qualifiée d'illégale voire d'illicite¹³²⁸ soit parce qu'elle ne respecte pas ou soit parce qu'elle n'a pas respecté les critères posés par la commission européenne¹³²⁹. En de telles hypothèses, l'aide qualifiée d'illégale donc nulle, doit être restituée et il appartient aux tribunaux nationaux de chaque Etat membre concerné de prendre toutes les mesures nécessaires afin de faire respecter cette obligation. Plusieurs décisions de justice montrent clairement que la cour européenne de justice se veut extrêmement exigeante quant au respect de cette obligation de récupération restitution. Du coup, on peut affirmer que l'obligation de récupération s'apparente à une sanction qui pèse sur les Etats membres qui est la conséquence du caractère illicite ou illégal de l'aide octroyée. C'est pourquoi l'aide d'Etat doit être exceptionnelle et non constituer un principe. Cette règle doit être respectée par tous les droits nationaux.

¹³²⁴ F. Perochon, *op.cit.* n°226.

¹³²⁵ F. Perochon, *op.cit.* n°226

¹³²⁶ F. Perochon, *op.cit.* n°226

¹³²⁷ Ph. Rinciaux, «Droit communautaire de la concurrence, Actualités des aides d'Etat» LPA, 09 déc. 2004, n°246, p.72; Le professeur François Xavier Lucas aborde dans le même sens, selon lui, la notion d'aide d'Etat perd son sens lorsque l'Etat se comporte exactement comme un opérateur privé, Lucas in table ronde *op.cit.* RPC 2012-3, p.9.

¹³²⁸ M. Arcelin, « L'entreprise en difficulté face au droit de la concurrence », *Rev. Lamy conc.* 2004-1/106, n°9 ; Voir également, colloque Strasbourg, 2007, Procédures d'insolvabilité, aides publiques et droit de la concurrence, LPA, 11 juin 2008.

¹³²⁹ Art. 87 CE.

713. En revanche et au delà du problème récurrent de l'atteinte au libre jeu de la concurrence qu'elles sont susceptibles de poser, les aides publiques peuvent également engendrer de redoutables effets pervers. Elles peuvent se rendre complice de certaines entreprises qui par hypothèse, sont peu performantes, à se maintenir sur le marché alors que leur situation véritable nécessiterait par exemple un redressement judiciaire adapté. De la sorte, par le jeu des échanges, ces entreprises artificiellement maintenues en activité finiront par entraîner d'autres entreprises vers une défaillance inéluctable. Les aides publiques aux entreprises en difficulté ne sont donc pas sans danger. Malgré cela, elles sont tout de même nécessaires et inévitables, il ya lieu tout simplement de les circonscrire afin qu'elles profitent aux entreprises qui en ont besoin. C'est sensiblement cette approche que semble partager le droit communautaire des pays des pays membres de l'UEMOA. Quant aux difficultés qu'elles soulèvent, elles sont inhérentes à ce type d'aide et forcément, les critiques formulées et rencontrées en droit français seront aussi valables pour le droit africain.

714. Telles ont été exposés les mesures de traitement préventif des difficultés. Il a pu être observé que ces règles de prévention revêtent dans l'ensemble un caractère amiable. Ces efforts de prévention sont par moment encouragés voire soulagés par des interventions étatiques au moyen de structures techniques spécialisées. Mais le cadre de la prévention peut prendre une autre dimension à travers le concours des tribunaux qui offrent leur service aux débiteurs qui éprouvent des difficultés d'une importante ampleur mais qui ne sont pas en état de cessation des paiements. C'est la prévention judiciaire qui constitue désormais l'une des alternatives aux difficultés des entreprises.

b) L'appréciation du contenu de l'articulation entre les techniques judiciaires et les structures administratifs d'aide aux difficultés

715. Ensuite, Comme cela a été déjà noté, la prévention de la cessation des paiements ne sera d'autant plus efficace que s'il existe une cohérence entre les différents mécanismes de traitement mis en place. De ce point de vue, les modes administratifs de traitement des difficultés devraient contribuer fortement à atteindre cet objectif. La création récente par le gouvernement français, d'un commissaire au redressement productif en tant qu'organe supplémentaire de lutte contre les disparitions d'entreprise, traduit clairement toute l'attention que portent les pouvoirs publics sur la question du commissaire au redressement productif.

716. On ne saurait cependant s'empêcher de relever malgré cette précision, que vu les similitudes entre les différentes missions, de s'interroger en pratique sur le mode d'articulation entre la structure nouvelle et les structures anciennes¹³³⁰. Un risque de conflit de compétence n'est donc pas à exclure entre notamment le CODEFI et le commissaire au redressement productif.

717. Toutefois, le succès de la mission du commissaire au redressement productif dépendra finalement de sa collaboration avec les autres organismes au risque d'être privé de certaines informations ou avis nécessaires au règlement des difficultés de l'entreprise. En cela, sur certains dossiers, il devra requérir l'avis soit du CIRI, ou conduire les négociations en étroite collaboration avec par exemple le mandataire ad hoc, le conciliateur ou l'administrateur judiciaire¹³³¹. En outre, le commissaire au redressement productif devra observer la stricte confidentialité lors des échanges, des propositions et recommandations qu'il sera amené à faire, afin de donner des chances de succès à sa mission. Tout comme le CIRI, le commissaire au redressement productif ne devrait pas avoir vocation à remplacer le mandataire ad hoc encore moins le conciliateur, ces deux agents de traitement des difficultés disposant de compétences reconnues et d'une expérience souvent de plusieurs années dans les négociations avec les partenaires des entreprises en difficultés¹³³², il devrait tout logiquement intervenir en tant que médiateur neutre, dans les dossiers les plus complexes et donc, être capable d'instaurer une nouvelle dynamique.

Ainsi, les organes administratifs de prévention que sont le CIRI et plus principalement le commissaire au redressement productif, devraient appuyer les efforts de prévention des agents judiciaires que sont le mandataire ad hoc et le conciliateur, et instaurer une parfaite coordination avec ces derniers, avec lesquels ils pourront constituer selon l'expression de Dominique Zwerger « un binôme efficace au service du dirigeant de l'entreprise en difficulté »¹³³³. Finalement, il n'est pas sans intérêt de préciser le bien fondé de la cohérence et de la coordination qui doit exister entre les différents systèmes de prévention. Les mécanismes d'alerte y ont contribué de manière notable avec le rôle de pivot désormais dévolu au commissaire aux comptes. En revanche, l'amélioration de leur domaine est une

¹³³⁰ F. Perochon, op.cit. p. 125.

¹³³¹ Lettre du ministre du redressement productif, préc.

¹³³² D. Zwerger, la détection précoce des difficultés, table ronde, art. préc., p.55.

¹³³³ D. Zwerger, la détection précoce des difficultés, table ronde, art. préc., p.55.

autre solution qu'il faut envisager pour renforcer l'efficacité du système de prévention dans son ensemble.

Section II : L'amélioration du domaine des mécanismes d'alerte

718. Les mécanismes juridiques d'alerte sont beaucoup plus fournis en droit français qu'en droit OHADA. Cette différence d'approche conduit nécessairement à des solutions différentes lorsqu'il s'agit d'envisager l'amélioration de leur domaine. Ce faisant, pour ce qui est du droit français, la solution consiste à mieux encadrer le rôle de détection des deux principaux agents de détection, le commissaire aux comptes et les présidents des tribunaux de commerce et de grande instance (Paragraphe I). En revanche pour le droit OHADA, le caractère insuffisant des techniques d'alerte, commande un accroissement du nombre des agents de détection existants (Paragraphe II).

Paragraphe I : Un meilleur encadrement des procédures d'alerte du commissaire aux comptes et du président du tribunal de commerce ou de grande instance en droit français

719. L'encadrement des procédures d'alerte doit consister à un renforcement des pouvoirs des alertes judiciaires (A) d'une part, et d'autre part, à un repositionnement du commissaire aux comptes au cœur du dispositif de prévention d'autre part (B).

A- Le renforcement des pouvoirs des présidents de tribunaux en matière d'alerte

720. Du fait de leur caractère disparate, une clarification et un contrôle judiciaire des critères de détection prévus par le droit français est nécessaire (1). Aussi, il est possible pour les présidents des tribunaux de commerce ou de grande instance de sanctionner qui refuse de déférer à leur convocation (2).

1- La clarification et le contrôle judiciaire des critères de déclenchement de l'alerte

721. L'une des raisons qui expliquent l'inefficacité actuelle des mécanismes d'alerte résulte en grande partie de l'absence de clarification de leurs conditions d'ouverture. Ces critères de déclenchement sont multiples et obéissent à une même logique et conduisent à un même objectif qui est de permettre au dirigeant d'être informé de manière précoce dès les premiers signes de difficulté. La maîtrise de ces conditions s'avère donc nécessaire car l'enjeu ici, c'est d'éviter une rupture dans la continuité de l'exploitation de l'entreprise, autrement dit, il faut anticiper le plus tôt possible la cessation des paiements.

722. Pourtant, l'analyse de ces critères d'ouverture révèle une certaine imprécision, ce qui ne permet pas d'en faire une utilisation heureuse de la part des agents de détection. En raison de cette difficulté majeure qui implique tant le droit français que le droit Ohada, il se pose à l'égard de ces derniers, la question de l'opportunité de déclenchement de l'alerte, celle-ci ne devant pas être déclenchée sans raison valable au risque d'avoir des conséquences tant à l'égard de l'agent détecteur que de l'entreprise. Dans le dispositif actuel, alors que certaines techniques d'alerte partagent plus ou moins le même critère de déclenchement, les autres possèdent un critère différent. Il en résulte des différences d'interprétation de ces critères selon l'agent de détection considéré. Ce faisant, les faits qui sont de nature à affecter la continuité de l'exploitation pour le commissaire aux comptes ne le sont pas forcément pour le comité d'entreprise encore moins pour les associés ou le président du tribunal.

723. Ce faisant, maîtres de l'opportunité et de l'appréciation des critères de déclenchement de l'alerte, les agents de détection restent libres de ne pas la déclencher sous prétexte que les faits en présence ne constituent pas une menace pour l'entreprise. Pourtant, le législateur a préféré un critère général au détriment de critères objectifs reposant sur des faits certains qui présentent l'avantage d'être faciles à mettre en œuvre¹³³⁴. Encore que le contenu de ce critère général est difficile d'appréciation. Et toutes les hypothèses sont envisageables dans cette situation. En effet, dans la logique du code de commerce ou de l'acte uniforme, les techniques de détection et plus principalement les mécanismes d'alerte doivent être appréhendées comme celles annonçant la cessation des paiements. Autrement dit, leur déclenchement suppose un signe précurseur du dépôt de bilan imminent.

724. Cette approche du rôle attribué aux techniques d'alerte n'est pas tout à fait vraie. Elle doit être relativisée car les critères de déclenchement de ces techniques de détection ne

¹³³⁴ F. Perochon, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd. n°49.

permettent pas d'affirmer objectivement qu'au moment du déclenchement de l'alerte l'entreprise n'est pas en état de cessation des paiements. Elle n'est pas déclarée par le débiteur mais rien ne dit que d'un point de vue comptable ou financière qu'elle ne le soit pas déjà. Il est donc possible que sous le couvert de l'expression « les faits de nature à compromettre ou à affecter de manière inquiétante la continuité de l'exploitation » se masque un état de cessation des paiements. Le risque est alors grand pour l'entreprise dans ces conditions, puisque d'une manière générale, il est rare que les procédures d'alerte soient suivies d'effet¹³³⁵. Par conséquent, la situation se dégradera beaucoup plus davantage, au moment où le dirigeant se résoudra à saisir le tribunal pour négocier une protection judiciaire, dans le cadre d'une procédure de sauvegarde par exemple. Une précision du contenu de ces critères s'impose forcément dans ces conditions car de cette clarification dépendra l'attitude de l'agent de détection mais encore plus le sort de l'entreprise.

725. En outre, le risque de déclenchement abusif de l'alerte s'étant souvent posé, autoriser le juge à procéder à un contrôle des critères de déclenchement pourrait limiter ces éventuels abus. Cette surveillance de l'alerte s'est beaucoup posée à propos du droit d'alerte du comité d'entreprise. Au regard de l'attribution des juges du fond quand à la surveillance de l'exercice du droit d'alerte par les salariés¹³³⁶, l'option en faveur d'un contrôle judiciaire paraît bien utile¹³³⁷. Dans cette même perspective, le juge devrait pouvoir sanctionner le débiteur qui se refuserait à se rendre à la convocation du juge.

2- La sanction du dirigeant en cas de refus de déférer à la convocation du juge de la prévention

726. Aucun texte ne prévoit une quelconque sanction pour le débiteur qui ne se rendrait pas à la convocation du président du tribunal sauf à engager sa responsabilité ultérieure en cas d'ouverture d'une procédure collective. Or, cette convocation est indiscutablement utile puisqu'elle permet dans le cadre de l'entretien d'envisager selon les dispositions de l'article L. L. 611-2, al. 1^{er} du code de commerce, « les mesures propres à redresser la situation ». Il serait alors difficile de comprendre l'attitude du dirigeant, qui au regard des informations en

¹³³⁵ Selon Monsieur Th. Bellot, il est mis fin à plus de 70% des procédures d'alerte par le commissaire aux comptes après la phase 1. Selon ce même auteur, une telle situation témoigne d'une certaine forme d'aversion du commissaire aux comptes vis-à-vis de cette procédure, Th. Bellot, table ronde, article précité.

¹³³⁶ Voir notre première partie, n° 82.

¹³³⁷ Madame Halary-Houin qui observe un regard critique sur la question, fait remarquer l'absence de contrôle du juge sur le déclenchement du comité d'entreprise est difficilement concevable, Droit des entreprises en difficulté, 9^e éd. n° 199 ; voir aussi en ce sens, les observations de F. Taquet, Rév. proc. coll. 1995, p. 50.

possession du président du tribunal, refuse de se rendre à l'entretien. Pourtant, il ne s'agit qu'un rendez vous d'échange et d'écoute sur la situation de l'entreprise, au cours duquel, le président du tribunal n'offre que ses bons offices puisqu'il n'a pas vocation à prodiguer des solutions au chef d'entreprise. Dès lors, ne doit-on pas interpréter ce refus comme un signe de difficulté menaçant la continuité de l'exploitation ? On pourrait bien le penser puisque, le président du tribunal motive avant tout la convocation au regard d'une multitude de faits et de renseignements auxquels qu'il se réfère¹³³⁸. Le juge de la prévention pourrait être convaincu davantage de cette situation lorsque ne s'étant pas présenté à la première convocation, le chef d'entreprise, au vu de nouvelles informations, est à nouveau convoqué à un entretien¹³³⁹.

727. Conscient donc de l'absence de sanctions en la matière, le dirigeant pourra rester sourd aux convocations du président du tribunal aussi longtemps que possible, ce qui peut avoir pour conséquence de conduire l'entreprise vers la cessation des paiements. Pourquoi alors, ne pas étendre les dispositions de l'article L.611-2 alinéa 3 du code de commerce à cette hypothèse, et sanctionner le dirigeant qui souvent sans raison valable ou tout simplement dans le but de masquer une cessation des paiements, alors que l'entreprise est au bord de la déconfiture, se refuse de se rendre à l'entretien. Par application du texte du code de commerce cité, sauf si, il démontre par exemple, qu'il a déjà pris les mesures nécessaires pour redresser la situation de l'entreprise, il pourrait être opportun de lui faire injonction sous astreinte de se présenter à la convocation du juge comme cela se fait lorsque le dirigeant ne procède pas au dépôt des comptes.

B- Le repositionnement du commissaire aux comptes au cœur du dispositif de détection

728. Ce repositionnement passe d'abord par la simplification de la procédure d'alerte (1), ensuite l'assurance d'une véritable indépendance (2) et enfin par l'amélioration des sources d'information possible du commissaire aux comptes (3).

1- La nécessaire simplification de la procédure d'alerte du commissaire aux comptes

729. L'alerte du commissaire aux comptes est marquée par une multiplicité de délais de rigueur qui doivent être respectés dans le déroulement de la procédure. Ce qui requiert de la part des commissaires aux comptes, qui sont chargés de la mettre en œuvre, un suivi attentif

¹³³⁸ I. Rohart-Messenger, La prévention- détection par les présidents des tribunaux de commerce, Gaz. Pal. 2 Etude, n° spec. n°8-9, p5

¹³³⁹ C'est l'hypothèse des alertes à répétition dont parle le professeur Perochon, ouvrage cité, 9^e éd. n° 87.

de la procédure. Le respect de ces règles de procédures et de délai, est de nature à rendre la procédure d'alerte complexe et formaliste.

730. Or, d'une manière générale, le déclenchement de l'alerte doit intervenir lorsque la situation de l'entreprise, au regard de certaines données, notamment comptables, est exposé à un risque de défaillance à court, moyen ou long terme. Ce qui invite, en présence de tels faits inquiétants, à une réaction rapide et appropriée afin d'éviter la surprise d'une cessation de paiement. Par exemple, depuis l'entrée en vigueur de la loi 2011-525 du 17 mai 2011 portant simplification et amélioration de la qualité du droit des sociétés, le nombre des phases initialement de trois, peut désormais être de quatre avec la possibilité de reprise de la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes. Malgré ses avantages pratiques l'ajout de cette phase supplémentaire conduit davantage à un alourdissement de la procédure. S'ajoute également la longueur des délais. Dans les sociétés anonymes, les trois premières phases de la procédure nécessitent l'observation d'un délai de plus de deux mois, soit soixante et neuf jours. Pendant cette période et en l'absence de toutes mesures de redressement, l'entreprise sera exposée à un risque de défaillance, encore que rien ne prédit que lorsque le dirigeant aura pris les mesures nécessaires au redressement de l'entreprise, celles-ci puissent produire l'effet escompté. Quel est alors l'intérêt d'avoir institué une procédure si formaliste et lourde alors qu'une solution plus pragmatique aurait été souhaitable. Dans cette optique, le commissaire aux comptes qui, a déclenché une procédure et dans l'attente d'une réponse des instances dirigeantes, constate une dégradation persistante de la situation de l'entreprise, doit-il attendre sans rien faire ? Il serait mieux dans une telle situation, que le commissaire aux comptes passe à l'étape suivante de la procédure, nonobstant la question de délai qui pourrait lui être opposée. Pour tout dire, il ya lieu de revoir les délais contenus dans la procédure depuis la première phase jusqu'à la dernière phase. Une telle solution tient compte du fait que les procédés d'alerte doivent être considérés comme des signes annonciateurs de la cessation des paiements. A ce titre, il faut que la procédure d'alerte soit rapide afin d'éviter un enlèvement dans la continuité de l'exploitation.

731. En outre, un renforcement de la confidentialité de la procédure d'alerte s'impose afin de donner plus de chances de redressement à l'entreprise. Dans le dispositif actuel, la procédure d'alerte n'est confidentielle que dans la première phase de son déroulement. Au

delà, elle perd un tel caractère avec l'information du comité d'entreprise¹³⁴⁰, ce qui paraît surprenant au regard du droit d'alerte reconnu à cet agent de détection¹³⁴¹. Le comité d'entreprise ou les délégués du personnel, n'a donc pas besoin d'être informé à ce niveau de la procédure, et son droit à l'information économique ne devrait pas pouvoir être un obstacle à une telle solution. Par ailleurs, la pratique révèle que le déclenchement de la procédure d'alerte du commissaire aux comptes n'est pas systématique. En effet, dans une première approche et avant tout déclenchement de la première phase de l'alerte, le commissaire aux comptes fera part aux dirigeants de l'entreprise de ses inquiétudes sur des faits pouvant entraîner le déclenchement de l'alerte. Cette phase informelle que la pratique a pu qualifier de phase « zéro »¹³⁴², paraît très importante, en ce qu'elle se situe en dehors de la procédure encadrée. Plus généralement, elle permet au commissaire aux comptes de mettre le chef d'entreprise au fait des difficultés dont il n'a pas toujours totalement conscience et de l'amener à entrer dans une phase de prévention. Cette démarche de l'agent détecteur revêt un double intérêt.

D'abord, contrairement à la procédure d'alerte proprement dite, elle apparaît purement confidentielle puisque ni les présidents des tribunaux du commerce ou de grande instance encore moins le comité d'entreprise ne sont informés de cette initiative. Ensuite, elle permet au commissaire aux comptes de mettre les instances dirigeantes face à leur responsabilité. Ainsi, de leur réaction dépendra le déclenchement ou non de l'alerte. Une réponse satisfaisante du dirigeant étouffera toute volonté de déclenchement de l'alerte par le commissaire aux comptes. Par exemple, la désignation d'un mandataire ad hoc en l'absence même de tout déclenchement de l'alerte pourrait ainsi être une réponse appropriée dont l'agent de détection pourrait se satisfaire¹³⁴³. Si cette phase de pré-alerte est respectée, le commissaire aux comptes devrait après une réponse insatisfaisante du dirigeant, déclencher l'alerte et tenir immédiatement informer le président du tribunal compétent. Une telle mesure renforcerait l'efficacité de l'alerte puisque le président du tribunal pourra user de son droit d'alerte pour convoquer dans un cadre confidentiel le dirigeant.

¹³⁴⁰ Le code du travail semble affirmer le contraire pourtant, v. Art. L.2143-21 du code du travail. L'information des présidents des tribunaux de commerce ne remet pas en cause cette confidentialité, ces deux agents se trouvant au centre du dispositif de la prévention de la cessation des paiements.

¹³⁴¹ Selon l'article L.2323-79 du code de travail, le comité d'entreprise peut se faire assister, une fois par exercice comptable, d'un expert comptable dont la mission s'étend aux faits de nature à confirmer la situation économique préoccupante de l'entreprise. Autrement dit, à travers cette prérogative, le comité d'entreprise, est parfaitement informé de la situation de l'entreprise, nul n'est besoin dans ce contexte de divulguer le déclenchement de l'alerte du commissaire aux comptes au comité d'entreprise.

¹³⁴² La détection précoce des difficultés des entreprises, table ronde préc. p. 54.

¹³⁴³ La détection précoce des difficultés des entreprises, table ronde, préc. p54

2- L'assurance d'une véritable indépendance du commissaire aux comptes

732. La prévention étant le gage d'une bonne évolution économique de l'entreprise, le renforcement de l'attractivité de l'alerte du commissaire aux comptes, principal acteur de cette mission dans l'espace Ohada, permettrait aux entreprises éligibles à cette technique de détection, d'éviter de subir une procédure collective. Ce qui suppose une véritable indépendance du certificateur des chiffres. Or deux facteurs pourraient perturber cette indépendance et compromettre à la longue la mission d'alerte. Il s'agit de l'influence des dirigeants lors de la désignation du commissaire aux comptes et l'absence d'autonomie financière. Ce faisant, pour que cette indépendance soit effective, il faut que la désignation du commissaire aux comptes ne soit pas exclusivement statutaire mais judiciairement contrôlée (A), et que par ailleurs, ce dernier soit doté d'une véritable indépendance financière (B).

a) L'intérêt d'une désignation sous contrôle judiciaire

733. La question de l'indépendance des commissaires aux comptes se pose avec concomitance aux deux ordres juridiques, mais avec une proportion beaucoup plus marquée en droit de l'Ohada, en raison des pesanteurs sociales qui y sont particulièrement importantes¹³⁴⁴. Et pourtant de sa solution peut dépendre l'efficacité de la mesure d'alerte. En effet, face à l'influence prépondérante des dirigeants dans la nomination du commissaire aux comptes, l'hypothèse d'une intervention judiciaire dans la désignation du commissaire aux comptes a été envisagée en doctrine¹³⁴⁵. Des réserves lui ont été cependant opposées¹³⁴⁶. D'une part, une telle solution conduirait en effet à priver l'assemblée des actionnaires d'une prérogative importante et bouleverserait les fondements même du contrôle au sein de la société, qu'il sera difficile de considérer qu'une telle institution serait organisée dans l'intérêt de ces derniers. La mise en œuvre pratique de cette solution paraît improbable en raison du nombre très élevé des commissaires aux comptes d'autre part. Et enfin, le caractère libéral de

¹³⁴⁴ A. S. Algadi, « Commissaires aux comptes et prévention des difficultés des entreprises dans l'espace Ohada, revue Penant 2010, n° 870, p.8. ; voir aussi du même auteur, Perfectible Droit, contribution à la réforme du droit Ohada des procédures collectives, Ed. Universitaires Européennes, p.61.

¹³⁴⁵ A. S. Algadi, art. préc. ; A. S. Algadi, op. cit. p. 8.

¹³⁴⁶ Y. Guyon, « L'indépendance des commissaires aux comptes », JCP. 1977, I, 2831.

la profession risque également de constituer un obstacle¹³⁴⁷, ses clients étant désormais choisis par le tribunal, le commissaire aux comptes deviendrait d'une certaine manière un mandataire de justice.

734. Ces critiques très dissuasives ne sont pas sans intérêt, au contraire, elles permettent de préserver le caractère libéral de la profession du commissaire aux comptes. Mais cela suffisent-elles à occulter la pertinence de la solution judiciaire de nomination d'un commissaire aux comptes ? Il ne faut perdre de vue que la détection des difficultés requiert la confiance de tous les acteurs et plus particulièrement le commissaire aux comptes sur qui pèse principalement cette responsabilité au sein de l'entreprise. Or, lorsque la pratique des entreprises révèle une absence d'indépendance de la part des commissaires aux comptes, il est tout à fait logique que le juge, garant de l'application des textes, soit saisi en vue de la faire respecter en usant de son pouvoir de coercition¹³⁴⁸. Quant à la crainte suscitée au regard de l'atteinte au caractère libéral de la profession, il suffirait que le commissaire aux comptes, une fois nommé, dispose d'une faculté de recours contre la décision de nomination lorsque pour des raisons motivées, il ne souhaite pas exercer dans l'entreprise d'affectation¹³⁴⁹, et dans ce cas, le juge pourra en désigner un autre. Toutefois, cette solution ne sera efficace que si elle s'accompagne d'une autre à savoir, l'indépendance financière du commissaire aux comptes.

b) L'octroi d'une véritable indépendance financière

735. Le commissaire aux comptes en sa qualité de certificateur des comptes, négocie librement sa rémunération avec son client c'est-à-dire l'entreprise, pour le compte de laquelle, il est appelé à exercer une mission d'alerte, celle-ci consistant à informer le dirigeant lorsque dans le cadre de sa mission, il relève des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation¹³⁵⁰. Dans ces conditions, l'indépendance financière du commissaire aux comptes ne peut être garantie puisque le système mis en place conduit le contrôleur à recevoir sa rémunération de celui qu'il est censé contrôler. Il serait tenté par exemple de s'abstenir de déclencher une alerte dans le seul but de garantir sa rémunération, ce qui pose

¹³⁴⁷ A.S. Alghadi, op.cit, p. 64.

¹³⁴⁸ A. S. Alghadi, op. cit, p. 62.

¹³⁴⁹ A. S. Alghadi, op. cit, p. 62.

¹³⁵⁰ Art. L.234-1 C.com.

véritablement un problème de conscience professionnelle¹³⁵¹. Pour pallier cette incohérence, certaines législations étrangères¹³⁵² ont adopté comme solution la règle de la tarification des honoraires. Un tel principe a pour conséquence de conduire à l'établissement d'un barème, à travers lequel, le commissaire aux comptes n'aura pas à discuter du montant de son salaire, mais également à instaurer un traitement différencié, en ce qu'il tendrait à favoriser les commissaires aux comptes moins diligents, qui s'évertuent simplement à des vérifications formelles et à pénaliser les plus diligents, ce qui serait préjudiciable à l'entreprise puisque cette dernière ne pourra pas être alertée rapidement, en cas de survenance de difficultés¹³⁵³.

736. C'est pour cette raison, que le professeur Yves Guyon suggère en lieu et place de la théorie du barème, le calcul des honoraires à la vacation selon un tarif horaire fixé par arrêté ministériel¹³⁵⁴. Il serait ainsi établit la règle de la proportionnalité de la rémunération qui tiendrait compte des diligences des commissaires aux comptes, ce qui aura pour avantage d'éviter les arrangements obscurs intéressés. Ce mécanisme issu de la pratique allemande¹³⁵⁵ offre ainsi au commissaire aux comptes les moyens d'asseoir son indépendance et de jouer efficacement son rôle de détection des difficultés des entreprises. Les législateurs français et ceux de l'espace Ohada pourraient s'en inspirer pour doter les différents systèmes de prévention détection d'une telle mesure dans l'intérêt de l'entreprise. Mais la prévention détection des difficultés ne sera encore davantage efficace que s'il est procédé à un renforcement des effets des techniques existantes.

3- L'amélioration des autres sources d'information extérieures au commissaire aux comptes

737. Le commissaire aux comptes fonde son diagnostic sur une analyse comptable de la situation de l'entreprise. Ce qui veut dire qu'en dehors de cette sphère, ses sources d'information sont réduites. Or l'entreprise qu'il contrôle peut connaître d'autres difficultés

¹³⁵¹ J.-F. Barbièri, « Code de déontologie et indépendance des commissaires aux comptes : Bull. Joly sociétés 2006, n°3, p. 409.

¹³⁵² Voir A.S. Algadi, op.cit. p. 62, l'auteur cite à ce propos la loi Camerounaise n°85-11 créant l'ordre national des experts-comptables du Cameroun (ONECCA) et Loi n°90/38 précisant les conditions d'exercice et l'organisation de la profession d'expert-comptable. V. Annexe I.

¹³⁵³ A.S. Algad op.cit. p.62.

¹³⁵⁴ A.S. Algadi, op.cit. p.62.

¹³⁵⁵ V. E. Snozzi, Le contrôle des entreprises commerciales en Allemagne et en Suisse : Cahiers I.F.E.C., 1978, n° 5, p. 31.

qui peuvent être détectées par d'autres agents extérieurs à l'entreprise. Il en est ainsi des services financiers (1). En outre, le renforcement du rôle de prévention des groupements de prévention agréé peut aussi constituer une solution aux entreprises qui ne sont pas dotées d'un commissaire aux comptes (2), car le commissaire aux comptes peut être partout.

a) La reconnaissance d'un droit d'alerte aux services financiers¹³⁵⁶

738. Dans le dispositif actuel de prévention détection, le déclenchement de l'alerte postule l'existence de faits ou données de nature diverse, au vu desquelles, l'agent de détection investi de ce droit décide de le mettre en mouvement. Il en est ainsi de l'alerte du commissaire aux comptes, du comité d'entreprise, des associés, des présidents des tribunaux et des groupements de prévention agréé. L'ensemble de ces techniques, comme cela a été démontré ont montré leurs limites¹³⁵⁷. Plusieurs raisons sont avancées pour justifier de cette inefficacité, mais au delà du problème de l'absence de pouvoirs coercitifs des titulaires de l'alerte, il ya que l'analyse du contenu des différentes techniques d'alerte montre bien que le sauvetage des entreprises sera davantage compromis si la titularité du droit d'alerte se trouve confiné aussi longtemps que possible entre les mains des seules personnes actuellement désignées par le code de commerce. La nécessité d'une extension du droit d'alerte se pose donc avec force, d'autant plus que les commissaires aux comptes qui sont considérés comme la clé de voute du système d'alerte ont tendance à considérer par moment que la mission d'alerte dont ils sont investis ne rentre pas dans leurs attributions premières et par conséquent, ils n'ont pas à le faire¹³⁵⁸. Ce qui explique sans doute que l'alerte du commissaire aux comptes n'ait pas connu d'un point de vue statistique de meilleurs résultats¹³⁵⁹.

739. Quant au comité d'entreprise, malgré les similitudes des critères de déclenchement avec l'alerte du commissaire aux comptes¹³⁶⁰, il n'usera de son droit d'alerte que pour des raisons essentiellement sociales touchant à l'emploi des salariés sans pour autant que la

¹³⁵⁶ Voir RTD.com. 2007 p. 794, devoir d'alerte du prestataire de services d'investissement en cas d'insuffisance de couverture ; revue des contrats, 01 juillet 2012, n°3, p. 1053, Les devoirs du banquier envers son client et les cautions ; LPA, 11 janv. 2008 n°9, p.4, Liquidations intempestive : consécration de la responsabilité du prestataire sur le fondement des stipulations contractuelles (théorie de la contractualisation des règles de marché).

¹³⁵⁷ V. supra, n°89.

¹³⁵⁸ La détection précoce des difficultés, table ronde préc.

¹³⁵⁹ La détection précoce des difficultés, table ronde préc.

¹³⁶⁰ M.-H. Monsièré-Bon, art. préc.. n°144.

continuité de l'exploitation ne soit compromise comme ce serait le cas de l'alerte du commissaire aux comptes. Le raisonnement pourrait encore être mené à l'égard des alertes judiciaires et des groupements et parvenir au même résultat, celui de la nécessité de reconnaître le droit d'alerte à d'autres entités dont la situation permettrait de renforcer l'efficacité des mesures existantes. Il en va ainsi des services financiers et plus précisément des banques.

En effet, d'une manière générale, les difficultés financières représentent l'une des raisons majeures des défaillances des entreprises¹³⁶¹. Et dans cette situation, l'entreprise en difficulté commence à ne plus honorer ses engagements au près des dispensateurs de crédit. Et en la matière, les banques disposent de nombreuses informations grâce à leurs diverses interventions et par les moyens privilégiés d'information que la réglementation leur offre¹³⁶². Cette position privilégiée pourrait justifier qu'on leur reconnaisse un droit d'alerte. Une telle reconnaissance risquerait toutefois de porter atteinte à un principe fondamental, celui du secret bancaire censé régenter les relations existantes entre le banquier et son client. Mais une telle entorse ne serait pas nouveau, le législateur ayant lui-même montré à certaines occasions et au nom de l'intérêt général, qu'il pouvait déroger à certaines règles considérées jusque là comme immuables¹³⁶³.

D'ailleurs, un tel droit semble déjà exister même de manière indirecte, par l'intermédiaire des groupements de prévention agréé et du commissaire aux comptes puisque, ces deux agents de détection ont constamment recours aux informations détenues par les banques, pour se faire une idée de la situation de l'entreprise. A ce titre, l'article 613-9 du code monétaire et financier, en vue d'assurer la sécurité des marchés financiers, a institué une parfaite collaboration entre la commission bancaire et le commissaire aux comptes, cette collaboration se faisant sous la forme d'un apport d'information des premiers à la seconde. Dans le cadre de ces échanges de renseignements, l'article 613-9 du code monétaire et financier prévoit que les commissaires aux comptes sont déliés du secret professionnel à l'égard de la commission bancaire, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il s'agira pour la commission

¹³⁶¹ La consécration de la procédure de sauvegarde financière accélérée est la preuve que les difficultés financières demeurent une préoccupation majeure qu'il faut déjà détecter en amont.

¹³⁶² Ces informations de sources diverses proviennent de la tenue des comptes, de l'ingénierie, des placements, des participations, des financements et du service central des risques ect..., Droit bancaire, Ch. Gavalda et J. Stoufflet, 8è éd. Lexis-Nexis, 2010, n° 1146, p. 683.

¹³⁶³ Le principe d'irresponsabilité pour soutien abusif, le gel des effets de certaines sûretés en sauvegarde, le maintien du débiteur à la tête de l'entreprise malgré l'ouverture d'une procédure collective aussi volontaire qu'elle soit ect...

bancaire de transmettre des informations au commissaire aux comptes, puisque dans ce cas, les informations données sont couvertes par le secret professionnel¹³⁶⁴.

Pourquoi ne pas dans ces conditions, laisser les professionnels de la banque qui sont parfaitement informés de la situation financière des entreprises de déclencher l'alerte chaque fois qu'ils constatent des signes de fragilité au regard de faits concrets et objectifs ? Par exemple, le médiateur du crédit pourrait être investi d'un tel droit et déclencher l'alerte lorsque des faits attestent de la gravité de la situation de l'entreprise. Ce dernier pourra par exemple en termes de collaboration, recevoir toutes les informations des professionnels financiers notamment les assureurs crédit dont les clignotants en matière de détection sont dotés d'une fiabilité avérée¹³⁶⁵. Les modalités de déclenchement d'une telle alerte doivent être toutefois précisées et ne pas être abusives, il en va de l'intérêt de l'entreprise. Un tel souhait ne serait pas encore envisageable dans l'espace Ohada en raison de la jeunesse de ce droit, une amélioration des techniques d'alerte et une incitation des chefs d'entreprise à la pratique de la prévention comme outil de gestion seraient plutôt encourageant.

b) Le renforcement du rôle des groupements de prévention agréée

740. L'ensemble des mécanismes de détection prévue par le droit français se singularisent par leur absence d'effets véritables¹³⁶⁶. En outre, leurs caractères facultatifs ne plaident pas en leur faveur, les agents de détection titulaires du droit d'alerte étant libres ne pas déclencher l'alerte. En effet, concernant ces autres types d'alerte, le déclenchement de l'alerte n'est pas une obligation mais seulement un droit, ce qui paraît inquiétant en termes de prévention. Pire, l'étroitesse de leur domaine d'application fragilise énormément l'ensemble du dispositif puisque l'application de l'alerte dépendra de la structure et de l'importance de l'entreprise qui doit être dotée d'un commissariat aux comptes, d'un comité d'entreprise ou organisé sous la forme sociétaire¹³⁶⁷. La variabilité du domaine de ces procédures conduit forcément dans ces situations à des résultats différents voire décevants. Ce faisant, pour une même entreprise, le droit d'alerte sera dévolu à plusieurs organes, parfois à un seul, souvent à aucun. Dès lors, les

¹³⁶⁴ D. Robine, La sécurité des marchés financiers face aux procédures collectives, L.G.D.G, 2003, p.97, n°179.

¹³⁶⁵ V supra, n°156.

¹³⁶⁶ V. supra, n° 208 et s.

¹³⁶⁷ C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, 9^e éd. p.97 ; J.-P. Sortais, « Entreprises en difficulté, les mécanismes d'alerte et conciliation », Banque, 2007 ; M.- H. Monsièrè- Bon, « Entreprises en difficulté, détection des difficultés, Rép. Com. Dalloz, mars 2012.

petites entreprises, notamment celles qui sont exploitées sous la forme individuelle¹³⁶⁸, ne pourront bénéficier des effets bénéfiques du dispositif d'alerte interne¹³⁶⁹, or elles représentent la majorité des entreprises soumises aux procédures collectives¹³⁷⁰.

741. Pour toutes ces raisons, un renforcement du domaine et du rôle des groupements de prévention agréée pourrait s'avérer être une perspective de solution. Cette solution, qui malgré les réserves qui ont pu être relevées, se justifie par le droit à l'information auquel ont droit les petites entreprises exclues du domaine des mécanismes d'alerte interne¹³⁷¹. Plus concrètement, il faut faciliter l'adhésion à ces groupements de prévention afin que les entreprises qui sont inéligibles aux autres techniques d'alerte interne, puissent disposer d'un canal d'informations sérieuses. Certes, des mesures incitatives au niveau fiscal, ont été prises en vue de permettre une plus grande attractivité de cette technique d'alerte¹³⁷² mais celles-ci demeurent insuffisantes. Le professeur Saint Alary-Houin faisait remarquer que jusqu' en 2002, on ne dénombrait qu'une douzaine de groupements de prévention agréés et que seulement trois cents diagnostics avaient été réalisés au profit des PME¹³⁷³. L'échec de leur bilan commande donc une réactualisation de leurs prérogatives. Dans cette perspective, un accroissement de leur mission à l'effet de leur reconnaître de vrais pouvoirs d'initiatives, comme cela est le cas des autres mécanismes d'alerte. Ce faisant, qu'il soit autorisé aux groupements de prévention, en cas de détection des difficultés, le droit de convocation de l'adhérent en vue d'échanger sur les mesures envisagées pour redresser la situation. Par ailleurs, afin que le droit d'alerte du groupement ne se résume pas seulement qu'à informer le chef d'entreprise, il serait souhaitable que les informations détenues par le groupement soient transmises aux associés et au comité d'entreprise¹³⁷⁴ ou encore que celles-ci soient exigées par le commissaire aux comptes¹³⁷⁵. Pour tout dire, dans l'intérêt des petites entreprises qui sont

¹³⁶⁸ L'ordonnance n°2010-1512 du 9 décembre 2010 sur l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée englobe cependant cette nouvelle catégorie d'entrepreneurs d'avoir accès au groupement de prévention agréée.

¹³⁶⁹ C. Saint-Alary-Houin, op.cit., p. 97 ; voir pour une application du dispositif de la prévention à l'EIRL, C. Saint-Alary-Houin et J.-L. Mercier, « L'application du droit des entreprises en difficulté à l'EIRL », Gaz. Pal., 19 mai 2011 n°139, p. 33.

¹³⁷⁰ M.-H. Monsièré-Bon, article préc., p. 9.

¹³⁷¹ J.-M. Calendini, la loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable, LPA, 23 mai 1984, n°62, p.16 ; Boukris, « Les groupements de prévention agréés », Gaz, pal. 1984. 2. Doctr. 338 ; Y. Chaput, Le groupement de prévention agréé, LPA n°143, déc. 1985.

¹³⁷² C. Saint-Alary-Houin, op. cit, p.121.

¹³⁷³ C. Saint-Alary-Houin, op. cit, p.121.

¹³⁷⁴ C.Saint-Alary-Houin, op. cit, n°224

¹³⁷⁵ M. Jeantin, « la loi du 1^{er} mars relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises », Dr. Soc. 1984.599, n°41.

le plus concernées, il faut reconnaître un véritable droit d'alerte au groupement de prévention agréé.

742. Enfin, pour une meilleure efficacité, le domaine de l'alerte des groupements de prévention gagnerait aussi à s'étendre davantage à l'ensemble des catégories professionnelles. Il est fort regrettable que dans le dispositif actuel, les professionnels libéraux, désormais soumis aux procédures collectives, soient exclus du bénéfice de ces techniques de détection des difficultés sauf s'ils exercent leur profession au sein d'une société¹³⁷⁶. Or, l'accès de ces professions libérales et à l'ensemble des entrepreneurs individuels pourrait permettre de redresser un nombre important d'entreprises adhérentes à ces groupements de détection des difficultés¹³⁷⁷.

Paragraphe II : L'accroissement du rôle et du nombre des organes de détection de l'espace OHADA

743. Les pouvoirs des organes chargés de mettre en œuvre les techniques d'alerte ne leur permettent pas toujours de prendre à temps toutes les initiatives qui pourraient être utiles pour l'entreprise en difficulté. Le législateur africain gagnerait non seulement, à renforcer les pouvoirs des agents de détection (A), mais aussi à procéder à une multiplication mais mesurée des organes chargés de mettre en œuvre les mécanismes d'alerte (B).

A- Le renforcement des pouvoirs des organes titulaires du droit d'alerte

744. Dans l'espace Ohada, la mise en œuvre des techniques d'alerte incombe à titre principal au commissaire aux comptes et de manière facultative et très limitée aux associés. Leurs pouvoirs d'initiative en la matière restent cependant limités. Il est donc nécessaire d'opérer un renforcement des pouvoirs des commissaires aux comptes (1) et des associés (2).

1- Le renforcement des pouvoirs des commissaires aux comptes

¹³⁷⁶ M.-H. Monsiéré-Bon, art. préc., p. 57.

¹³⁷⁷ M.-H. Monsiéré-Bon, art. préc., n°58.

745. Les pouvoirs du commissaire aux comptes sont beaucoup plus importants en droit français qu'en droit Ohada. Cela ne veut pas pour autant dire que le besoin de renforcement des pouvoirs de cet organe de détection, soit seulement spécifique au droit africain. En effet, comme cela a été déjà relevé, les pouvoirs du commissaire aux comptes de droit français se sont nettement améliorés depuis l'entrée en vigueur de la loi de simplification et de l'amélioration de la qualité du droit. Cette loi nouvelle, permet désormais au commissaire aux comptes de suspendre et de reprendre l'alerte à certaines conditions. Cette possibilité n'existe pas encore en droit Ohada. Ce qui constitue une véritable imperfection de cette technique de dépistage parce que contribuant de la sorte, à rendre inefficace l'alerte, le commissaire aux comptes devant à chaque fois déclencher une nouvelle procédure d'alerte. Tel serait le cas notamment, lorsqu'après avoir déclenché une procédure d'alerte, ayant conduit à des réponses satisfaisantes de la part du dirigeant, le commissaire aux comptes met fin à la procédure et que par la suite, il constate que malgré cela, la continuité de l'entreprise demeure toujours compromise. Cette nouvelle faculté devrait inspirer le législateur Ohada afin de simplifier davantage l'alerte, ce qui accroîtra encore plus les pouvoirs du commissaire aux comptes.

746. En revanche, d'un autre point de vue, le renforcement des pouvoirs des organes de détection devrait pouvoir concerner les deux ordres juridiques, et voir ainsi, les commissaires aux comptes doter d'un pouvoir d'investigation. En effet, de la lecture des dispositions des articles 150 et 153 de l'AUDSCGIE d'une part et d'autre part des articles L.612-3 du code de commerce, il apparaît clairement que le commissaire aux comptes n'est pas assujéti à l'obligation de recherche systématique des faits ayant motivés l'alerte. Ces textes l'invitent tout simplement à se fier aux conséquences tirées des observations faites dans l'exercice normal de ses fonctions. Tout porte donc à croire que, le commissaire aux comptes ne dispose d'aucun pouvoir réel d'investigation, lui permettant de porter un jugement extérieur et donc d'aller au delà des signes révélateurs de l'alerte. Or, il est fort possible que l'entreprise contrôlée présente d'autres signes de difficultés qui ne rentrent pas forcément dans le champ de vision du commissaire aux comptes.

Dans ces conditions, il n'est pas certain que le commissaire aux comptes ait la maîtrise de toutes les difficultés qui pourraient nécessiter normalement une réaction appropriée des dirigeants. Pourtant, rien ne devrait l'empêcher en l'instar du président du tribunal d'accéder à d'autres informations utiles, afin de conforter son analyse comptable de la situation. Une reconnaissance de cette prérogative au commissaire aux comptes conduirait certainement à un bien meilleur résultat.

747. La reconnaissance d'une telle prérogative exige forcément une révision de l'interdiction faite au certificateur des comptes de s'immiscer dans la gestion de l'entreprise. En effet, il est évident que la mise en œuvre de l'alerte par le commissaire aux comptes oblige ces derniers à s'immiscer dans la gestion de l'entreprise. Ceci est d'autant plus vrai, qu'il est reconnu aux commissaires aux comptes la possibilité de faire délibérer le conseil d'administration ou même de convoquer l'assemblée générale des associés. Ces actes même considérés de manière indirecte ne constituent ils pas des actes de gestion ? En tout état de cause, il paraît curieux de savoir que les législateurs africains et français n'aient pas songé, pour une question de cohérence, à rendre plus flexible le principe de non l'immixtion à l'égard des commissaires aux comptes. Ce qui aurait pu diluer cette forme d'aversion qu'ils éprouvent à l'égard de cette procédure d'alerte¹³⁷⁸.

2- Le renforcement des pouvoirs des associés

748. Comme le soulignent les professeurs Brunet et Germain, « le législateur ne se soucie guère du contenu de la réponse »¹³⁷⁹ de la direction, ce qui prouve le peu d'utilité de cette technique d'alerte. Par conséquent, les associés ne disposeraient pas de véritables pouvoirs en la matière. Et cette réalité n'est pas seulement consubstantielle au droit Ohada puisqu' on la retrouve également en droit français. Mais la nécessité de renforcer les pouvoirs des associés en dépit des craintes déjà relevées en doctrine, s'impose plus en droit Ohada qu'en droit français. Le caractère insuffisant des techniques de détection invite en effet, à renforcer et à améliorer celles existantes, en vue de doter les agents de détection de moyens de dépistage performants dans la lutte contre les défaillances d'entreprise.

En effet, en réduisant le droit d'alerte des associés à ses caractères facultatifs et limitatifs, les différents législateurs montrent clairement que la prévention des difficultés de la société dont ils sont les principaux pourvoyeurs, n'est pas de leur ressort. C'est signifier par là qu'ils n'ont pas en s'en préoccuper, ce qui est discutable. Et l'écran du droit des sociétés ne saurait constituer un motif satisfaisant pour limiter leur marge d'initiative en la matière, leur intérêt à la survie de l'entreprise paraît supérieur à d'autres intérêts particuliers car ils sont à la base de la société. Ils devraient donc pouvoir bénéficier d'un contrôle permanent de la gestion de l'unité économique. Il est donc difficilement concevable que le pouvoir d'alerte des associés

¹³⁷⁸Th. Bellot, « La détection précoce des difficultés des entreprises », Table ronde, art. préc.

¹³⁷⁹ A. Brunet et M. Germain, « L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes », *Rév. sociétés* 1985, I, n° 60, p. 40.

soit cantonné à de simples demandes d'explication aux dirigeants deux fois par exercice uniquement. A ce titre, il serait souhaitable de leur reconnaître le droit de déclencher l'alerte toutes les fois qu'ils constatent des faits de nature à constituer une rupture dans la continuité de l'exploitation. Une telle solution, tout en renforçant leur pouvoir d'alerte, leur permettrait de mieux veiller au bon fonctionnement économique et financier de l'entreprise. Cette mesure ne devrait pas pouvoir poser de difficultés d'application si elle est accompagnée d'une grande confidentialité.

En outre, à défaut de multiplier les possibilités d'alerte, on pourrait se contenter de renforcer la solution existante en rendant obligatoire le droit d'alerte des associés. Il s'agira dans une telle hypothèse de contraindre les associés à exercer leur pouvoir d'alerte dès qu'ils relèvent des faits inquiétants. On aboutira de la sorte à sanctionner l'omission dans le déclenchement de l'alerte. Les associés se sentiraient ainsi davantage intéressés au sauvetage de l'entreprise.

749. Enfin, avec un encadrement textuel bien défini, le mécanisme d'alerte dévolu aux commissaires aux comptes pourra être étendu aux associés. D'abord, parce que ces deux agents de détection partagent littéralement le même critère d'ouverture. On ne comprendrait donc pas que ce critère conduise à un traitement différencié dans la mise en œuvre de l'alerte. Ensuite, cela permettrait une meilleure appréhension des difficultés de l'entreprise. Ce faisant, le rôle des associés ne se limitera plus aux seules questions écrites et dont les réponses sont communiquées au commissaire aux comptes. Bien au contraire, la possibilité leur sera ouverte de saisir le conseil d'administration ou l'organe collégial sur les faits incriminés. Ils pourront dans cette logique, être autorisés à convoquer l'assemblée générale lorsque la situation de l'entreprise perdure. Ces mesures qui viennent d'être préconisées sont aussi valables pour le droit français que le droit Ohada mais avec une plus grande exigence en droit africain. Le débiteur français contrairement au débiteur Ohada, dispose en effet, d'une pluralité de technique de détection sur lesquelles il peut convenablement surfer pour obtenir le maximum d'information. La solution pour le législateur africain serait donc de fournir aux chefs d'entreprise, des techniques supplémentaires de détection pour assurer une information diversifiée.

B- La multiplication mesurée des agents de détection en droit Ohada

750. En droit français, il n'existe pas d'alerte externe à l'entreprise, contrairement au droit français. Pourtant en raison de l'importance de leur rôle, il est nécessaire que le droit Ohada s'approprie les organes de dépistage externe à l'entreprise. Cela doit d'abord concerner les institutions du personnel mais de manière nuancée (1) et ensuite, les autorités judiciaires que sont le président du tribunal compétent et le ministère public (2).

1- La nécessaire reconnaissance d'un droit d'alerte aux institutions du personnel

751. Essentielles en matière de détection des difficultés des entreprises, les institutions du personnel sont pourtant absentes du dispositif d'alerte en droit Ohada. En raison des difficultés d'harmonisation du droit du travail, le droit des salariés demeure encore régit par les législations nationales. Il faut donc se référer aux droits nationaux pour savoir si les salariés disposent d'un droit à l'information la sur situation économique de l'entreprise. Autrement dit, en l'absence de la reconnaissance d'un tel droit, les salariés se trouvent exclus de la vie de l'entreprise en difficulté. Leur emploi serait de la sorte constamment menacé et par conséquent, ils demeureront extérieurs à la défaillance de l'unité économique qui les emploie¹³⁸⁰. En ce sens, ils seraient de simples sujets passifs à qui les mesures de sauvetage s'imposent. Pourtant, il est incontestable que les salariés occupent une place de choix dans la vie de l'entreprise, en participant par moment, grâce à des sacrifices et efforts collectifs importants, à son maintien en activité. Ils devraient donc pouvoir jouer un rôle actif et être aussi souvent à l'origine des mesures de prévention.

752. Malheureusement, l'acte uniforme pêche à ce niveau et pour l'heure, il n'existe aucun acte consacré à ce sujet. On peut comprendre toute la difficulté de vouloir harmoniser une telle matière, mais elle s'impose inéluctablement car bien souvent ce sont les salariés qui participent quotidiennement à la vie des entreprises, qui sont les premiers à constater les difficultés de celle-ci. En effet, ils sont souvent à des postes qui leur facilitent l'observation des difficultés. C'est l'exemple des employés au service de la comptabilité et de la caisse. En outre, les difficultés financières pourront être facilement détectées au regard du retard observé dans le paiement des salaires ou des mises en chômage technique, voire des licenciements négociés.

¹³⁸⁰ Corinne-Saint-Alary Houin, Droit des entreprises en difficulté, 9^e éd. n°195.

753. Ce faisant, pour lutter contre les disparitions d'entreprises dans l'espace OHADA, il sera utile de leur reconnaître un droit « de guetteur »¹³⁸¹ comme en droit français. Ainsi dotés d'un droit d'alerte, les salariés pourront interpellier les dirigeants de l'entreprise lorsqu'au regard des informations en leur possession, ils jugent que la continuité de l'exploitation est en péril et que le risque de menace de leur emploi est inquiétant. A ce titre, d'autres procédures d'information ou de consultation, comme c'est le cas en droit français, pourront être reconnues aux salariés. En outre, ils pourront également être autorisés par le président de la juridiction compétente¹³⁸², à se faire assister par un expert pour les éclairer sur les anomalies de gestion afin de mieux fonder leur droit d'alerte. C'est donc finalement de la consécration d'un pouvoir de contrôle au profit du personnel qu'il s'agira. La prévention s'en trouvera ainsi renforcée et l'articulation souhaitée au niveau des techniques de détection le sera davantage. Mais comme il a été déjà révélé, tout ceci ne sera possible que dans l'optique de la création d'un acte uniforme dédié au droit du travail, ce qui risque de constituer une véritable gageure. Tel ne sera pas forcément le cas en ce qui concerne les autorités judiciaires.

2- La reconnaissance d'un pouvoir d'alerte aux autorités judiciaires

754. Les autorités concernées en l'espèce sont le président du tribunal compétent (a) et le ministère public (b).

a) La reconnaissance d'un droit d'alerte au président du tribunal compétent

755. En raison, des lacunes du système de prévention-détection de droit Ohada, le président de la juridiction compétente devrait pouvoir jouer un rôle central dans la prévention des difficultés. A cet effet, comme c'est le cas en droit français, le juge de la prévention doit disposer d'un droit de convocation lorsqu'il constate qu'une entreprise de l'espace Ohada rencontre des difficultés présentant une certaine gravité et menaçant la stabilité de l'économie régionale ou sous régionale.

¹³⁸¹ Corinne-saint-Alary-Houin, op. cit, n°195.

¹³⁸² En droit français, l'article L.631-6 du code de commerce autorise le comité d'entreprise ou à défaut, les délégués du personnel communiquer au président du tribunal de commerce ou au ministère public tout fait révélant la cessation des paiements.

Il pourra être informé de cet état de choses par diverses sources. Il peut s'agir des dirigeants eux même qui portent à sa connaissance des difficultés auxquelles ils sont confrontés. En outre, il peut être informé par le commissaire aux comptes qui constate l'échec de l'alerte et qui donc, pourra lui faire part de ses remarques. Le président du tribunal pourra alors user de son autorité morale et de son pouvoir de persuasion pour amener le dirigeant à prendre les mesures nécessaires. Les greffes des différents tribunaux pourront aussi signaler les injonctions de payer récurrentes, les inscriptions des privilèges et des sûretés. Plus concrètement, le président de la juridiction compétente devra s'inspirer de la pratique française et organiser un réseau d'information au sein de sa juridiction en prenant en compte les réalités locales.

Dans cette optique, tous les acteurs du monde économique concernés par la prévention notamment les banques et établissement de crédit, les commissaires aux comptes, les associés, les créanciers doivent être organisés et sensibilisés autour de cette tâche pour permettre au président de la juridiction de disposer du plus grand nombre d'informations sur les entreprises. Le reste devrait pouvoir se dérouler comme dans les juridictions françaises. Le dirigeant est convoqué dans un cadre confidentiel à un entretien au cours duquel, il devra exposer les mesures pour remédier à la solution. Le juge de la prévention ne doit cependant donner des conseils dans tel ou tel autre sens, il n'en a pas le droit. Les grands principes de cet entretien tels que prévus en droit français doivent pouvoir guider les débats. Par ailleurs, la non présentation du dirigeant à la convocation du président de la juridiction compétente devra être sanctionnée sauf si celui-ci motive la raison de son absence¹³⁸³.

756. Toutefois, la reconnaissance d'un tel droit d'alerte requiert certaines compétences particulières. D'abord, il n'est pas certain que les magistrats africains soient parfaitement formés à cette pratique comme c'est le cas en France. Ensuite, le juge de la prévention doit avoir une certaine maîtrise du droit Ohada des affaires afin de pouvoir orienter les débats lors des entretiens. Il doit également dégager une certaine indépendance d'esprit et inspirer confiance, car en fin de compte, il sera difficile pour un chef d'entreprise de déférer à la convocation d'un juge si ce dernier ne lui inspire pas confiance.

En somme, le juge Ohada de la prévention doit être irréprochable en termes de probité, il doit être un partenaire de l'entreprise en difficulté et non être perçu comme un juge véreux. En cela, l'école de formation de Porto novo devrait, malgré les difficultés liées au manque

¹³⁸³ Sur ce point précis, v. nos développements, supra, , n°s 575 et s..

d'infrastructures, pouvoir dans le cadre d'un partenariat solliciter l'expertise des juges français de la prévention des difficultés des entreprises.

b) La reconnaissance d'un droit d'alerte au ministère public

757. Le ministère public a été exclu du dispositif de détection de droit Ohada. Pourtant, il aurait constitué une alternative voire un renfort de taille. En effet, en limitant les procédés de contrôle de l'entreprise au plan interne, le législateur Ohada a réduit le champ d'information des débiteurs en difficulté. Comparaison n'étant raison, même si son exclusion a pu être justifié en droit français, il est souhaitable en revanche qu'il lui soit reconnu au ministère public le pouvoir de détection en droit Ohada. D'abord, parce que l'économie dans la zone Ohada, est une économie encore fragile qui a besoin de plusieurs signaux ou clignotants de détection pour endiguer les difficultés pouvant résulter des entreprises. Ensuite, le ministère public est le garant de l'ordre public économique, à ce titre, il est normal qu'il lui soit conférer un pouvoir de détection. Par ailleurs, ceci ne sera qu'une pure logique dans la mesure où la sauvegarde des entreprises a toujours intéressé le ministère public. En droit français par exemple, il est informé par le comité d'entreprise en cas de faits constitutifs des paiements¹³⁸⁴, il est présent dans la procédure de conciliation¹³⁸⁵. C'est la preuve que le ministère public veille toujours au grain. Il pourrait donc valablement jouer son rôle de détection en droit Ohada en l'absence d'un régime de contrôle externe de l'entreprise.

¹³⁸⁴ Art. L.631-6 C. com.

¹³⁸⁵ E. Houlette, « Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde », JCP E 2005, n°1514 p. 1772.

TITRE II: LA CONSOLIDATION DU SYSTEME DE PREVENTION TRAITEMENT

758. En droit français, la prévention de la cessation des paiements n'obéit plus depuis la loi du 26 juillet 2005, à une logique exclusivement contractuelle. Désormais, le législateur accorde une place prépondérante à l'autonomie de la volonté dans la gestion de l'entreprise¹³⁸⁶ même s'il garde tout de même une marge de manœuvre suffisante qui lui permet d'avoir un contrôle sur les différents accords qui pourront éventuellement être conclus. Dans cette perspective, et afin d'encourager et d'inciter le débiteur à anticiper la cessation des paiements, il a entrepris de la dédramatiser afin qu'elle ne constitue plus un obstacle à la saisine du tribunal. Ainsi, alors que dans le droit antérieur rien ne présageait d'une quelconque compatibilité entre cessation des paiements et procédure amiable, la loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises offre désormais la possibilité au chef d'entreprise de demander une mesure préventive alors qu'il est en état de cessation de cessation des paiements¹³⁸⁷. Cette démarche qui s'inscrit plus que jamais dans une logique économique dont le pragmatisme la conduit à bouleverser l'équilibre instauré par les textes antérieurs et à brouiller les critères de ventilation des différentes procédures de redressement¹³⁸⁸. Ce n'est pourtant pas la solution préconisée en droit Ohada. Dans cet ordre législatif, et contrairement au droit français, la délimitation entre la cessation des paiements et les procédures amiables¹³⁸⁹ est toujours maintenue. Ce faisant, le législateur Ohada en optant pour une solution de continuité¹³⁹⁰, se refuse d'accorder le bénéfice d'une solution préventive et amiable à un débiteur qui ne respecte pas ses obligations. Il en résulte donc au niveau des

¹³⁸⁶ M. Rolain, « Entre contractualisation et sujétions » art. préc.

¹³⁸⁷ Cette possibilité est exclusivement réservée à la procédure de conciliation prévue par l'article L.611-4 du code de commerce. Selon le texte de loi cité, le débiteur qui se trouve en état de cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours, peut accéder à la conciliation.

¹³⁸⁸ M.-C. Mariani-Riela, Cessation des paiements et ouverture de la conciliation : Ambivalence ou Ambiguïté ? Droit prospectif in *Revue de la recherche juridique*, PUAM 2007.

¹³⁸⁹ L'allusion est ici faite à la procédure collective de règlement préventif tel que le précise l'article 2 alinéa 1 de l'acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif. Cette procédure autoritaire et fortement judiciaire n'accorde pas de place véritable à la négociation entre le débiteur et les créanciers contrairement à ce qui se passe dans la procédure de conciliation de droit français. Il n'existe donc pas à proprement parler de procédure amiable de traitement des difficultés en droit Ohada

¹³⁹⁰ C. Saint-Alary Houin, Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière ?, *Droit et Patrimoine*, janvier 2005, p. 24 et p. 29 ; V. également, B. Soenne, La réforme des procédures collectives : la confusion des objectifs et des procédures, premier aspect : la prévention, *Rev. proc. coll.*, mars 2004, p. 1 et p. 2, n°4 ; J.-F. Barbiéri, Le choix des techniques de traitement des difficultés des entreprises, *Réflexion liminaires*, *Rev. Proc. Coll.*, décembre 2005, p. 346 et p. 349, n° 15.

deux législations, une divergence d'approche sur le rôle de la cessation des paiements relativement à la prévention des difficultés des entreprises.

759. Si cette intrusion de la cessation des paiements dans le périmètre de la prévention peut provoquer des confusions et produire des effets contraires à ceux escomptés par le législateur français, en revanche, son absence dans le domaine de la prévention peut conduire en droit Ohada à des résultats inefficaces à l'image de l'ancien règlement amiable¹³⁹¹ de droit français. Et pourtant entre flexibilité et rigidité de la fonction de la cessation des paiements, ces divergences d'approche des deux législateurs sont motivées par le même objectif qui est celui d'assurer la sauvegarde de l'entreprise. Or un tel résultat ne peut être atteint si une réponse appropriée n'est pas apportée à l'ambiguïté suscitée par la cessation des paiements au niveau du système de prévention de droit français et au manque d'ambivalence constatée au niveau de la fonction de la cessation des paiements en droit Ohada. Cela suppose d'abord au regard de la différence d'approche ainsi décrite, une clarification et une amélioration du rôle de la cessation des paiements dans les deux ordres juridiques (Chapitre I). Ensuite, une fois cela réglée, la seconde solution consisterait à renforcer l'anticipation judiciaire de la prévention (Chapitre II).

¹³⁹¹ Les critiques faites sous l'empire du règlement amiable laissaient apparaître que dans la majorité des cas, lorsqu'il était ouvert, l'entreprise était déjà en cessation des paiements. Dans les conditions actuelles d'ouverture du règlement préventif, il paraît difficile d'affirmer qu'au moment de la saisine du tribunal compétent que le débiteur ne soit pas déjà en état de cessation des paiements. Sur les conditions d'ouverture du règlement préventif, voir les articles 2 et 7 de l'acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif.

Chapitre I: La clarification et l'amélioration du rôle préventif de la cessation des paiements

760. Les législateurs français et africains ne partagent pas la même approche sur le rôle que doit jouer la cessation des paiements en matière de prévention des difficultés des entreprises. Alors que l'un a adopté une démarche flexible relativement à cette notion, l'autre est resté collé à une solution rigide de la fonction cessation des paiements. Autrement dit, le droit Ohada a reconduit la solution de droit français pourtant abandonnée depuis la loi du 26 juillet relative à la sauvegarde des entreprises. Ce qui signifie que contrairement au droit français, en droit Ohada, en présence d'un débiteur en état de cessation de paiement, aucune technique préventive ne peut être envisagée. D'ailleurs, la seule mesure préventive prévue par le droit Ohada n'admet pas la postériorité de la cessation des paiements au moment de l'introduction de la requête de règlement préventif, ce qui n'est pas le cas en droit français puisque dans cet ordre juridique, le débiteur même en état de cessation des paiements depuis moins de quarante cinq jours est éligible à la prévention. Toutefois et de manière paradoxale, les deux ordres juridiques ont conservé la même définition de la notion telle que la prévoyait l'ancien code de commerce de droit français¹³⁹² avec cependant une adaptation législative notable en droit français depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008¹³⁹³. En outre, faute d'un consensus autour d'une définition rénovée de la cessation des paiements, l'ambivalence recherchée par le législateur français pour renforcer l'efficacité des mesures prises aura du mal à s'imposer¹³⁹⁴. Il en résulte une véritable ambiguïté consécutive à un réel décalage entre la réalité de la prévention et ses modalités de déclenchement, ce qui risque ainsi de créer une confusion entre les différentes procédures préventives notamment entre la conciliation et la sauvegarde. Quant au droit Ohada, la solution ainsi adoptée semble surannée puisque le droit français dont il s'inspire l'a abandonné en raison du fort taux de défaillance des entreprises. D'où l'importance de la clarification et l'amélioration du rôle de la cessation des paiements dans les deux ordres juridiques (Section I). En outre, au regard de l'incertitude qui l'entoure ne serait il pas mieux indiqué à défaut d'instituer un nouveau critère au niveau des procédures de

¹³⁹² Selon l'ancien article L.621-1 du code de commerce français, la cessation des paiements est caractérisée dès lors que le débiteur est dans l'impossibilité de faire au passif exigible avec son actif disponible.

¹³⁹³ D'après l'article 75 de cette ordonnance désormais inscrit dans l'actuel article L.631-1 du code de commerce, « le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en état de cessation des paiements ».

¹³⁹⁴ M.-C. Mariani-Riela, article préc., p.1275.

prévention d'envisager une nouvelle définition de la cessation des paiements afin de l'adapter à sa fonction anticipative (Section II)

Section I: Le caractère incertain de la fonction de la cessation des paiements

761. L'incertitude attachée à la notion de cessation des paiements s'explique différemment dans les deux ordres juridiques. En droit français, on peut se demander si le rôle d'anticipation auquel le législateur français l'assigne n'est pas plutôt de nature à susciter plus de difficultés qu'à produire des avantages pour le débiteur en difficulté surtout que la mise en œuvre des différentes procédures dépend de la volonté des seuls débiteurs. Quant au droit africain, le maintien de la fonction classique de délimitation de la cessation des paiements au niveau des procédures collectives n'est pas de nature à attirer les créanciers vers une solution négociée de redressement encore moins leur demander de contribuer à la sauvegarde de l'entreprise. Dans les conditions actuelles en effet, bien que destinée à éviter la cessation des paiements, le règlement préventif ne peut empêcher sa survenance puisque d'une manière générale, celle-ci est déjà avérée au moment où le débiteur se décide à saisir le tribunal compétent. Ce faisant, selon le mode d'emploi qui lui est donnée, la cessation des paiements fait encore peur, son rôle de sanction n'a pas disparu et c'est pourquoi il continuera de générer des conflits (Paragraphe I) et c'est encore fort de cela qu'il paraît inadapté à la prévention (Paragraphe II).

Paragraphe I: Un critère générateur de conflits

762. La cessation des paiements est certes différemment appréciée en droit français et en droit Ohada, mais les deux législateurs s'accordent toutefois sur son rôle de sanction. Ce rôle de punition est cependant incompatible avec les solutions négociées de règlement des difficultés des entreprises. Il ne faut donc pas s'étonner qu'elle suscite la méfiance du débiteur (A) et la défiance des créanciers (B).

A- Un critère suscitant la méfiance du débiteur en sauvegarde

763. En droit français, la cessation des paiements au delà de son rôle d'incitation à l'anticipation de sa survenance, ne s'est pas déconnectée de sa fonction classique de

sanction¹³⁹⁵. Ce second rôle n'est pas sans conséquence sur la procédure judiciaire de prévention qu'est la sauvegarde. Le caractère volontaire de cette procédure amène en effet à s'interroger si l'existence de cette fonction de sanction de la cessation des paiements ne va pas susciter la réticence du débiteur dans sa demande de protection judiciaire. Il faut rappeler que la procédure de sauvegarde est une véritable procédure judiciaire au même titre que le redressement judiciaire dont elle a hérité presque le régime juridique au point que certains auteurs ont pu parler d'un redressement judiciaire anticipé ou inversement d'être le clone de la première¹³⁹⁶. De ce point de vue, ce ne serait pas se jeter dans « la gueule du loup »¹³⁹⁷ pour le débiteur que de demander le bénéfice de la sauvegarde ? Autrement dit, le critère d'ouverture de la sauvegarde qui consiste à nier l'existence et à retarder finalement la survenance de la cessation des paiements¹³⁹⁸ n'est il pas simplement fallacieux et contraignant ? On serait tenter de répondre par l'affirmative et cela pour plusieurs raisons précises.

764. D'abord, l'ouverture d'une sauvegarde peut être toujours suivie de mauvaises surprises. Au nombre de celles-ci, figurent les hypothèses de conversion de la sauvegarde prévues par deux textes de loi du code de commerce. La première est celle dans laquelle, il apparaît qu'après l'ouverture de la sauvegarde, le débiteur était déjà en état de cessation des paiements lors du prononcé du jugement¹³⁹⁹. La deuxième est relative à la survenance de la cessation des paiements au cours de la période d'observation¹⁴⁰⁰. Il existe aussi une troisième possibilité de conversion de la sauvegarde lorsque la cessation des paiements survient lors de l'exécution d'un plan de sauvegarde. En ce cas, le tribunal peut être saisi par un créancier, le commissaire à l'exécution du plan ou le ministère public¹⁴⁰¹ en vue de procéder à la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire ou si le redressement est manifestement impossible, la liquidation judiciaire.

¹³⁹⁵ G. Teboul, l'entreprise éligible La cessation des paiements, point de convergence des intérêts contraires ? Gaz. Pal. , 26 juin 2008 n° 178, p. 19.

¹³⁹⁶ B. Soinne, Brèves réflexions sur la nouvelle loi et son application au 1^{er} janvier 2006, Rev. Proc. Coll. 2005, n°3.

¹³⁹⁷ G. Teboul, article préc.

¹³⁹⁸ B. Grelon, « Prévention et cessation des paiements », Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot, Litec, 2011, p.397

¹³⁹⁹ Art. L. 621-12 c.com

¹⁴⁰⁰ Art. L. 622-10 c. com.

¹⁴⁰¹ Art. L. 626-27 c. com. ; ces cas de saisine d'office sont les seuls maintenus et reconnus au tribunal par la nouvelle ordonnance du 12 mars 2014. Voir également pour une autre hypothèse de conversion qui peut être initiée par le débiteur lui-même, ou par d'autres organes désignés par la procédure, Art. L. 622- 10 alinéa 3 c. com.

765. Ensuite, la méfiance du débiteur peut l'être encore davantage relativement à la radicalité de la cessation des paiements. En effet, la prévention repose sur la confiance placée en la personne du débiteur. Plus concrètement, il doit avoir en termes d'attractivité un intérêt à adhérer aux procédures proposées par le législateur. En cela, le critère d'ouverture qui conditionne l'accès à ces procédures doit tenir compte de l'état psychologique du chef d'entreprise¹⁴⁰². Or justement, le critère de la cessation des paiements est effrayant, il a un effet dissuasif, de repoussoir¹⁴⁰³. Il écarte de ce fait l'idée d'une démarche volontaire, confiante. C'est pourquoi selon l'auteur cité¹⁴⁰⁴, tous les éléments susceptibles de durcir cette méfiance doivent être écartés de la sauvegarde en principe¹⁴⁰⁵. La crainte qui en résulte ne fait que retarder la recherche d'une solution.

De ce point de vue, le critère de la cessation de paiement risque de produire un effet négatif sur l'attractivité de la sauvegarde. Qu'on ne s'étonne pas alors que cette sauvegarde pourtant figure emblème de la réforme de 2005 soit si peu répandue et qu'elle ne représente qu'1 % des procédures collectives¹⁴⁰⁶. C'est certainement pour donner un second souffle afin qu'elle ne constitue pas une réforme de trop que, le législateur a très rapidement essayé de rectifier le tir en instituant successivement d'abord, la sauvegarde financière accélérée en 2008 et ensuite plus récemment la sauvegarde accélérée en 2014. Encore que dans ces derniers cas, le brouillage de pistes orchestrées par la cessation des paiements ne permet pas également d'en faire une utilisation heureuse en prévention.

766. Pour tout dire, la cessation des paiements dans son contenu actuel ne permet pas de tirer profit de la prévention. En effet, reposant sur une démarche purement volontaire, il peut arriver que le débiteur ait mal apprécié sa situation au moment où incapable seul de régler ses difficultés, il décide de s'en remettre au tribunal. Or, il se peut que son analyse de la situation ne soit celle que retiendra forcément le tribunal, ce dernier pouvant fixer une date différente

¹⁴⁰² P. – M. Le Corre, Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises, D. 2005, Doctrine, Entreprises en difficulté, supplément n°33.

¹⁴⁰³ G. Teboul, art. préc.

¹⁴⁰⁴ G. Teboul, art. préc.

¹⁴⁰⁵ L'un des attraits de la sauvegarde est la possibilité offerte au débiteur de demeurer à la tête de son entreprise, il n'est pas dessaisi de ses fonctions de chef. Mais cette liberté accordée n'est que partielle puisque le débiteur fait l'objet d'une assistance ou d'une surveillance de la part de l'administrateur judiciaire (Voir en ce sens, C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficultés, 9^e éd., p. 298, n° 509). Véhiculant en générale une image trop contraignante, il est à craindre que cette situation ne dissuade également le débiteur à recourir à la prévention. Sur ce point voir, G. Teboul, article préc., l'auteur se dit favorable à un changement de titre de l'administrateur judiciaire en sauvegarde, ce qui pourrait rassurer plus les débiteurs.

¹⁴⁰⁶ G. Teboul, article précité.

de celle qu'a annoncée le dirigeant. Ce risque de requalification pouvant donc conduire à une dépossession de son entreprise peut être vu comme une infamie d'où les réticences que peuvent éprouver par les débiteurs à solliciter la sauvegarde. Finalement, la déclinaison de la fonction de cessation de paiements ainsi instituée n'aura juste servi qu'à opérer un changement de mot. Par conséquent, en la matière, la qualification de la sauvegarde en une forme de redressement judiciaire avant cessation des paiements¹⁴⁰⁷ aurait été plus logique comme le fait le droit africain¹⁴⁰⁸. Cette subtilité du législateur n'aura pas malheureusement produit l'effet escompté sur le débiteur et il faut le regretter. En la matière, le droit français ne sera pas le seul au banc des accusés à avoir instauré des procédures collectives avant cessations des paiements¹⁴⁰⁹ aux effets souvent inattendus. Si ce ne sont pas les débiteurs qui sont méfiants comme c'est le cas en droit français, ce sera forcément les créanciers de droit Ohada qui montreront leur hostilité à l'égard du règlement préventif.

B- Un critère provoquant la défiance des créanciers dans le règlement préventif

767. Avant la nouvelle réforme de l'acte uniforme, le critère de la cessation des paiements pouvait susciter la défiance des créanciers du débiteur. En effet, même antérieure à la cessation des paiements, le règlement préventif est une procédure collective destinée à éviter la survenance de cet état. Il en résulte que la nature de cette procédure peut susciter la méfiance des partenaires du débiteur et son ouverture avant cessation des paiements ne pourra pas changer grand-chose. En effet, l'antériorité de la cessation des paiements dans le règlement préventif n'est que de pure forme. Au vrai, l'analyse des conditions d'ouverture de cette procédure induit à observer que la cessation des paiements existait bien souvent déjà au moment où le débiteur entreprend de saisir le président de la juridiction compétente¹⁴¹⁰. L'affaire jugée par le tribunal régional hors classe de Dakar est en une illustration. Il résulte de cette affaire que, la Société Nouvelle Conserveries du Sénégal en abrégé SNCDS, bien que « virtuellement en état de cessation des paiements » a sollicitée et obtenue du président de la juridiction citée le bénéfice d'une procédure de règlement préventif. Les difficultés

¹⁴⁰⁷ B. Grelon, art. préc. L'auteur rapporte que le premier avant projet de loi ambitionnait d'instituer une procédure de redressement judiciaire unique susceptible d'être ouverte avant ou après la cessation des paiements. Cette formule n'a pas été retenue par peur de constituer un obstacle à la sollicitation du redressement judiciaire avant cessation des paiements.

¹⁴⁰⁸ Ph. Tiger, « Les procédures collectives avant cessation des paiements en droit Ohada », LPA 2000, n°11

¹⁴⁰⁹ Ph. Tiger, art.préc..

¹⁴¹⁰ V. sur ce point, le jugement rendu par le tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n°1466 du 30 juillet 2001, in OHADATA J-04-339, sur le site www.ohada.com/jurisprudence.

économiques et financières pourtant avancées par l'entreprise n'ont été alors qu'un prétexte pour masquer un état de cessation des paiements existant. Il est vrai que dans cette affaire, l'ensemble des créanciers présents ne se sont pas opposés à l'homologation du concordat préventif devant permettre le redressement de l'entreprise, mais il est permis de se demander si ces derniers avaient vraiment le choix de dire non sauf à se voir imposer des délais de paiement et à être fortement concurrencés par les créanciers qui auront adhéré au plan concordataire ? Pour tout dire, les créanciers du débiteur sont mis devant le fait accompli et ils ne peuvent que, pour espérer être payés ultérieurement, de jouer la carte du compromis forcé. Ce faisant, même le règlement préventif pouvait donc apparaître comme un repoussoir pour les créanciers et son ouverture est interprétée comme l'annonce d'une spoliation. Comme le souligne un auteur¹⁴¹¹, l'ouverture d'une procédure collective leur est en général défavorable car le recouvrement de leur créance est incertain et parfois aléatoire.

768. La référence qui était faite au critère de la situation irrémédiablement compromise n'était pas sans conséquence.. Cette notion a pendant longtemps servi de référence pour caractériser la cessation des paiements¹⁴¹². Plus concrètement, avant l'arrêt de principe du 14 février 1978 rendu par la chambre commerciale de la cour de cassation¹⁴¹³, la jurisprudence et la doctrine considéraient que la cessation des paiements pouvait être caractérisée lorsqu'il était constaté d'une part un arrêt matériel des paiements, c'est-à-dire le non respect des échéances et d'autre part l'existence d'une situation irrémédiablement compromise¹⁴¹⁴. La situation irrémédiablement compromise s'analysait alors comme étant le corollaire de la situation dans laquelle le débiteur ne pouvait plus honorer ses paiements de telle sorte qu'il n'existait plus d'espoir, ni d'issue possible quant au redressement de l'entreprise. L'ouverture d'une procédure collective de liquidation judiciaire s'imposait inéluctablement puisque le débiteur étant dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, il perdait du coup la confiance des dispensateurs de crédit, et dans ces conditions, les tribunaux s'en référaient pour prononcer la défaillance de l'entreprise.

769. C'est donc pour éviter cet effet pervers de la cessation des paiements à l'égard de créanciers que le législateur Ohada n'a pas fait de ces derniers des acteurs actifs dans la recherche de solution au redressement de l'entreprise. Toutefois la nouvelle réforme a opéré

¹⁴¹¹ G. Teboul, art. préc.

¹⁴¹² D. Faury, « La notion de cessation des paiements et la loi de sauvegarde des entreprises », Gaz. Pal. 23 janv.2003 n° 23, p. 8.

¹⁴¹³ Cass. Com. 14 févr. 1978, D. 1978, I. R. 443, obs. A. Honorat.

¹⁴¹⁴ D. Faury, art. préc.

un changement avec l'adoption d'un nouveau critère d'ouverture du règlement préventif. Ainsi, le législateur a abandonné le critère de la situation irrémédiablement compromise au profit de celui de difficultés sérieuses. Ce critère est le même qu'on retrouve dans la procédure de sauvegarde de droit français. Par conséquent, les mêmes critiques formulées en droit français à propos de la procédure de sauvegarde sont désormais transposables en droit OHADA. Le critère de cessation au lieu de provoquer la défiance des créanciers en droit OHADA provoquera leur méfiance. La défiance n'aura pas autant disparue. Au contraire, il est possible qu'elle se conjugue désormais dans les deux procédures d'anticipation que sont la sauvegarde et le règlement préventif. Malgré la parenté au niveau des critères d'ouverture de ces deux procédures, une divergence fondamentale existe entre les deux ordres juridiques. Au contraire du droit français qui privilégie la négociation entre le débiteur et les créanciers, le législateur Ohada a opté pour l'autoritarisme judiciaire. Il était donc à craindre que dans ces conditions, qu'il existe de véritables chances de sauvetage de l'entreprise. Il y a lieu de s'interroger s'il était vraiment opportun de modifier le rôle traditionnel de la cessation des paiements ? qui est de servir de ligne de démarcation entre les procédures amiables et les procédures collectives ? Que reste-t-il de la cessation des paiements¹⁴¹⁵ ? La défiance et la méfiance éprouvées par les créanciers à son égard n'est elle pas la preuve de son inadaptation à la prévention ?

Paragraphe II: Un critère inadapté aux techniques de prévention

770. Il existe une certaine inadéquation entre la prévention et la cessation des paiements. Cela est dû au fait que la prévention repose avant tout sur l'état psychologique du débiteur. Son introduction dans le périmètre des procédures dites préventives au delà de ses aspects positifs, produit donc nécessairement un effet perturbateur récurrent et le spectre de son apparition n'est jamais à exclure (A). En outre, il n'est jamais facile de prouver la cessation des paiements à ce stade de la procédure (B).

A- Le spectre permanent dans les procédures de prévention

¹⁴¹⁵ J. Vallansan, « Que reste-t-il de la cessation des paiements ? », in Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ?, Colloque CERDCACE Univ. Paris Ouest – Nanterre – La Défense, Rev. proc. coll. mai/juin 2012, Dossier n°12, art. 13, n°11.

771. Il faut, pour une question de cohérence du droit des entreprises en difficulté, déconnecter la cessation des paiements des procédures amiables (1) et le renvoyer à son rôle traditionnel de sanction (2).

1- La déconnexion de la cessation des paiements
du périmètre des procédures amiables

772. C'est en droit français que l'on a assisté depuis la loi de sauvegarde des entreprises de 2005 au rapprochement entre les procédures amiables et la cessation des paiements alors que dans le droit antérieur, ces notions étaient pratiquement incompatibles. Il s'en est suivi une profonde mutation du paysage des procédures collectives. Dorénavant, celles-ci ne sont plus organisées en fonction des difficultés rencontrées par le débiteur mais en fonction de leur finalité. Ce faisant, l'arsenal juridique mis en place pour atteindre cet objectif allait conduire à des constats parfois paradoxaux. En effet, alors que la définition de la cessation des paiements reste toujours intangible et stable¹⁴¹⁶, le législateur donne la possibilité aux entreprises déjà en état de cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours, c'est-à-dire celles qui se trouvent dans l'incapacité d'honorer leurs engagements contractuels, de bénéficier d'une procédure de conciliation. Certes la solution préconisée est pleine d'audace mais elle conduit à accentuer la crainte de voir la dégradation financière de l'entreprise subsister et s'amplifier¹⁴¹⁷.

Ainsi, en instituant un état de cessation de paiement de moins de quarante-cinq jours, le législateur donne l'impression d'avoir résolu le problème de l'effet repoussoir de ce critère alors qu'au contraire, il complique davantage la situation. En effet, outre la difficulté de discerner au jour le jour l'état ou non de cessation des paiements, il est fort à craindre que le délai de 45 jours ne constitue un prétexte volontaire ou involontaire pour retarder l'ouverture d'une procédure collective pourtant inévitable. En outre, cette solution nouvelle risque d'introduire une confusion dans l'esprit du débiteur en présence d'une difficulté seulement prévisible, même si le caractère prévisible des difficultés et l'apparition de la cessation des paiements ne font pas obstacle à l'entreprise de bénéficier de la conciliation. Ce faisant, il faut exclure la cessation des paiements du domaine de la conciliation et du mandat ad hoc¹⁴¹⁸. En

¹⁴¹⁶ Selon l'expression de Monsieur D. Tricot, *Gaz. Pal.*, 30 avril 2005, p. 13.

¹⁴¹⁷ M.- C. Mariani-Riela, *art. préc.*, p. 1279, n°10.

¹⁴¹⁸ G. Teboul, *article précité*.

effet, toute la philosophie du législateur français en la matière repose sur la confiance. Or, celle-ci ne peut être acquise que si les instruments juridiques institués sont dénués de toute ambiguïté. Ce qui n'est forcément le cas avec la technique de conciliation. Par exemple dans la procédure de sauvegarde, il entend éviter la cessation des paiements, en revanche dans la conciliation, il garde espoir qu'elle ne sera pas un obstacle au redressement de l'entreprise. Comment alors permettre d'un côté qu'une procédure amiable puisse empiéter sur la cessation des paiements et de l'autre qu'une procédure collective puisse esquiver la cessation des paiements ? C'est en quelque sorte inverser les rôles et engendrer une véritable confusion de procédures¹⁴¹⁹, ce qui ne serait pas sans conséquences pour l'entreprise en difficulté. Dès lors, la référence au critère de la cessation des paiements n'est elle pas une trahison de la confiance censée régir les rapports entre le débiteur et le juge¹⁴²⁰ ? Quoi qu'il en soit, la conciliation ne saurait empiéter sur le terrain privilégié des procédures collectives.

773. Ce faisant, lui attribuer simultanément un rôle préventif et curatif paraît un pari ambitieux et osé. Il s'agit là de deux fonctions qui doivent être nécessairement distinguées en l'absence de toute modification de la définition actuelle de la cessation¹⁴²¹. En cela, les modifications souhaitées par le législateur exposent la conciliation aux effets pervers de la cessation des paiements et conduisent à faire de cette technique un procédé de prévention à tout le moins approximatif¹⁴²². Il est donc tout à fait légitime de penser que « la procédure de conciliation n'est pas faite pour une entreprise en état de cessation des paiements »¹⁴²³.

2- Le maintien du rôle de sanction de la cessation des paiements

774. La définition de la cessation des paiements n'a pas changée¹⁴²⁴. Pourtant et de manière paradoxale, il est possible d'observer une déclinaison de sa fonction selon les procédures concernées. Plus concrètement, il n'existe désormais aucune logique la concernant. Le fait que la cessation des paiements intervienne postérieurement à l'ouverture d'une procédure ne détermine plus forcément la nature judiciaire de cette celle-ci. Alors que par le passé, la cessation de paiement jouait un rôle de sanction automatique et permettait de voir ainsi en la

¹⁴¹⁹ B. Soinne, La réforme des procédures collectives : la confusion des objectifs et des procédures, Premier aspect : la prévention, Rév. Proc. Coll., mars 2004, p. 1, spéc. p. 2, n° 4.

¹⁴²⁰ M.- C. Mariani-Riela, art. préc., p. 1281.

¹⁴²¹ M.- C. Mariani-Riela, art. préc., p. 1281, n°15.

¹⁴²² M.- C. Mariani-Riela, art. préc. p. 1281, n°15

¹⁴²³ B. Soinne, article préc., p.2, n°4.

¹⁴²⁴ Voir pour l'approche définitionnelle, infra, n°795

personne du débiteur une preuve de sa mauvaise gestion et de son incompétence, la solution issue de la loi de sauvegarde de 2005 y compris les différentes ordonnances modificatives, ne permet plus de maintenir une telle approche. Et les raisons d'un tel revirement spectaculaire du législateur sont connues et il est inutile de les rappeler ici.

775. En revanche, il est plus que nécessaire d'insister sur le manque de cohérence ainsi institué au niveau de la cessation des paiements. Certes, le besoin de prévention doit demeurer un objectif majeur auquel il ne faut pas renoncer sous aucun prétexte, l'enjeu étant fondamentalement vital pour toute l'économie nationale et mondiale. Mais il ne saurait constituer un motif quelconque pour désorganiser le fonctionnement juridique de certaines notions telles que la cessation des paiements. C'est pourquoi, il serait impérieux de faire jouer à la cessation des paiements son rôle traditionnel de sanction en la déconnectant de la sphère des mesures amiables.

Ainsi, il faut éviter qu'elle ne joue un rôle trouble comme c'est le cas actuellement avec la conciliation. En effet, il est curieux que dans cette procédure, le législateur ne tire pas toutes les conséquences de l'existence d'un tel état et ne sanctionne pas le débiteur qui manifestement est en état de cessation des paiements. Peu importe que cet état soit purement temporaire¹⁴²⁵. Cette solution, en ce qu'elle conduit à l'instauration d'un critère tardif sur fonds de cessation de cessation, ne ferait que retarder une procédure collective, puisqu'il est difficile pour les magistrats de discerner avec précision au jour le jour, l'état ou non de cessation des paiements¹⁴²⁶. Un retour à la solution antérieure s'avère alors plus que nécessaire afin de restituer à la cessation des paiements un rôle plus clair et plus stable. En effet, le critère de la cessation des paiements doit être réorienté à la recherche de comportements pathologiques¹⁴²⁷. Il doit servir de repère pour écarter le dirigeant incompétent et négligent, qui par son abstention ou ses fautes de gestion, va provoquer une dégradation de la situation de l'entreprise pour n'avoir pris le devant des choses après la date fixée pour la cessation des paiements.

776. Dans le dispositif actuel, la cessation des paiements des paiements ne fait plus peur au dirigeant, il est donc possible qu'il en fasse une utilisation excessive. Le débiteur peut donc

¹⁴²⁵ Il est clair que dans cette hypothèse, le débiteur va opérer pour la conciliation, mais la possibilité d'option entre la conciliation et le redressement judiciaire montre bien que le caractère grave de la situation. A ce titre, le rôle de sanction de la cessation des paiements devrait militer à une solution contraire et ne pas permettre au débiteur de se maintenir dans une solution contractuelle alors qu'il est en état de cessation des paiements.

¹⁴²⁶ M.- C. Mariani-Riela, art. préc. , p. 1279, n°10.

¹⁴²⁷ G. Teboul, art. préc. n°178, p. 79.

légitimement penser que sa fonction de sanction censée encadrer et protéger le paysage des affaires est complètement effacée, et à ce titre, il lui est loisible d'en profiter sans limite. Mais le problème ne réside pas à ce niveau puisque c'est l'objectif visé par le législateur et on peut penser que les juges exerceront un contrôle assez rigoureux des conditions d'ouverture sans faire des amalgames.¹⁴²⁸ C'est l'association des fonctions de sanction et de prévention dans une seule procédure qui paraît inappropriée¹⁴²⁹. Par hypothèse, la prévention exclut toute idée de sanction. Or le fait d'avoir désacraliser le critère de la cessation des paiements conduit à un tel amalgame. Du coup, le dirigeant a du mal à faire la différence entre le juge de la prévention et le juge de la sanction même si celle-ci existe bien¹⁴³⁰. Pourquoi ne pas alors comme le suggère un auteur¹⁴³¹, confier au juge consulaire la charge d'examiner avec pragmatisme les aspects économiques, juridiques, financiers, commerciaux afin de déterminer l'opportunité d'une sanction ? Cette solution aurait l'avantage à défaut de le résoudre, de décharger le juge de la sanction d'un volet qui risque de compromettre le succès de la prévention même si la loi de 2005 a supprimé la saisine d'office en matière de sanction.

777. En tout état de cause, le critère de cessation des paiements est trop radical pour qu'il soit retenu en matière préventive. C'est pourquoi tout comme il paraît inadapté aux procédures amiables, il l'est aussi pour les procédures judiciaires. En outre, il est parfois difficile de rapporter la preuve de la cessation des paiements quelque soit les procédures.

3- Un critère également inadapté aux procédures judiciaires de prévention

¹⁴²⁸ Cour d'appel de Lyon, 3^e chambre civile, 31 mai 2006, Gaz. Pal. 07 oct. 2006 n° 280, P. 5, Note Ch. Lebel. Il a pu être observé dans cette affaire, l'expression « difficultés avérées » utilisée par la cour d'appel alors que l'ancienne formule du texte de l'article L.620-1 du code de commerce ne fait état que de « difficultés de nature à conduire à la cessation de cessation des paiements ». Cette dernière a été supprimée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 et la nouvelle rédaction de l'article L.620-1 du code de commerce fait désormais état de débiteur « qui sans être en état de cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter ». L'utilisation de l'adjectif « avérée » par la cour est en l'espèce regrettable car elle risque de susciter une confusion entre la procédure de conciliation à la quelle renvoie l'expression « avérée » ou « prévisible » utilisée par l'article L. 611-4 du code de commerce et la procédure de sauvegarde

¹⁴²⁹ La procédure de conciliation peut être ouverte en présence d'un état de cessation des paiements datant de moins de quarante cinq jours. Par principe, le juge de la sanction intervient lorsqu'il est avéré que le débiteur est en état de cessation des paiements, or dans cette hypothèse, il devrait revenir au juge de la prévention d'apprécier la demande d'ouverture de la conciliation, ce qui n'est pas le cas dans le dispositif actuel. Du coup, tout se passe comme si, le juge de la sanction venait à s'immiscer dans un domaine qui n'est pas le sien. On aboutit ainsi à l'association de deux domaines de compétence qui ne sont pas sans conséquence sur le déroulement de la procédure.

¹⁴³⁰ G. Teboul, art. préc. n°178, p. 79.

¹⁴³¹ G. Teboul, art. préc. p. 79

778. La question de l'inadaptabilité du critère de la cessation des paiements dans les procédures judiciaires est inhérente aux deux systèmes de prévention abordés dans le cadre de cette étude. Mais c'est surtout en droit français qu'il ya lieu de relever l'existence d'une véritable cacophonie due à ce critère. L'analyse de la procédure de sauvegarde conduit à des conclusions anecdotiques. En effet, selon qu'il s'agisse de la sauvegarde de droit commun, de la sauvegarde financière accélérée ou de la sauvegarde accélérée, le critère de la cessation des paiements intervient à des degrés différents. Dans la sauvegarde de droit commun, il est censé intervenir avant la demande d'ouverture de la procédure alors qu'il est fort probable, dans cette hypothèse, que le débiteur soit déjà dans un tel¹⁴³² état, en raison de difficultés insurmontables présentées, lesquelles peuvent masquer la cessation des paiements. En deuxième lieu, dans la sauvegarde financière accélérée, l'existence de la cessation des paiements est indifférente si l'on s'en tient aux conditions d'ouverture de la conciliation sur laquelle elle repose, puisque la procédure de sauvegarde financière est conditionnée par l'ouverture de cette dernière.

Enfin, en troisième lieu, l'ordonnance du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives a introduit une nouvelle variante de la sauvegarde dite sauvegarde accélérée. Ici encore, le législateur a aggravé davantage la confusion qui régnait déjà avant la réforme en décidant que dans la procédure de sauvegarde accélérée, le débiteur pouvait être en état de cessation des paiements et que l'existence de cette situation n'était pas un obstacle à l'ouverture ou à la sollicitation de cette procédure. Voilà une solution qui vient ainsi fragiliser l'ossature du droit des entreprises en difficulté. Le critère de cessation des paiements dont le champ d'intervention ne se concevait dans le droit antérieur qu'en cas de procédure judiciaire et collective est devenu un critère « passe partout » qui contribue à l'affaiblissement des procédures collectives et à leur fait perdre leur autorité et leur repère. Du coup, l'évocation de l'existence d'un état de cessation des paiements ne conduit plus automatiquement à l'application d'une solution judiciaire de résolution des difficultés¹⁴³³.

En effet, le législateur autorise désormais qu'une procédure judiciaire, en l'occurrence la sauvegarde, puisse empiéter sur la cessation des paiements et donc de revêtir une mission

¹⁴³² C. Saint-Alary-Houin, op. cit, p. 249, n°430.

¹⁴³³ De principe, l'ouverture d'une procédure collective est fondée sur un critère central et traditionnel, la cessation des paiements. L'ancien article 437 du code de commerce 1807 disait « tout commerçant qui cessait ses paiements », « était en état de faillite ». Bien que ce texte ancien définissait plus la faillite que la cessation des paiements, ce principe ne prévaut plus aujourd'hui, il est fortement remis en cause par la logique économique voulue par le législateur et qui de ce fait amène à considérer la cessation des paiements non pas en fonction de la nature de la procédure mais en fonction de l'objectif voulu par le législateur.

préventive. Or il serait tout à fait tout à fait illusoire de croire qu'en l'absence de tous moyens de coercition propres aux procédures collectives, que la conciliation puisse par exemple jouer un rôle curatif. Au regard de tout ce qui précède, il serait mieux indiqué, pour une cohérence de la matière, de restituer au critère de la cessation des paiements, sa fonction traditionnelle de sanction et de délimitation entre le droit de la prévention et le droit des procédures collectives. En outre, il est également possible de se demander sur l'attitude des juges relativement à la preuve de la cessation des paiements dans les procédures de prévention.

B- Les difficultés liées à la preuve de la cessation des paiements

779. La réforme de 2005 ainsi que les différentes modifications législatives qui sont intervenues successivement ont modifié le rôle de la cessation des paiements dans les procédures collectives. Ce faisant, s'agissant des procédures dites préventives, la question de la preuve ou de l'absence de la cessation des paiements peut se poser lors de leur ouverture. Doit-on appliquer la solution existante en matière de procédures collectives et exiger du débiteur qu'il rapporte la preuve de celle-ci ? En effet, traditionnellement, la procédure collective peut être ouverte à l'initiative du débiteur, qui y est d'ailleurs légalement tenu, dès lors qu'il est en cessation des paiements, alors qu'il s'agit au contraire d'une simple faculté pour les créanciers, ministère public, le président du tribunal étant désormais interdit de se saisir d'office dans le cadre du redressement judiciaire¹⁴³⁴ et la solution a été étendue à la liquidation judiciaire depuis l'ordonnance du 12 mars 2014¹⁴³⁵. La procédure de sauvegarde reste dans le droit actuel, la seule procédure dont l'initiative reste soumise à la seule volonté du chef d'entreprise. Ce faisant, dans le cadre du redressement judiciaire et de la liquidation judiciaire, il appartient au débiteur de caractériser la cessation des paiements mais encore d'en fixer la date. Bien évidemment, la date de la cessation des paiements étant fixée provisoirement, elle est susceptible d'être modifiée ultérieurement.

¹⁴³⁴ Le tribunal ne perd pas pour autant tout moyen d'action pour dénoncer l'état de cessation des paiements du débiteur. L'article L. 631-3-1 du code de commerce énonce que « Lorsqu'il est porté à la connaissance du président du tribunal des éléments laissant apparaître que le débiteur est en état de cessation des paiements, le président en informe le ministère public par une note exposant les faits de nature à motiver la saisine du tribunal... »

¹⁴³⁵ Art. L. 631-5 C.com ; v. aussi B. Saintourens, « Ouverture des procédures : mise aux normes constitutionnelles et nouveautés procédurales », *rév. proc. coll.* 2014, dossier 13, art. 16, p. 40 ; O. Staes, « Les aspects procéduraux de la réforme », *Dr. et patr.* Juill. 2014, p. 61.

780. En revanche, la démonstration de la preuve de la cessation des paiements se pose autrement dans le cadre des procédures préventives. D'abord, dans la procédure de conciliation, il n'y a plus lieu de se demander si l'entreprise n'est pas en cessation des paiements puisque celle-ci n'interdit plus de demander la conciliation. Le problème se pose beaucoup plus au niveau de la date de la cessation des paiements car si elle dure plus de quarante cinq jours, seule une procédure judiciaire est envisageable. La question est donc de pouvoir dater cette cessation de paiement et il n'appartient certainement pas au débiteur de procéder à un tel exercice. Un tel travail revient au juge saisi pour la circonstance de vérifier que le débiteur remplit les conditions de délai. Ce faisant, la preuve de la cessation ou de l'absence de la cessation des paiements est inopérante dans cette procédure puisque sa présence ou son absence n'influe pas sur l'ouverture de la conciliation.

781. Ensuite dans la procédure de sauvegarde, s'il est fait obligation au débiteur de justifier des difficultés insurmontables, il ne lui appartient pas en revanche de démontrer qu'il n'est pas en cessation des paiements. C'est exclusivement dans le cas où il serait assigné en redressement ou en liquidation judiciaire par un de ses créanciers. Plus concrètement, en sauvegarde, le débiteur est confronté à une double preuve, une positive qui consiste en l'existence de difficultés financières suffisamment graves pour être qualifiées d'insurmontables et une autre de négative l'existence d'un actif disponible pour faire face au jour de sa demande, à son passif exigible. Même si elle paraît justifiée afin d'inciter les débiteurs à recourir de manière spontanée à la protection du tribunal, les solutions peuvent tout de même susciter des interrogations du point de vue de la sécurité juridique.

En effet à l'instar du redressement judiciaire et de la liquidation judiciaire, la sauvegarde est une procédure collective et judiciaire. A ce titre, la question de la preuve devrait se poser en de mêmes termes et le législateur aurait pu permettre par exemple que les créanciers et le ministère public puissent être autorisés à saisir le tribunal dès lors qu'ils constatent que le débiteur qui sollicite le bénéfice d'une sauvegarde est déjà au moment de sa demande en état de cessation des paiements. La solution s'impose dans la mesure où les tribunaux n'ont toujours pas toutes les informations nécessaires pour apprécier la situation du débiteur et la sauvegarde pourrait servir de moyen pour le débiteur de ne pas honorer ses obligations contractuelles¹⁴³⁶. Le rôle de sanction de la cessation des paiements interdit en effet au débiteur de s'accuser lui-même de mauvaise gestion, alors même que cela pourra lui être

¹⁴³⁶ Affaire cœur de la défense citée, supra., n°536

reproché au titre d'une faute de gestion¹⁴³⁷. La cessation des paiements constitue de ce fait un mauvais pivot entre les procédures préventives et les procédures collectives, et pour cette raison, l'institution d'un nouveau critère de la prévention s'impose inéluctablement.

SectionII: L'institution d'un nouveau critère de la prévention

782. La référence au critère de la cessation des paiements n'est pas de nature à favoriser un développement harmonieux de la prévention. La prévention doit tenir compte avant tout de l'aspect psychologique du débiteur, elle doit éviter de susciter des appréhensions au point qu'elle ne soit perçue finalement comme un maquillage des procédures collectives. La présence de la cessation des paiements dans le périmètre de la prévention peut donc conduire à des effets pervers et compromettre le sauvetage des entreprises. Toutefois si, si la cessation des paiements devrait être maintenue dans le cadre de la prévention, deux solutions devraient être envisagées. La première approche de la prévention conduit à exclure la cessation des paiements de son domaine afin de renforcer l'efficacité des mesures préventives (Paragraphe I). La deuxième solution devrait consister, en l'absence de toute modification de la définition actuelle de la cessation des paiements, à opter pour le critère des difficultés (Paragraphe II).

Paragraphe I: L'exclusion de la cessation des paiements

783. Il faut exclure la cessation des paiements du domaine de la prévention afin qu'elle retrouve sa place privilégiée qui est celle du domaine des procédures collectives. Il faut aussi l'exclure afin que la confusion qu'elle entretient avec les autres institutions ne se déporte pas dans la sphère des procédures de prévention (B). Mais il est nécessaire qu'avant d'analyser cet aspect, de savoir si le droit français et le droit Ohada, ont tous gardés la même définition de la cessation des paiements. Cela nous conduit à nous interroger sur le contenu de cessation des paiements (A).

A- Exposé du contenu actuel de la cessation des paiements

¹⁴³⁷ G. Teboul, « La cessation des paiements : une définition sans avenir ? », Gaz. Pal., 15 nov. 2007 n°319, P. 2

784. La définition classique de la cessation des paiements a été maintenue en droit français et en droit Ohada (1). Toutefois, elle a connu récemment en droit français une évolution (2).

1- Le maintien de la définition classique dans les deux ordres juridiques

785. La notion de cessation de cessation des paiements a été construite par la jurisprudence¹⁴³⁸ qui en a fixé les éléments de la définition de la manière la plus nette. C'est donc le fruit du travail effectué par la chambre commerciale de la cour de cassation que les différents ont recueilli avec quelques perfectionnements notables en droit français. Ainsi, c'est dans les différentes procédures de redressement judiciaires contenues dans le code de commerce¹⁴³⁹ et dans l'acte uniforme portant procédure collective d'apurement du passif¹⁴⁴⁰ qu'on retrouve la définition désormais consacrée de la cessation des paiements. La définition ainsi dégagée retient qu'est en état de cessation des paiements le débiteur « qui est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible ». La cessation des paiements des paiements est dès lors caractérisée en présence d'un actif disponible (1) qui ne peut pas permettre de payer le passif exigible (2).

a) L'actif disponible

786. Conséquence directe de la nature comptable de la notion de cessation des paiements, l'actif disponible s'entend de l'actif utilisable¹⁴⁴¹, et plusieurs éléments peuvent concourir à l'existence de cet actif, notamment l'ensemble des sommes en caisse, des effets de commerce¹⁴⁴² à vue ou même du solde créditeur des comptes bancaires ce qui exclut bien

¹⁴³⁸ Bull. civ. IV , n° 66 ; D. 1978, IR, p. 443, obs. J. Honorat ; RTD Com. 1981 , p. 599, obs. Ph. Merle.

¹⁴³⁹ Voir pour le droit français l'article L.631-1 du code de commerce

¹⁴⁴⁰ Pour le droit Ohada, voir l'article 000 de l'acte uniforme portant procédure collective d'apurement du passif

¹⁴⁴¹ Ch. Delattre, « 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.

¹⁴⁴² Un arrêt récent de la cour de cassation s'est dit favorable à l'inclusion du montant d'un chèque dans l'actif disponible : Cass. com., 5 févr. 2013, n°11-28194, BJE 2013, n°68, p. 136, obs. R. Bonhomme. D'autres décisions antérieures s'étaient déjà prononcées dans ce sens : Cass. com. 18 déc. 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, p.26, obs. M. Cabrillac.

doit prendre en considération

évidemment les immobilisations mais aussi les objets mobiliers¹⁴⁴³. Le critère posé par la loi repose essentiellement sur la liquidité et la disponibilité. Par conséquent, les éléments qui ne présentent pas de tels caractères ne doivent pas être pris en considération. C'est pourquoi, il a été déclaré que n'est pas disponible, l'actif d'une société, constitué de deux immeubles¹⁴⁴⁴. Ce n'est donc pas la valeur du bien qui doit être pris en compte dans la détermination de la disponibilité de l'actif mais la liquidité obtenue de la vente d'un bien par exemple et immédiatement utilisable. Le droit Ohada n'est pas assez riche en termes de solutions jurisprudentielles. Il est toutefois possible de penser que les tribunaux africains, n'auront pas d'autres choix que de reconduire les solutions déjà connues en droit français. D'abord parce que la définition de la cessation des paiements a été reconduite à l'identique telle que prévue en droit français, ensuite, avant l'entrée en vigueur de l'acte uniforme portant procédure collective d'apurement du passif, la solution actuelle était celle qui était appliquée dans la plupart des pays membres de l'Ohada.

787. Toutefois, une remarque importante s'impose à ce niveau de notre développement. En effet l'actif disponible est un élément qui sert à apprécier la capacité de l'entreprise à poursuivre son activité ou pas. De ce point de vue, on peut bien se demander si le domaine d'appréciation de l'actif disponible doit être celui des procédures collectives ou des procédures de prévention ? L'actif disponible a toujours été apprécié au niveau des procédures collectives puisqu'il s'agit dans cette hypothèse, de savoir si l'entreprise doit bénéficier d'une assistance judiciaire en vue de son redressement ou solution plus radicale, elle doit disparaître du tissu économique par l'effet d'une liquidation. La solution actuelle du droit français conduit également à apprécier l'actif disponible au stade de la conciliation. Ce qui contraste avec le droit Ohada dans lequel l'actif disponible ne s'apprécie qu'au stade des procédures collectives¹⁴⁴⁵. En droit français, peu importe la nature de la procédure, l'actif disponible doit être important de sorte à pouvoir apurer le passif exigible. Mais cela dépend des procédures. En conciliation, le problème ne se pose pas puisqu'il ya lieu simplement de faire application des règles des procédures collectives.

¹⁴⁴³ Cass. com., 20 nov. 1973, Bull. civ. IV, 1973. IV. 400; 10 mai 1971, JCP 1971, IV, 156; Cass. com. , 22 janv. 2002, RJDA 2002, n°516.

¹⁴⁴⁴ Cass. com., 27 févr. 2007, n° 0610170; RJ com. 2007, p. 365, note Ph. Roussel- Galle; D. 2007, AJ, 872, obs. A. Lienhard, RD bancaire et fin. avr. 2007, n°71, p. 25 ; JCP E, 2007, n° 1833, p. 2, obs. Ph. Roussel-Galle ; Rev. proc. coll. 2007, p. 221, obs. B. Saintourens.

¹⁴⁴⁵ Le droit Ohada prévoit trois procédures collectives. Il y a d'une part le règlement préventif qui s'analyse en une procédure collective avant cessation des paiements et le redressement judiciaire et la liquidation des biens qui sont des procédures après cessation des paiements.

788. En revanche, dans la sauvegarde, le débiteur étant supposé être in bonis, l'actif disponible doit être forcément suffisant pour faire face aux difficultés insurmontables éprouvées. La nouvelle configuration du droit français des entreprises en difficulté conduit à complexifier l'ensemble du dispositif, tous les concepts et toutes les notions en sortent fragilisées ou du moins bouleversées par la logique économique voulue par le législateur. Le droit africain observe pour sa part l'évolution de l'ancienne puissance coloniale.

b) Le passif exigible

789. Tout comme la notion de cessation des paiements elle-même, le contenu du passif exigible a été également maintenu par le législateur. Pourtant, on aurait pu penser que la nouvelle approche de la cessation des paiements aurait pu conduire à penser le contraire. Le passif exigible désigne en effet, l'ensemble de toutes les dettes échues, c'est-à-dire celles dont le règlement est arrivé à échéance. Certains arrêts, ont pourtant par le passé, soutenu que le passif exigible devrait s'analyser comme le passif exigé¹⁴⁴⁶. Cette précision étant faite, il faut considérer que le passif exigible ne concerne que les dettes certaines et liquides. Sont donc exclues de ce passif, les dettes éventuelles ou litigieuses¹⁴⁴⁷.

En revanche, peu importe la nature des dettes considérées, celles ci peuvent être indifféremment, de nature civile ou commerciale, contractuelle ou délictuelle. Cette solution conduit à admettre que la cessation des paiements pourrait résulter du non paiement d'une dette civile personnelle sans aucun lien avec l'activité professionnelle de l'entreprise¹⁴⁴⁸. C'est pourquoi le professeur Yves Guyon estime qu'il soit préciser que les dettes considérées soient celles qui sont contractées dans l'intérêt de l'entreprise¹⁴⁴⁹.

¹⁴⁴⁶ Cass. com., 12 nov. 1997, Bull. civ. IV, n°290, Rev. proc. Coll. 2000, p. 46, n°7, obs. J.M. Deleneuve; Cass. Com., 28 avril. 1998, D. Aff. 1998, p. 1947; J. Besse, Réflexions critiques sur la formule "passif exigible et exigé", Rev. proc. coll. 2000, p. 39 ; Cass. com., 14 mai 2002, RJDA 10/02, n°1046, p. 887 ; Martineau-Bourgninaud, « La cessation des paiements, notion fonctionnelle », RTD com. 2002, p. 245 ; J. Calvo, « La notion de cessation des paiements dans les procédures collectives », LPA, 1999, n°178, p.4. Alors qu'on croyait cette solution bien acquise, la cour de cassation, à travers certaines décisions, allait critiquer cette exigence en considérant que la solution antérieure ajoutait aux textes, ce qui au regard du code de commerce paraît fondé. Voir sur ce point, D. Tricot, « la cessation des paiements, une notion stable », Gaz. Pal. 29-30 avr. 2005, p. 13 ; A. Lienhard, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : la cour de cassation propose », D. 2003, p. 1276.

¹⁴⁴⁷ Cass. com., 5 févr. 2013, n°11-28194, BJE mai 2013, n°68, p. 136, obs. R. Bonhomme ; Cass. com., 25 nov. 2008, n°07-20972, GPC 28 avr. P. 15, obs. Lebel. Selon la cour de cassation, n'est pas exigible la créance qui fait l'objet d'une contestation dès lors que la contestation est sérieuse, encore faut-il que le débiteur démontre le caractère sérieux de la contestation, Cass. com., 22 févr. 1994, Bull. civ. IV, n°75 ; et non à faire œuvre dilatoire, F. Perochon, ouvrage op.cit. 9^e éd. n°343, p. 185.

¹⁴⁴⁸ C. Saint-Alary-Houin, droit des entreprises en difficultés, op.cit. 9^e éd. p. 247.

¹⁴⁴⁹ Y. Guyon, Droit des affaires, tome 2, n°118.

790. Encore faut-il pouvoir établir le lien distinctif entre les dettes purement personnelles au débiteur et qui de ce fait, n'ont aucun rapport avec l'activité professionnelle de celles qui y sont incontestablement liées. Il semble difficile de parvenir à opérer une telle démarcation car les dettes du débiteur peuvent être certes personnelles mais avoir une incidence sur le sort de l'entreprise. L'exemple de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée montre bien que le débiteur peut avoir deux patrimoines, un affecté aux nécessités de l'entreprise et un autre qui est purement personnel.

Dans une telle hypothèse, les dettes issues du patrimoine d'affectation sont en principe sans rapport avec le patrimoine personnel du débiteur. Mais il n'est pas exclu que l'actif du patrimoine personnel puisse servir à régler les dettes professionnelles si telle paraît être la solution au sauvetage de l'entreprise du débiteur. Corrélativement donc, la nature civile du passif exigible ne devrait pas être un obstacle à l'existence de la cessation des paiements. Et la cour de cassation ne semble plus tenir compte de cette distinction puisque dans une décision¹⁴⁵⁰, elle a admis l'ouverture d'une procédure de redressement de redressement judiciaire pour le non paiement d'une dette civile contractée par le débiteur antérieurement à l'exercice de son activité commerciale. Doit-on alors en déduire que cette solution serait applicable aux procédures collectives avant cessation des paiements ?

La sauvegarde et le règlement préventif sont exclusifs de la cessation des paiements. La question de la nature du passif exigible leur est donc complètement étrangère. La difficulté est que l'ouverture de ces deux procédures se fait par référence à la cessation des paiements, donc en l'absence de tout passif exigible. Seules sont prises en compte, les difficultés insurmontables et les difficultés économiques et financières mais non irrémédiablement compromises. Les différents textes ne précisent pas la nature des dites difficultés, ce qui laisse croire que les difficultés qu'elles soient civiles ou commerciales sont admises. Par conséquent, la nature civile des dettes impayées en sauvegarde et en règlement préventif ne devraient pas pouvoir empêcher l'ouverture de ces procédures dès lors que l'actif disponible permet de faire face au passif exigible.

Cependant, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, le droit français a procédé à une extension de la définition de la cessation des paiements.

2- Une définition améliorée en droit français et en droit Ohada

¹⁴⁵⁰ Cass. com., 22 juin 1993, RIDA 1/94, n°87, p.75, D. 1993, p. 167, obs. A. Honorat.

791. Dans le droit antérieur, la définition de la cessation des paiements ne tenait pas compte des réserves de crédit ou des moratoires dont bénéficiait le débiteur. La raison était que ces créances n'étaient pas immédiatement utilisables donc ne sont pas présents dans les caisses du débiteur. Elles présentent de ce fait une nature virtuelle qui ne permet pas de leur accorder une certaine fiabilité. L'ordonnance du 18 décembre 2008 à travers l'article L.631-1 du code de commerce apporte une adaptation nouvelle de la définition de la cessation des paiements. Selon le texte de loi cité, « 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 ».

792. Cette solution nouvelle constitue une avancée véritable du droit français par rapport au droit Ohada qui lui reste encore soumis à la définition classique de la cessation des paiements. Il en résulte que dans l'ordre juridique africain, un débiteur ne saurait avancer le bénéfice d'un quelconque moratoire ou de réserves de crédits pour échapper à ses engagements contractuels. Pourtant, il n'est pas exclu que le débiteur dans le cadre du règlement préventif puisse avoir la confiance de ses créanciers et bénéficier de délais de paiements comme le prévoit les textes¹⁴⁵¹. Ce faisant, la solution des réserves de crédit ou des moratoires voire même des avances en compte courant pourrait devoir inspirer le législateur Ohada dans sa quête de perfection de l'acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif. La notion de cessation des paiements s'en trouverait ainsi améliorée dans l'ordre juridique africain même si les risques de confusion avec certaines notions voisines restent toujours perceptibles.

B- Le risque de confusion avec les autres institutions

793. Il existe dans les deux ordres juridiques considérés, un risque de confusion à l'égard de la cessation des paiements. Ce risque est écarté en ce qui concerne les notions qui lui sont proches puisque dans cette hypothèse, aucune confusion n'est possible (1). En revanche, le risque de confusion demeure pour ce qui est de certaines notions, mais ici, il s'agit plutôt de concurrence que de confusion (2).

¹⁴⁵¹ Art. 15 al.2 AUPCAP.

1- Les notions proches

794. Les notions proches de la cessation de paiement sont multiples. La plupart sont utilisées dans les différentes procédures de prévention pour servir de conditions d'ouverture de ces procédures. Alors qu'une première catégorie de ces notions se retrouve au niveau de la prévention détection, une seconde catégorie trouve son périmètre d'intervention au niveau de la prévention traitement. Une troisième qu'on pourrait qualifier de catégorie intermédiaire n'est présente dans aucun des deux systèmes de prévention mais du fait de leur similitude avec la cessation des paiements, on ne saurait ne pas les évoquer dans cette approche comparative.

a) Cessation des paiements et difficultés insurmontables

795. La notion de difficultés insurmontables est apparue avec la procédure de sauvegarde instituée par le législateur français de 2005. Loin d'en donner une définition précise et concise qui permettrait de mesurer le degré d'insurmontabilité des difficultés, l'article L.620-1 du code de commerce décrit plutôt une situation spécifique d'un débiteur confronté à des « difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter » mais qui n'est pas en état de cessation des paiements. La précision de l'absence de cessation des paiements est ici importante car précisément, le débiteur ne peut solliciter la sauvegarde que s'il n'est pas dans un tel état, comme le précise le texte de loi précité. Le doute est toutefois permis relativement à l'absence de cessation des paiements du débiteur car ce qui est insurmontable peut traduire ou conduire à un tel état de sorte que la notion de difficultés insurmontables peut masquer un état cessation des paiements du débiteur. Autrement dit, ce qui revêt un caractère insurmontable pour certains ne l'est pas forcément pour d'autres¹⁴⁵². Il convient toutefois de préciser que l'ordonnance du 18 décembre 2008 a supprimé de l'article L.620-1 précité la solution selon laquelle les difficultés rencontrées devraient être de nature à conduire le débiteur à la cessation des paiements. Cette disposition revenait implicitement à encourager les débiteurs à solliciter la sauvegarde alors qu'ils étaient déjà en état de cessation des paiements.

¹⁴⁵² V. en ce sens, Cour d'appel de Paris, 5 nov. 2013, n°13/9354, RJDA 2/14, n°139 ; Cour d'Appel de Lyon, 3 ch., 29 juin 2006, Act. proc. coll. 24 nov. 2006, n°18 : dans cette espèce, les juges ont censuré le jugement qui a déclaré recevable l'ouverture d'une procédure de sauvegarde alors que la situation financière de l'entreprise était très saine et de ce fait, elle pouvait seule, sans la secours du tribunal, surmonter ses difficultés.

Malgré la précision apportée par la réforme de 2008 précitée, il faut observer que le spectre de son existence lors de la demande d'ouverture d'une sauvegarde n'est pas à exclure¹⁴⁵³. En revanche, la proximité des deux notions est notable et toute la difficulté pour le débiteur est de prouver l'intensité des difficultés auxquelles il est confronté, ce qui l'invite à donner les raisons pour lesquelles il ne peut les surmonter tout seul sans le soutien de la justice. Toute difficulté pourrait être évoquée pour déclencher l'ouverture de la procédure de sauvegarde. Les difficultés pourraient toucher l'activité de l'entreprise ou la personne même du débiteur. Les difficultés visées pourraient être de nature financière mais elles ne sauraient permettre au débiteur d'échapper à ses obligations contractuelles¹⁴⁵⁴.

b) Difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible

796. Selon les termes de l'article L.611-4 du code de commerce, le bénéfice de la procédure de conciliation suppose que le débiteur éprouve « une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible ». Le même texte cité indique aussi que le débiteur peut être en état de cessation des paiements à condition que cet état date de moins de quarante cinq jours. L'existence des deux séries de conditions peut emmener à confondre difficultés et cessation des paiements. Sauf à admettre que la difficulté juridique envisagée comme condition d'ouverture de la conciliation aurait une traduction comptable, il faut opérer une distinction entre la cessation des paiements et les difficultés visées par le texte de loi précité. Il reste que la tentation reste assez grande quant à la confusion qui pourrait résulter de l'association de ces deux conditions comme condition d'ouverture d'une procédure dite contractuelle. Critère traditionnel d'ouverture des procédures collectives, la cessation des paiements est désormais appelé aussi à servir de critère d'ouverture dans les procédures dites amiables. Inversement, comme cela est admis en sauvegarde, les difficultés sont devenues les critères d'ouverture d'une procédure collective¹⁴⁵⁵.

¹⁴⁵³ En revanche dans la procédure de sauvegarde accélérée instituée par la réforme du 12 mars 2014, la circonstance que le débiteur soit en état de cessation de paiement n'est pas un obstacle à son ouverture. Voir Article L.628-1 alinéa 3.

¹⁴⁵⁴ Cour d'Appel de Paris, 25 févr. 2010, n° 09-22756, Affaire Cœur de la défense op. cit.

¹⁴⁵⁵ Voir en ce sens l'article L.620-1 du code de commerce relatif aux conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde.

c) Cessation des paiements et la situation particulière des établissements de crédit

797. La cessation des paiements n'a pas le même contenu relativement à la situation des établissements de crédit. En effet, l'article L.613-26 du code monétaire et financier, tel que modifié par la loi n°2013-672 du 23 juillet 2013, dispose par dérogation à l'article L.631-1 du code de commerce, que sont en état de cessation des paiements, les établissements de crédit « qui ne sont pas en mesure d'assurer leurs paiements, immédiatement ou à terme rapproché ». La distinction est ici importante par rapport à la définition classique de la cessation des paiements. En effet, alors que la cessation des paiements au niveau des établissements de crédit intègre un élément de projection dans le futur, d'anticipation, la cessation des paiements classique ne procède pas à une telle approche. Au contraire, elle vérifie simplement si l'actif disponible permet de faire au passif exigible. L'approche comptable exclut donc qu'on tienne compte de tout élément inexistant au moment où on apprécie la situation financière du débiteur.

d) Cessation des paiements et faits de nature à compromettre ou à affecter de manière préoccupante la continuité de l'exploitation

798. On peut se demander si les difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ou même à affecter de manière préoccupante la continuité de son exploitation prévue respectivement dans le cas du droit de convocation des présidents tribunaux de commerce¹⁴⁵⁶ d'une part et d'autre part de l'alerte du commissaire aux comptes¹⁴⁵⁷, des associées¹⁴⁵⁸ et des institutions représentatives du personnel¹⁴⁵⁹, traduisent un état de cessation des paiements du débiteur. La question mérite d'être posée dans la mesure où dans les hypothèses visées, il ya un risque de compromettre l'équilibre financier de l'entreprise, par une diminution des produits ou une augmentation des charges. D'un point de vue donc théorique, on peut affirmer qu'on se retrouve encore en amont de la cessation des paiements, du moins momentanément puisque les difficultés sont de nature à y conduire. Il faut toutefois

¹⁴⁵⁶ Art.611-2 du code de commerce s'agissant du droit d'alerte reconnu au président du tribunal de commerce et Art L. 611-2-1 du même code s'agissant du droit d'alerte désormais reconnu au président du tribunal de grande instance

¹⁴⁵⁷ Art. L. 234-1 et L. 251- 15 c.com

¹⁴⁵⁸ Art. L. 223-26 c.com pour les SARL et Art. L. 225- 232 c.com pour les SA.

¹⁴⁵⁹ Art. L. 432-5 c. trav. et Art. L. 2323- 78 C. trav

admettre qu'il n'est pas aisé d'opérer cette distinction, la généralité des critères d'ouverture des techniques d'alerte ne permettant pas d'en cerner tous les contours de sorte que la cessation des paiements soit déjà avérée au niveau de la prévention détection. En revanche, il existe des hypothèses dans lesquelles le doute n'est pas permis. Il s'agit des notions concurrentes à la cessation des paiements.

2- Les notions concurrentes de la cessation des paiements

799. Il n'existe aucune confusion possible entre la cessation des paiements et certaines notions qui sont souvent avancées comme synonyme de celle-ci, mais il en est rien du tout. C'est l'exemple de la notion de situation irrémédiablement compromise (a), de l'insolvabilité (b) et de l'impayé (c).

a) Cessation des paiements et situation irrémédiablement compromise

800. D'une manière générale, la distinction entre la cessation des paiements et la situation dite irrémédiablement compromise repose sur une approche prospective, à partir des résultats actuels et surtout anticipés du débiteur. La jurisprudence ancienne¹⁴⁶⁰ considérait que le seul défaut de paiement d'une seule dette ne pouvait suffire et que le débiteur devait se trouver dans une situation sans issue, désespérée, caractérisée par l'absence de tout espoir de survie de l'entreprise¹⁴⁶¹. D'où l'idée que dans cette situation, il n'y a pas d'autre alternative que l'ouverture d'une liquidation judiciaire¹⁴⁶². Contrairement donc à la cessation des paiements, la situation irrémédiablement compromise du débiteur ne permet aucune chance de redressement de l'entreprise. Autrement dit, cessation des paiements ne signifie pas absolument impossibilité de sauvetage de l'entreprise même si cette impossibilité n'est pas absolue.

801. De ce point de vue, si la situation irrémédiablement compromise peut traduire un état de cessation des paiements, en revanche, un état de cessation des paiements ne saurait traduire une situation irrémédiablement compromise. On comprend dès lors pourquoi, la notion de situation irrémédiablement compromise instituée dans la procédure préventive de suspension provisoire des poursuites de 1967, et utilisée dans le silence des textes, pour caractériser la

¹⁴⁶⁰ V. sur ce point supra n°52 notamment l'arrêt du 14 févr. 1978 cité.

¹⁴⁶¹ F. Perochon, *Entreprises en difficultés*, 10^e éd. n°354, p. 190.

¹⁴⁶² T. Bonneau, *Droit Bancaire Montchrestien*, 7^e éd. n°692.

cessation des paiements, a été abandonnée en droit français des entreprises en difficulté. Mais elle n'a pas totalement disparue. Elle subsiste encore dans certaines matières comme le droit financier et le droit de la consommation notamment dans le code monétaire et financier et dans le code de la consommation où elle est utilisée respectivement pour justifier le droit pour un établissement de rompre sans préavis une ouverture de crédit¹⁴⁶³, et de condition subjective d'ouverture de la procédure de rétablissement personnel¹⁴⁶⁴. Elle était jusqu'à la dernière réforme utilisée en droit Ohada comme critère d'ouverture de la procédure collective de règlement préventif prévue par l'acte uniforme portant procédure collective d'apurement du passif¹⁴⁶⁵. Elle est abandonnée depuis la réforme de l'acte uniforme.

b) Cessation des paiements et insolvabilité

802. L'insolvabilité d'après le professeur Perochon¹⁴⁶⁶ « est une situation de déséquilibre entre le passif et l'actif ». Il y a donc insolvabilité du débiteur si d'un point de vue comptable, le passif du débiteur est supérieur à son actif. Autrement dit, l'évaluation de la situation patrimoniale statique du débiteur relève à un instant précis, un bilan déficitaire¹⁴⁶⁷. Dès lors que l'on prend en compte l'ensemble du passif et l'ensemble de l'actif du débiteur, on est en présence d'une impossibilité durable de paiement de ses dettes. Le code de commerce en son article L. 670-1 du code de commerce retient l'insolvabilité notoire comme critère d'ouverture de la procédure pour les particuliers dans les départements de la Moselle, du Bas Rhin et du Haut - Rhin.

803. Mais contrairement à la cessation des paiements, il peut arriver que l'insolvabilité se singularise par son caractère d'irréversibilité, la situation du débiteur demeurant toujours dans cette hypothèse déficitaire sans discontinuité. Mais il faut relativiser cette approche puisque cette insolvabilité ne peut qu'être passagère de sorte que le débiteur déclaré insolvable ne l'est pas nécessairement, ce dernier pouvant toujours redevenir in bonis grâce à une meilleure gestion bénéficiaire de son entreprise. Ce faisant, un débiteur même insolvable ne saurait être

¹⁴⁶³ L'alinéa 2 de l'article 313-12 du code monétaire et financier indique que « en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou au cas où la situation de ce dernier s'avérerait irrémédiablement compromise ». La notion de comportement gravement répréhensible du crédit implique une rupture de confiance entre le banquier et son client, voir pour plus de développement sur cette notion, Th. Bonneau, ouvrage précité, p. 515

¹⁴⁶⁴ Art. L. 330-1 et Art. L. 332-6 s.

¹⁴⁶⁵ Le règlement préventif peut bénéficier au débiteur qui connaît une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise, Art. 2-1 de l'AUPCAP.

¹⁴⁶⁶ F. Perochon, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd. 2014, n° 361, p. 179.

¹⁴⁶⁷ F. Perochon, *Ibid.* p. 179.

déclaré en cessation des paiements dès lors qu'il honore ses prestations contractuelles à l'échéance. A contrario, au regard de son bilan comptable, l'absence de paiements de ses dettes peut être la preuve de son incapacité de faire face avec la partie de son actif disponible à son passif exigible et donc d'être déclaré en état de cessation des paiements.

c) Cessation des paiements et défaut de paiement

804. Il n'est pas aisé d'opérer une distinction entre la cessation des paiements et le défaut de paiement puisque par hypothèse, d'un point de vue stricto sensu, le défaut de paiement implique la cessation des paiements. Ce faisant, et en toute logique, le débiteur qui ne paie pas à l'échéance ce qui est dû, démontre par là que son actif disponible ne permet pas de faire face à son passif exigible. Mais l'état de cessation des paiements ainsi présumé n'est pas systématique. Il peut arriver que le défaut de paiement cause de la déduction de la cessation des paiements puisse avoir plusieurs diverses raisons autres que l'impossibilité de paiement. Il peut en être ainsi de l'exception d'inexécution¹⁴⁶⁸, règle en vertu de laquelle le débiteur peut exciper du fait que son fournisseur n'aurait pas honoré son engagement pour refuser de respecter la sienne. Dans de tels cas, il y aura bien distinction avec la cessation des paiements puisque la ou les raisons du défaut de paiement auront un effet suspensif sur la cessation des paiements. Ce faisant, en raison de la délicatesse de la distinction, il faut se garder de déduire de manière hâtive, de tout défaut de paiement, l'existence d'un état de cessation des paiements.

805. Au regard de tout ce qui précède, il est important de souligner qu'au delà de cette approche comparative, c'est l'avenir de la notion de cessation des paiements qui se pose avec acuité. Au regard de sa fonction désormais variable, il est plus que douteux que la multiplication des notions concurrentes qui gravitent autour peut produire des effets pervers et fragiliser l'efficacité du traitement des difficultés des entreprises. En effet, malgré les tentatives de clarification entre la cessation des paiements et les notions concurrentes, le vocable « difficultés » couvrira toujours une connotation très large et laissera ainsi la porte ouverte à toute sorte d'opportunisme de la part de certains débiteur habiles et peu scrupuleux. Ce faisant, il est fort probable que la subtilité des diverses catégories de difficultés ainsi

¹⁴⁶⁸ Pour une étude détaillée ainsi que sur les conditions et la mise en œuvre de cette notion, v. A. Bénabent, *Droit des obligations*, 13^e éd. Montchrestien, n°385, p. 276.

décrites brouille la compréhension de l'articulation des différentes procédures de détection et de traitement des difficultés. A défaut d'un retour à une simple classification reposant sur la constatation, ou non, d'un état de cessation des paiements, l'institution d'un nouveau critère devrait permettre de renforcer l'efficacité des procédures de traitement des entreprises.

Paragraphe II: L'admission du critère de difficultés

806. Le choix du critère des difficultés comme critère d'ouverture dans les procédures préventives obéit à un intérêt d'ordre pratique (A). Sa mise en œuvre devrait toutefois être simplifiée afin de permettre une plus grande utilisation des procédures de prévention (B).

A- L'intérêt du choix du critère

807. Le principal intérêt du choix de ce critère c'est de permettre la cohérence et une meilleure articulation au niveau des procédures (1). Ensuite, provoquer un effet psychologique chez le débiteur (2). Dans cette perspective, la suppression de l'expression prévention des difficultés du code de commerce pourrait produire une prise de conscience véritable chez le débiteur.

1- Le souci de cohérence relativement au rôle de la cessation des paiements

808. Le législateur français a depuis la réforme de 2005 changé de cap en ce qui concerne le critère de la cessation des paiements. En effet, en faisant preuve de pragmatisme, le législateur permet désormais que ce critère ne soit plus un obstacle pour solliciter une procédure de prévention¹⁴⁶⁹ et inversement l'absence de la cessation des paiements ne doit pas constituer un frein à la sollicitation d'une procédure collective à visée préventive¹⁴⁷⁰. Un

¹⁴⁶⁹ V. les conditions d'ouverture de la procédure de conciliation de droit français qui permet au débiteur même en état de cessation des paiements depuis moins de quarante cinq jours de bénéficier de l'ouverture de cette procédure. V. à ce sujet, l'article L.611-4 c. com. Egalement sur cette procédure et notamment ; M.-C. Mariani-Riela, Cessation des paiements et ouverture de la conciliation : Ambivalence ou Ambiguïté, Droit prospectif in Revue de la recherche juridique, PUAM 2007 ; B. Grelon, Prévention et cessation des paiements, Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot, Litec 2011 ; E. Mouial-Bassilana et H. Laurence-Caroline, L'agencement des différentes procédures instaurées par la loi de sauvegarde, LPA, 14 juin 2007, n°119, P. 39.

¹⁴⁷⁰ Pour le droit Français, voir, P. -M. Le Corre, Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises, Recueil Dalloz, 2005, supplément, n° 33, p. 2308. Pour le droit Ohada, voir Alain Fénéon, Le règlement préventif : Analyse critique, Revue Penant 2010 n°870-873 ; A. Delabrière, L'article 11 de l'acte uniforme sur

auteur¹⁴⁷¹ faisait remarquer que la constatation de l'état de cessation des paiements servait à marquer de manière précise le repère à partir duquel la relation d'un débiteur avec ses créanciers ne relève plus de leur liberté contractuelle mais relève du contrôle du juge. Cette approche est désormais obsolète du moins en ce qui concerne la procédure de conciliation. La conséquence de ce qu'il faut appeler la dilution du rôle de la cessation est le brouillage du paysage des procédures collectives. Il est en résulté une incohérence entre les procédures amiables et les procédures judiciaires relativement à la fonction de la cessation des paiements. Alors que dans le droit antérieur, la ligne de démarcation était bien établie de sorte que les procédures amiables pouvaient se définir comme celles intervenant avant la cessation des paiements¹⁴⁷², dans le droit français nouveau des entreprises en difficulté, le rôle variable de la cessation des paiements amène à repenser une nouvelle définition des procédures amiables.

Ce faisant, le caractère instable de la fonction de la cessation des paiements ne sera pas sans conséquence quant à la maîtrise des techniques de traitement des difficultés. Cela va compliquer davantage leur compréhension par les débiteurs. Ainsi, en lieu et place de la simplicité recherchée, c'est plutôt la complexité qui s'est installée. Pour dire simple, la cessation des paiements dans le droit actuel ne pourra jouer efficacement son rôle d'instrument de sauvetage des entreprises¹⁴⁷³. C'est pourquoi, son choix comme critère d'ouverture dans les procédures de prévention se comprend difficilement alors que comme le relève un auteur sa définition n'a pas changée malgré son assouplissement par les récents textes de loi¹⁴⁷⁴. Pourquoi ne pas revenir à la fonction traditionnelle de la cessation des paiements ? Une telle solution pourrait permettre de mieux appréhender voire différencier facilement les procédures amiables des procédures judiciaires. En outre, et plus concrètement, ce n'est pas en brouillant les pistes que le problème des défaillances d'entreprise va trouver une solution heureuse.

les procédures collectives : outil de sauvegarde ou de discrimination ? Revue Penant 2010 n°s 870-873. ; M. Ndiaye Mbaye, Réflexions sur la modification du concordat préventif en droit Ohada, Revue Penant de la même année précitée.

¹⁴⁷¹ B. Grelon, art. préc., p. 424.

¹⁴⁷² C'était l'exemple du règlement amiable de droit français qui ne pouvait être sollicité que si le débiteur ne se trouvait en état de cessation des paiements.

¹⁴⁷³ F. Derrida « Sur la notion de cessation des paiements », in mélanges J.-P. Sortais, Université de Lausanne-Bruylant, 2003 p. 73.

¹⁴⁷⁴ L'article 75 issu de l'ordonnance du 18 décembre 2008 introduit à l'article L. 631-1 du code de commerce dispose que « 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 état de cessation des paiements »

809. Au contraire, pour les petites entreprises qui n'ont pas forcément de moyens pour s'offrir les services d'un conseil auront du mal à comprendre le fonctionnement de ces mécanismes de prévention et de traitement des difficultés que la loi a rendu complexe par le rôle trouble de la cessation des paiements. Dans cette perspective, les critères d'ouverture de la sauvegarde devraient être harmonisés car dans le dispositif actuel, il existe une sorte de disparité entre la sauvegarde de droit commun, la sauvegarde accélérée et la sauvegarde financière accélérée relativement au critère de la cessation des paiements. Alors que la sauvegarde classique exclut la cessation des paiements dans ses conditions d'ouverture, les deux sauvegardes dérivées l'admettent avec toutefois une précision de l'alinéa 4 de l'article L.628-1 du code de commerce qui suscitera encore beaucoup de confusion¹⁴⁷⁵.

810. C'est pour éviter toutes ces complications susceptibles de troubler la psychologie des débiteurs en difficulté que le législateur OHADA est resté fidèle à la fonction traditionnelle de la cessation des paiements. Ce faisant, dans cet ordre juridique et contrairement au droit français, les procédures amiables sont en principe censées intervenir en amont de la cessation de paiement¹⁴⁷⁶. Le droit français devrait s'en inspirer, le dispositif gagnerait en cohérence mais certainement en attractivité. Dans cette perspective, la notion de prévention des difficultés devrait aussi être supprimée.

2- Les conséquences attachées à ce choix : la suppression de l'expression prévention des difficultés du code de commerce et de l'acte uniforme

811. Si on veut attirer l'attention du débiteur sur les risques de son inertie ou de sa négligence dans la sollicitation du juge de la prévention, il faut que les différentes législations concernées apportent une clarification à la notion de prévention des difficultés afin que cela produise un effet psychologique en la personne du dirigeant. En effet, le code de commerce et l'acte uniforme entretiennent ce flou autour de cette expression sans en donner le contenu véritable. La doctrine dans son ensemble utilise l'expression alors que d'un point technique et même dans la logique des différents législateurs, il ne s'agit pas de prévenir des difficultés mais de procéder au traitement de celles-ci ou de la cessation des paiements lorsqu'elle est

¹⁴⁷⁵ Selon cet alinéa du texte de loi cité, « la circonstance que le débiteur soit en cessation des paiements ne fait pas obstacle à l'ouverture de la procédure de sauvegarde accélérée si cette situation ne précède pas depuis plus de quarante cinq jours la date de la demande d'ouverture de la procédure de conciliation ».

¹⁴⁷⁶ L'affirmation est mesurée et de principe car le règlement préventif même si il fait place à la liberté contractuelle, reste une procédure collective et judiciaire contrôlée par le juge.

déclarée. Autrement dit, l'expression prévention des difficultés ne peut faire prendre conscience au débiteur et, ce faisant, ce dernier continuera à minimiser la situation jusqu'à ce que les difficultés qu'il croyait surmontable deviennent insurmontables et conduisent dans la majorité des cas à la défaillance de l'entreprise. C'est donc vraisemblablement la prévention de la cessation des paiements qui est visée à travers cette expression maladroite des différents législateurs.

812. Contrairement à la notion de difficulté qui peut se dilater dans le temps et masquer souvent un état de cessation des paiements, et, donc difficilement maîtrisable, la cessation des paiements est une notion comptable appréciée objectivement. C'est une notion stable et sûre d'après l'expression d'un auteur¹⁴⁷⁷. C'est aussi une notion effrayante qui suscite la hantise des débiteurs et on comprend dès lors pourquoi les différents législateurs en font un objectif majeur de la survie des entreprises. Il faut appuyer sur cette appréhension que les débiteurs ont de cette notion pour leur dire qu'en sollicitant la protection du tribunal, c'est en vue de prévenir ou d'éviter la cessation des paiements¹⁴⁷⁸.

813. Quant aux difficultés, il peut les détecter, la loi lui donne à cet effet une multitude de source d'information mais il ne saurait les prévenir car elles sont consubstantielles à l'activité économique. Le titre premier du livre sixième du code de commerce intitulé « De la prévention des difficultés des entreprises » doit de ce fait être réajusté et conforme à la logique des différentes procédures de traitement des difficultés. Dans cette approche prospective, il serait cohérent qu'il soit retenu « de la prévention de la cessation des paiements ». La notion de difficulté devrait quant à elle, être utilisée comme critère d'ouverture des procédures de traitement des difficultés.

B- Le choix du critère de difficultés et sa mise en œuvre

814. La notion de difficulté a un contenu dilatable à l'excès, c'est pourquoi son appréciation doit rester à la libre appréciation des juges (1). En outre, la nature de la difficulté est indifférente (2). Ce faisant, toutes les entreprises devraient être éligibles en principe à ce critère (3).

¹⁴⁷⁷ D. Tricot, La cessation des paiements : une notion stable, Gaz. Pal., 30 avril 2005, p. 13.

¹⁴⁷⁸ Selon l'article 2-1 de l'AUPCAP, « le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ... »

1- La liberté d'appréciation du juge et le caractère indifférent des difficultés

815. Le critère de cessation des paiements doit être abandonné au profit de celui de difficulté pour les raisons qui ont été évoquées ci-dessus. La difficulté est une notion souple qui a un contenu assez extensible¹⁴⁷⁹, elle renvoie à tout problème ou obstacle qui peut compromettre le bon fonctionnement de l'activité de l'entreprise. Seul, le dirigeant pourra apprécier cette difficulté ou cet empêchement qui risque de mettre à mal le bon déroulement de son activité. Il ne sert à rien de retenir dans un cadre à priori contractuel une notion aussi effrayante que celle de la cessation des paiements. Sauf à creuser lui-même sa propre tombe, il serait extrêmement difficile voire impossible pour un dirigeant de s'accuser lui-même de mauvaise gestion alors que cela pourrait lui être reproché au titre d'une faute de gestion¹⁴⁸⁰. Le critère de difficulté exclut toute cette peur, il exclut également les questions de délai comme cela est le cas dans la procédure de conciliation. Certes, le critère de difficulté peut paraître vague, mais il a au moins l'avantage de se situer en amont, avant l'aggravation des problèmes. Cette notion implique nécessairement une appréciation subjective. C'est pourquoi le concours des acteurs de la prévention dans l'appréciation de celle-ci devrait suffire à mesurer le bien fondé.

Ce faisant une bonne appréciation avec réalisme et anticipation de ce critère, va renforcer la crédibilité du dirigeant, qui aura pris l'initiative et d'éviter ainsi d'être contraint à agir par ses partenaires¹⁴⁸¹. En outre, il n'est pas de nature à porter atteinte au déficit d'initiative des dirigeants actuellement constatés du fait de l'effet sanction de la cessation des paiements. Il permettra également de mettre fin au risque d'imprécision de la situation de l'entreprise au moment de l'ouverture de la conciliation¹⁴⁸² et malgré l'institution du délai de 45 jours, il est parfois pratiquement difficile de déterminer avec exactitude si une entreprise est ou non en état de cessation des paiements lors de la demande d'ouverture de la conciliation. Dès lors, et dans l'hypothèse où le critère de difficulté serait retenu, les dirigeants pourront facilement sans crainte solliciter une procédure de prévention. La nature des difficultés importe peu, et toutes les difficultés pourront être évoquées par le débiteur¹⁴⁸³. L'avantage d'une telle

¹⁴⁷⁹ Il peut s'agir d'un incident grave, d'une crise de confiance avec les salariés, les actionnaires, qui exige un dialogue avec certains partenaires dans un climat apaisé sans qu'il ne soit besoin d'attendre que les difficultés ne s'amoncellent par une cessation des paiements prévue, prévisible voire annoncée.

¹⁴⁸⁰ G. Teboul, « la cessation des paiements : une notion sans avenir ? », Gz. Pal. 15 nov. 2007 n°319, P. 2.

¹⁴⁸¹ G. Téboul, art. préc.

¹⁴⁸² G. Couturier, Droit des sociétés et Droit des entreprises en difficulté, LGDJ 2013, n° 310, pp. 180 et s.

¹⁴⁸³ Le code de commerce et l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif évoquent plusieurs types de difficultés selon les procédures envisagées. Il peut s'agir de difficultés juridiques,

solution est d'abord l'effet psychologique qu'elle produira sur les débiteurs, ils seront moins pétrifiés à l'idée de se rendre au tribunal pour y déclarer un état de cessation des paiements, ensuite, ces derniers ne chercheront pas à « trafiquer les compteurs » d'après la formule assez savoureuse d'un auteur¹⁴⁸⁴. Ils exposeront plus facilement leurs difficultés et il reviendra aux présidents des tribunaux d'apprécier de manière concrète la situation en fonction des difficultés éprouvées. Ils devront le faire indépendamment de toute référence à un quelconque standard juridique¹⁴⁸⁵. Le rôle de ces derniers sera donc très important pour aider le débiteur à avoir confiance et ainsi exposer toutes ses préoccupations.

2- L'entreprise éligible à la prévention selon le critère de difficultés

816. Selon ce critère, l'entreprise éligible est celle qui dispose encore de toutes ses capacités de remboursement de ses dettes. C'est celle dont l'activité n'est pas condamnée à brève échéance. Sur cette base, il est possible de choisir les entreprises qui peuvent aspirer à la prévention de celles qui n'ont plus vocation à en bénéficier. Il n'est plus nécessaire dans cette hypothèse, de se référer au critère de la cessation des paiements puisque la situation est analysée au cas par cas. En revanche, la difficulté considérée doit être surmontable, ce qui signifie que l'entreprise dispose encore d'une capacité de réaction, son potentiel lui permettant de faire face à une solution plus plausible¹⁴⁸⁶. Ce faisant, on peut dire que le critère de difficulté aura plus vocation à préserver les entreprises et les dirigeants alors que la cessation des paiements devra être utilisée pour sanctionner le dirigeant incompetent qui justement n'aura pas pris l'initiative de la prévention au moment où les difficultés étaient encore surmontables.

817. Il faut toutefois relever que l'arsenal juridique existant tant en droit français et en droit Ohada, la prévention demeure une notion plus culturelle, politique que juridique. Aussi, elle pourrait connaître un meilleur sort si les mentalités évoluaient en parallèle. Les instruments juridiques existent désormais et il appartient aux agents économiques d'en faire

économiques ou financières, avérées ou prévisibles (Conciliation) des difficultés insurmontables (sauvegarde), de difficultés économiques et financières mais non irrémédiablement compromise (règlement préventif)

¹⁴⁸⁴ L'expression est du professeur Philippe Pétel, expression reprise ici par G. Teboul, in La cessation des paiements : une définition sans avenir ? Gaz. Pal. 15 nov.2007 n°319, P. 2.

¹⁴⁸⁵ Cour d'Appel de Lyon, 3^e ch. Civ. 31 mai 2006, Gaz. Pal. 07 octobre 2006 n° 280, P. 5, note Ch. Lebel.

¹⁴⁸⁶ G. Teboul, art. préc.

un bon usage. Mais cela passe aussi par une sensibilisation de tous les acteurs à la prévention car le succès de la prévention sera gagné si elle devient un acte de gestion pour les dirigeants.

Chapitre II: La sensibilisation à la culture de la prévention

818. Tous les acteurs de la prévention sont concernés par cette sensibilisation. A commencer par les pouvoirs publics mais surtout les juges. Pendant longtemps l'interventionnisme judiciaire dans les procédures de redressement des entreprises a été décrié. Il semble que des années plus tard cette omniprésence des juges dans le droit des entreprises en difficulté n'a pas disparue. Le domaine de la prévention s'en est trouvé affecté et il est nécessaire de relever cet aspect avant toute solution de sensibilisation à la prévention (Section I). Ensuite, la sensibilisation devra concerner tous les autres acteurs qui quotidiennement interviennent dans la vie des entreprises à divers titres (Section II).

Section I: Le préalable à la sensibilisation : L'assouplissement de l'interventionnisme judiciaire

819. Le droit français s'est toujours singularisé par le caractère judiciaire de ses procédures collectives¹⁴⁸⁷. Cette particularité aussi présente en droit Ohada à travers le règlement préventif s'est perpétuée et a fini aussi par contaminer les procédures de prévention. La présence des organes judiciaires et surtout du tribunal a souvent été justifiée par un désir de sécurisation du règlement à l'amiable des difficultés car le « tout contractuel » présentait souvent le risque majeur de servir de terrain propice à des pratiques frauduleuses d'un débiteur en proie aux difficultés et de certains de ses créanciers¹⁴⁸⁸. Pourtant, le succès des procédures de prévention repose en grande partie sur la confidentialité et la confiance lors du traitement des difficultés¹⁴⁸⁹. Bien que nécessaire à l'instauration d'une certaine sécurité juridique dans la mise en œuvre des différentes techniques de prévention, l'assouplissement de leur intervention pourrait renforcer la confiance des créanciers et les inciter d'avantage à participer à la prévention. Une fois que ce pari certes risqué¹⁴⁹⁰ sera gagné, les nombreuses mesures de prévention instituées pourront être diffusées à tous les niveaux, c'est-à-dire au niveau national et au niveau communautaire (Paragraphe I). Mais une diffusion dans un cadre fortement judiciairisé pourrait ne pas produire d'effets attractifs véritables en raison du caractère pesant de la surveillance judiciaire (Paragraphe I).

¹⁴⁸⁷ C. Saint - Alary – Houin , op. cit, n° 49 , p. 33.

¹⁴⁸⁸ G. Couturier, op.cit., n° 305, p. 178.

¹⁴⁸⁹ A. Diesbecq et Ph. Roussel Galle, Gaz. Pal. , 01 janv. 2013 n°1, p. 13.

¹⁴⁹⁰ Risqué, parce que c'est une tradition française qui a été reconduite en droit Ohada.

Paragraphe I: Le caractère pesant de l'omniprésence judiciaire

820. L'omniprésence judiciaire dans les solutions préventives est pesante en ce qu'elle ne favorise pas l'éclosion de solutions négociées. Ce faisant, elle est répulsive de l'idée de prévention (A) qui devrait pourtant se développer dans un cadre contractuel moins judiciairisé (B). Toutes ces solutions ne pourront produire un effet véritable que si la règle de confidentialité qui encadre les différentes procédures de prévention fait l'objet d'une sanction en cas de violation (C).

A- Le caractère paradoxal de la surveillance judiciaire de la prévention

821. Malgré le caractère contractuel fortement affirmé par les différents législateurs, l'omniprésence judiciaire reste pourtant assez remarquable. Là où certaines législations ont opté pour une contractualisation maximum¹⁴⁹¹, le droit français et le droit Ohada prônent une judiciarisation. Mais cette judiciarisation est à relativiser puisqu'elle beaucoup plus marquée dans la prévention amiable que dans la prévention judiciaire.

822. Dans la prévention amiable et plus précisément au niveau de la procédure de conciliation de droit français qu'on observe l'instauration d'un système de contrôle de la négociation. Certes la procédure de conciliation demeure une technique volontaire et avantageuse mais l'accord qui en résulte est fortement encadré. Cet encadrement essentiellement judiciaire se manifeste par des acteurs que sont le juge et le conciliateur lequel est nommé par le président du tribunal lors de l'ouverture de la conciliation. A ces deux acteurs majeurs, il faut ajouter le mandataire à l'exécution de l'accord¹⁴⁹² dont le rôle sera de surveiller le débiteur pendant toute la durée de l'exécution de l'accord. Outre le conciliateur qui peut être nommé mandataire, le juge de la prévention n'est plus seulement le juge de la

¹⁴⁹¹ E. Joanne, La procédure de sauvegarde des entreprises, étude comparée de droit américain et français, thèse de doctorat, université de Saint – Etienne 2007, p. 174.

¹⁴⁹² Le mandataire à l'exécution de l'accord est l'un des nouveaux organes introduit par l'ordonnance du 12 mars 2014 ; Aux termes de la rédaction de l'alinéa 3 du texte de l'article L.611-8 issu de l'ordonnance citée, le président du tribunal qui constate ou homologue l'accord peut à la demande du débiteur désigner le conciliateur en tant que mandataire à l'exécution de l'accord pendant la durée de son exécution.

détection des difficultés, mais bien plus un juge qui selon la volonté des parties à l'accord, intervient soit pour constater l'accord soit pour l'homologuer.

823. Les moyens de la surveillance de la conciliation¹⁴⁹³ ressemblent par contre aux mécanismes propres aux procédures collectives en période d'observation ou lors de l'élaboration d'un plan. Il s'agit notamment des délais de grâce¹⁴⁹⁴ déjà prévus par l'ordonnance du 18 décembre 2008¹⁴⁹⁵ et reconduit par l'ordonnance du 12 mars 2014. La nouveauté avec ces mesures de faveurs est qu'elles pourront désormais être octroyés dans les mêmes conditions pendant la phase d'exécution de l'accord de conciliation. La solution n'est toutefois pas absolue puisqu'il est possible pour le débiteur qui est mis en demeure lors de l'exécution de l'accord par un créancier, d'obtenir du président du tribunal ou du tribunal qui a prononcé la résolution de l'accord¹⁴⁹⁶ la déchéance de tout délai de paiement accordé.

824. Dans la même logique et comme cela est le cas pour le régime des contrats en cours lors de la période d'observation, le législateur a depuis la dernière réforme interdit les clauses défavorables au débiteur, en décidant qu'elles sont réputées non écrites¹⁴⁹⁷. Une telle solution en ce qu'elle est contraire à la nature contractuelle de la conciliation porte nécessairement atteinte à la loi du contrat. L'ensemble de ces mesures même si elles répondent à l'impérieux objectif qui est celui d'aboutir à la conclusion d'un accord conventionnel bénéfique à l'entreprise, elles risquent en revanche de dénaturer profondément la conciliation en la basculant dans le périmètre des procédures judiciaires. Ce qui constituerait un handicap, à son attractivité car si elle doit connaître un succès ce sera nécessairement à cause de son caractère contractuel.

825. Toutefois, il n'y a pas que la procédure de conciliation dans laquelle le caractère contradictoire de la présence judiciaire est observable. L'encadrement judiciaire est en effet très poussé dans les procédures de prévention judiciaire même si la tendance actuelle est à une

¹⁴⁹³ v. à ce sujet, M. Rolain, « Entre contractualisation et sujétions : le brouillage des pistes dans le traitement des difficultés », LPA, 17 déc. 2014 n° 251, p. 7.

¹⁴⁹⁴ Cette mesure consistera pour le débiteur à obtenir un report ou un échelonnement du paiement de sa dette sur une période maximum de deux années

¹⁴⁹⁵ Voir les articles 1244-1 et suivants du code civil qui avaient été introduits dans le code de commerce notamment aux articles L. 611-7, alinéa 8 et L. 611-8, II 3°.

¹⁴⁹⁶ Art. L. 611-10 – 3 C. com ; Pour plus de détails sur ce sujet v.D. Legaeis, Portée de la réforme du droit des procédures collectives, RT bancaire et fin. mai 2014, n°3, comm. 102.

¹⁴⁹⁷ L. 611-16 C.com.

contractualisation incitative¹⁴⁹⁸. Qu'il s'agisse de la sauvegarde ou du règlement préventif, l'omniprésence judiciaire est la règle et la liberté contractuelle l'exception. Le rôle du tribunal lors du jugement d'ouverture est indispensable dans les procédures judiciaires, celui-ci est aidé dans sa tâche par des organes spécialement nommés à cet effet¹⁴⁹⁹. Plus concrètement, il revient au tribunal français et africain de contrôler la recevabilité des procédures de sauvegarde et de règlement préventif.

826. Au contraire, le juge américain des faillites n'intervient que de manière exceptionnelle et a posteriori. En effet, l'aspect judiciaire constaté dans le plan de sauvegarde et dans le concordat préventif contraste avec l'esprit libéral américain qui se singularise par une quasi absence d'intervention d'un juge ou d'un organe judiciaire quelconque¹⁵⁰⁰. Ainsi en droit américain, le juge ne contrôle pas la légitimité d'une demande de mise sous sauvegarde. La solution du droit français n'est pas pour autant dénuée de tout intérêt puisque qu'elle tend à assurer une certaine moralisation au niveau des affaires par un contrôle des conventions que le débiteur et ses créanciers pourraient être amenés à passer. Un auteur faisait remarquer que dans les moments de difficultés économiques aigües, certains dirigeants souvent confrontés à des intérêts personnels, pouvaient être amenés à « succomber à la tentation de la déloyauté, de l'arrangement, de la collusion, de la spoliation, voire de la plus achevée des malhonnêtetés »¹⁵⁰¹. Et le même auteur d'ajouter qu'étant donné que « la prévention des difficultés des entreprises n'est pas une confrontation courtoise et policée entre bons amis »¹⁵⁰²

827. Cependant, à l'intérieur de l'union européenne, certaines législations ne partagent pas cette solution. Ainsi aux royaumes unis par exemple, il revient aux créanciers en dehors de toute intervention judiciaire, de contrôler les procédures collectives¹⁵⁰³. Toutefois, cette approche est critiquable puisque toute la philosophie de la prévention repose sur la confidentialité et la souplesse des mécanismes prévus. Elle interdit de ce fait, toute immixtion

¹⁴⁹⁸ Tout membre d'un comité de créancier peut désormais un projet de plan de sauvegarde alternatif à celui que peut proposer le débiteur, voir sur ce point les articles L.626-30-2, L. 626-30-3 et L.626-31 du code de commerce ; v. m. Rolain, art. préc.

¹⁴⁹⁹ Pour le droit français, il s'agit du juge commissaire, du mandataire judiciaire à la liquidation mais également d'un administrateur judiciaire si cela est nécessaire. Pour le droit Ohada, il s'agit du juge commissaire et du syndic qui sont les principaux organes du redressement judiciaire prévu dans le même acte uniforme.

¹⁵⁰⁰ J. Elia, Thèse de doctorat, préc. p. 174.

¹⁵⁰¹ H.- J. Nougéin, Le juge et la prévention, in le juge et l'économie, RJ com. Nov. 2002, p. 30. spéc. p. 33.

¹⁵⁰² H.- J. Nougéin, art. préc., p. 33.

¹⁵⁰³ J. Elia, Thèse de doctorat, préc.. p. 175.

ou implication de l'appareil judiciaire. Ce caractère paradoxal de la surveillance judiciaire des procédures préventives s'est récemment renforcé avec l'ordonnance du 12 mars 2014 par l'introduction dans la procédure de conciliation d'un nouvel organe chargé de veiller à l'exécution de l'accord. Cet autre organe judiciaire, en l'instar du conciliateur et du tribunal, par son institution, pourrait effrayer les créanciers à participer à la conciliation. Cet paysage ainsi judiciarisé de la conciliation doit être assoupli. En ce sens, en raison des conséquences financières qu'une telle nomination pourrait avoir sur le débiteur qui se trouve déjà en difficulté, il serait mieux indiquer d'opter pour sa suppression sinon la conciliation risque d'être considérée comme une procédure budgétivore à l'image des procédures collectives. Dépossédée de cette emprise judiciaire, la procédure de conciliation pourrait gagner en efficacité si l'aspect contractuel est davantage renforcé. Une telle solution est aussi souhaitable pour la procédure de sauvegarde dont l'aspect contractuel plus que désormais incitatif¹⁵⁰⁴ a été élargi par l'ordonnance du 12 mars 2014¹⁵⁰⁵. Quant au droit Ohada, il faut encourager les rédacteurs du nouvel acte uniforme de poursuivre l'effort de contractualisation ainsi amorcé. Ce faisant, renforcer et favoriser les mesures contractuelles doit être privilégié au niveau des deux systèmes de prévention.

B- Le renforcement des solutions contractuelles et volontaires

828. Les solutions contractuelles envisagées en l'espèce dépendent de celles déjà existantes dans chaque ordre juridique concerné. Il y a lieu de les renforcer en vue de les rendre plus efficaces. Ces solutions sont espérées en droit français (1) notamment la conciliation et la sauvegarde. Elles le sont davantage en droit Ohada puisque contrairement au droit français, il n'en existe pas. Il faut donc parler dans cet ordre juridique de la nécessité d'instituer de telles solutions que de les renforcer, puisque par hypothèse, on renforce ce qui existe, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En cela, l'avant projet de réforme de l'acte uniforme annonce déjà les couleurs puisqu'il entend créer à l'instar du droit français une procédure de conciliation¹⁵⁰⁶. Les initiateurs envisagent également dans l'avant projet de réforme d'introduire dans le domaine des procédures collectives, une nouvelle procédure de règlement préventif dite

¹⁵⁰⁴ M. Rolain, art. préc.

¹⁵⁰⁵ Art. L. 626-30-2, L. 626-30-3 et L. 626-31 C. com ; la réforme selon des auteurs a renforcé l'aspect contractuel de la sauvegarde en donnant un peu de pouvoirs aux créanciers dans l'élaboration du projet de plan de sauvegarde. V. à ce sujet, R. Dammann et G. Podeur, « le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 » : D. 2014, p. 752.

¹⁵⁰⁶ Article 4 de l'avant projet d'amendements à l'acte uniforme sur l'acte uniforme portant procédure collective d'apurement du passif.

procédure de règlement préventif simplifié. Ces mesures nouvelles (2), si elles sont adoptées, constitueront des outils précieux de prévention de la cessation des paiements pour les débiteurs de l'espace Ohada. Reste à savoir si les mêmes lacunes observées en droit français n'ont pas été reconduites comme cela est de tradition pour le législateur Ohada ? En outre, il serait tentant de se demander si ces mesures à venir sont vraiment adaptées à l'économie des états membres concernés car la prévention demeure avant une notion culturelle voire politique avant d'être juridique.

1- Les solutions espérées en droit français

829. Comme cela a été déjà relevé, le droit français dispose d'un système de prévention équilibré qui s'appuie fondamentalement sur des solutions contractuelles mais qui ne néglige pas non plus les solutions judiciaires. Le législateur ayant pris le pari de privilégier la solution contractuelle, il y a lieu de renforcer celles par l'adjonction d'autres mesures qui pourraient rendre encore plus efficace le système de prévention. Le législateur a de ce fait, depuis la dernière réforme de 2014, donne la possibilité aux parties appelées en conciliation la possibilité d'organiser une cession partielle ou totale de l'entreprise. Confié au conciliateur dont la mission s'est de ce fait élargie, ce prepack cession sera négocié lors de la conciliation, mais sera réalisé dans le cadre d'une procédure de sauvegarde. Cette nouveauté signifie que le domaine de la conciliation n'est pas fermé encore moins limité. Au contraire, il faut en déduire qu'il est possible d'admettre d'autres solutions dans la procédure de conciliation pourvu que celles-ci permettent d'éviter la cessation des paiements ou de la traiter ou encore de sauvegarder l'entreprise. Dans cette perspective, la liquidation amiable pourrait parfaitement constituer une solution alternative dans la procédure de conciliation (a). Quant à la procédure de sauvegarde, le droit de proposer un plan concomitamment à celui du débiteur, devrait servir de prétexte également pour leur reconnaître un droit d'initiative (b).

a) L'adjonction de la liquidation amiable en conciliation

830. Dans le dispositif actuel, la seule technique retenue par le législateur et utilisable en conciliation est celle de la cession partielle et totale instituée par l'ordonnance du 12 mars 2014 et dont le rôle est lutter contre le nombre fort élevé des liquidations judiciaires. Cette technique inspirée du droit américain, négocié en conciliation sous l'égide du conciliateur, ne

pourra être réalisée que dans une procédure collective subséquente¹⁵⁰⁷. Aussi, convient-il de relever qu'il est donc possible à titre prospectif que le législateur n'en restera pas à cette seule technique de restructuration amiable. De ce point de vue, la question peut se poser de savoir si la technique de liquidation souvent proposée¹⁵⁰⁸ et défendue par des auteurs¹⁵⁰⁹ ne mérite pas d'être retenue en conciliation.

831. En effet, pourquoi ne pas admettre, et dans un souci d'anticipation d'une procédure collective, et dès lors que cela est la volonté du débiteur, l'ouverture d'une liquidation amiable dans la procédure de conciliation. On peut se demander si les chefs d'entreprises de mauvaise foi ne vont pas tenter d'en profiter au détriment de l'intérêt des créanciers. Une telle crainte, d'ailleurs légitime, pourrait être dissipée par l'intervention d'un juge qui pourrait user de ses pouvoirs d'investigation afin d'empêcher toute fraude de la part du dirigeant. Plus concrètement, la technique de la liquidation amiable doit se dérouler sous contrôle judiciaire¹⁵¹⁰. Pour l'auteur cité, défenseur de cette solution, la liquidation amiable pourrait par exemple convenir à des débiteurs en difficulté qui n'éprouvent plus la motivation et la force nécessaires pour poursuivre l'exploitation de l'activité, et pour ce faire, souhaitent se retirer « honorablement ». Il en résulte qu'il revient au débiteur comme pour toute procédure contractuelle de prévention, de déclencher la procédure en sollicitant du président du tribunal la nomination d'un liquidateur pour procéder à la mise en œuvre de l'opération de liquidation. Il peut également y être incité après sa convocation par le président du tribunal de commerce ou par celui de grande instance. La mise en œuvre de la liquidation amiable judiciaire doit pouvoir permettre le désintéressement de l'ensemble des créanciers du débiteur. Le comité d'entreprise ainsi que le ministère public devraient être informés de l'ouverture de la procédure de liquidation amiable¹⁵¹¹. Quant aux conditions d'ouverture, celles retenues pour la conciliation pourrait bien convenir en raison de leur pragmatisme. Ainsi décrite, la liquidation amiable est une solution intéressante pour un débiteur certes de bonne foi, mais

¹⁵⁰⁷ Art. L. 640-1 C. com.

¹⁵⁰⁸ La liquidation est l'une des propositions du rapport présenté en 2001 par le sénateur J.-J Hyest, il s'agit plus précisément du rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation portant Prévention et traitement des difficultés des entreprises : une évaluation des procédures et de leur mise en œuvre, 2001.

¹⁵⁰⁹ Y. Chaput, Prévention des difficultés des entreprises, Propos « partiels » sur le rapport Hyest, RLDA, mai 2002, n° 49, p. 5.

¹⁵¹⁰ Y. Chaput, la liquidation amiable sous contrôle judiciaire d'une entreprise en difficulté, in Mélanges Michel Cabrillac, Litec, 1999, p 677.

¹⁵¹¹ Y. Chaput, art. préc. In Mélanges Michel Cabrillac.

« dépassé par les évènements »¹⁵¹², de pouvoir mettre fin à la poursuite d'une activité dont il est certain qu'elle finira par le conduire à l'ouverture d'une procédure collective ultérieure.

832. Toutefois d'après un autre auteur¹⁵¹³, son application aux procédures de prévention et plus spécifiquement à la conciliation peut s'avérer délicate voire impossible. En effet, selon Monsieur Gaël Couturier dans son ouvrage précité¹⁵¹⁴, la finalité du droit de la prévention est la sauvegarde de l'entreprise. Or cette finalité n'est pas celle de la liquidation qui au contraire, entraîne la disparition de l'entreprise sociétaire. Cette finalité fait donc obstacle à l'utilisation de la liquidation amiable dans le cadre des procédures amiables des difficultés. Par voie de conséquence, la conciliation et encore moins le mandataire ad hoc ne sauraient accueillir la liquidation amiable en leur sein en tant que technique contractuelle de prévention.

833. Quoique séduisante, et partiellement fondé, l'argument tiré de la finalité ne semble pas pour autant convainquant pour exclure le bénéfice de la liquidation amiable du domaine de la prévention amiable. Il ne doit pas emporter la conviction de tous au regard de la philosophie nouvelle des procédures de prévention de la cessation des paiements.

834. D'abord, s'agissant de la conciliation, Monsieur Couturier omet de relever volontairement ou involontairement que la procédure de conciliation, d'après l'article L. 611-4 du code de commerce, pouvait bénéficier au débiteur qui se trouve en état de cessation des paiements à condition que cet état ne date pas de plus de quarante cinq jours. Ce faisant, en admettant la cessation des paiements dans une procédure dite contractuelle, le législateur ne verrait aucun obstacle à ce que la fonction de sanction attachée à la cessation des paiements s'applique dans ces procédures. Pour dire simple, étant donné que la cessation des paiements demeure, malgré la dilution de sa fonction depuis la réforme de 2005, la condition d'ouverture des procédures collectives de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire¹⁵¹⁵, il n'est pas exclu que la finalité poursuivie par la conciliation ne soit figée au stade de la sauvegarde

¹⁵¹² Selon l'expression du Professeur Chaput, La liquidation amiable sous contrôle judiciaire d'une entreprise en difficulté, op. cit.

¹⁵¹³ G. Couturier, Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté, LGDJ, 2013, p. 216

¹⁵¹⁴ G. Couturier, op. cit. p. 216.

¹⁵¹⁵ Pour le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire de droit français, v. respectivement les articles L. 631-1 du code de commerce et L. 640-1 du code de commerce. Il ressort de la combinaison de ces textes de loi que l'ouverture de ces deux procédures collectives est conditionnée par la constatation d'un état de cessation des paiements du débiteur, situation qu'on retrouve dans la procédure de conciliation. Le délai de quarante cinq jours ne doit faire perdre de vue que le débiteur est bel et bien en état de cessation des paiements.

de l'entreprise. Au contraire, la conciliation peut avoir intérêt à liquider l'entreprise si le maintien de celle-ci en activité s'annonce difficile en termes de prospection.

835. Ensuite, depuis l'ordonnance du 12 mars, il est possible d'opérer une cession partielle ou totale de l'entreprise mais qui ne pourrait être mise en œuvre que dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire »¹⁵¹⁶. Autrement dit, la conciliation n'entend pas seulement procéder à la sauvegarde de l'entreprise, mais elle peut servir désormais de cadre à préparer une liquidation future de l'entreprise. En effet, d'après le texte de l'article L. 640-1 du code de commerce cité, « la procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ... » de l'entreprise. L'affirmation selon laquelle, les procédures de prévention à l'image de la conciliation, tendent à la sauvegarde de l'entreprise n'est donc vraie qu'en partie. Le maintien de l'exploitation dépend de la volonté du débiteur, c'est à lui que revient la décision du maintien en exercice de son activité.

Pour dire vrai, les procédures de prévention ont deux finalités, ceux de permettre la sauvegarde de l'entreprise mais aussi de procéder au traitement des difficultés au moyen de la liquidation de l'entreprise. En cela, la liquidation amiable semble parfaitement compatible avec la procédure de conciliation de même que le mandat ad hoc. En effet, dans cette dernière, le caractère souple de sa mise en œuvre permet au président du tribunal, de décider de la solution adaptée à la situation du débiteur. Dès lors, si la volonté du débiteur est de procéder à la liquidation de son entreprise, il ne devrait pas avoir, d'un point de vue strictement juridique, d'obstacle à la réalisation de l'opération à condition que toutes les vérifications soient faites par le tribunal pour désintéresser les créanciers¹⁵¹⁷.

b) La reconnaissance d'un droit d'initiative à certains créanciers dans la procédure de sauvegarde de droit français

836. Les procédures de prévention se singularisent par leur caractère volontaire. Seuls les débiteurs peuvent requérir leur déclenchement en sollicitant le tribunal. Contrairement aux

¹⁵¹⁶ Art. L. 611-7 alinéas 1.

¹⁵¹⁷ Y. Chaput, art. préc.

procédures collectives, les créanciers sont exclus du droit d'initiative de ces procédures. Cette solution a toujours existée dans le droit antérieur et la loi de 2005 et les différentes modifications l'ont perpétuée davantage en fermant le prétoire de la saisine aux créanciers en matière de procédure de prévention. Il peut donc paraître surprenant de vouloir reconnaître un droit d'initiative aux créanciers puisque par hypothèse la loi le leur interdit. Pourtant, il ya de bonnes raisons de penser que ce droit d'initiative pourrait être reconnu à certains créanciers du débiteur en sauvegarde.

En effet, l'ordonnance du 12 mars 2014 a considérablement rééquilibré les pouvoirs des créanciers¹⁵¹⁸ en leur permettant de proposer un plan concomitamment à celui du débiteur. Cette nouvelle mesure qui peut être considérée comme un pas significatif vers la contractualisation du droit des procédures collectives¹⁵¹⁹ peut constituer une source d'espoir pour les créanciers. En effet, en vertu du principe du parallélisme des formes, si le législateur permet désormais aux créanciers du débiteur membre d'un comité de proposer un plan alternatif qui peut d'ailleurs être retenu par le tribunal, c'est qu'il est possible également de leur reconnaître le droit de déclencher l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Puisque cela revenant au même, même si les créanciers sollicitent l'ouverture d'une sauvegarde, le débiteur conservera toujours son droit de proposition d'un plan de sauvegarde. Donc en définitive, il ne perd rien, au contraire, le fait que ses créanciers saisissent le tribunal démontre leur bonne volonté de collaboration au succès du plan. Ce faisant, même si l'initiative de l'ouverture de la sauvegarde émane des créanciers, le débiteur ne perd pas ses droits. Ainsi, les délais de paiements pourront toujours lui être accordés¹⁵²⁰. Finalement, au regard de la réforme de 2014 citée, il faut s'attendre à ce que le droit d'initiative en matière de prévention des difficultés leur soit reconnu.

2- L'amélioration des solutions proposées par la nouvelle réforme de l'acte uniforme

837. Les principales solutions instituées par le nouvel acte uniforme concernent l'adoption de la procédure de conciliation d'une part et d'autre part l'institution d'une procédure de règlement préventif simplifiée au profit des petites entreprises. Ces deux procédures marquent une évolution importante du dispositif de prévention de droit Ohada. Toutefois loin de

¹⁵¹⁸ F.-X. Lucas, « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », BJE, 01 mars 2014 n° 2, P. 111 ; M. Rolain, art. préc. v. également Art. L. 626-30-2 C.com.

¹⁵¹⁹ M. Rolain, art. préc.

¹⁵²⁰ Art. L. 626-30, « chaque projet de plan peut notamment prévoir des délais de paiement, des remises... »

constituer des solutions intangibles, elles doivent encore être améliorées sur certains points afin d'être meilleures. Le premier point d'amélioration possible concerne les mesures incitatives instituées en faveur du débiteur. Pour donner plus de chance à l'entreprise d'être sauvée, l'implication des créanciers publics est plus que nécessaire (a). Le deuxième point a trait au régime du règlement préventif qui doit être clarifiée pour une meilleure efficacité (b). enfin pour ce qui est du dernier point à améliorer, il vise l'association du débiteur dans la fixation de la rémunération de l'expert en règlement préventif (c).

a) L'élargissement du domaine de la procédure de conciliation aux créanciers publics

838. Le législateur Ohada n'a pas jugé opportun la reconduction de la solution de droit qui consiste à faire des créanciers publics des partenaires indispensables dans le dispositif de prévention. En effet, alors que les créanciers publics occupent une place de choix dans le dispositif de prévention de droit français¹⁵²¹, le droit Ohada semble ne pas accorder un rôle important à ces derniers. Et pourtant dans l'espace Ohada, les créances des administrations publiques sont très importantes et à ce titre, les créanciers de ces organismes devraient être invités à participer aux négociations. La solution adoptée par le législateur africain est d'autant curieuse qu'il reconnaît lui-même que les créanciers publics peuvent être titulaires de créances dont la connaissance par l'expert désigné dans le cadre de la procédure de règlement préventif¹⁵²² peut permettre de donner d'une exacte information sur la situation du débiteur. En ne retenant que les créanciers privés, le nouveau texte de loi compromet les chances de sauvetage de l'entreprise. En effet, puisqu'ils ne sont pas concernés par la procédure de conciliation, les créanciers publics dont la masse créancière est souvent très importante, peuvent utiliser tous les voies de recours de droit commun pour obtenir le paiement de leur dette. En conséquence, ces actions qu'ils sont en droit d'exercer sur le débiteur peuvent aggraver la situation financière du débiteur.

¹⁵²¹ J.- C. Vallens, « Les remises de dettes publiques », petites affiches 11 juin 2008 n° 117, p. 10 ; A. Lienhard, Sauvegarde des entreprises : remises de dettes des créanciers publics, D. 2007, p. 428 ; R. Valiot, L. Le Guernève et F. Abitbol, « Les abandons de créances publiques, Gaz. Pal. des 13-14 avril 2007, p. 9 ; P. Gourdain, « Remises des créances : le frein de l'article R. 626-13 du code de commerce, D. 2007, p. 2546 ; B. Lagarde « le fabuleux destin des dettes publiques », Gaz. Pal. des 13-14 avril 2007, p. 3 ; F. Demalle, « Les nouvelles possibilités de participer au remboursement des entreprises en difficulté ouvertes aux créanciers publics par le décret du 5 février 2007, cahiers du droit de l'entreprise, 2007, n° 2, p. 35.

¹⁵²² Aux termes de l'article 12 du nouvel AUPCAP, l'expert au règlement préventif peut nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication par les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociales... »

839. L'exemple du droit français permet d'apprécier l'importance de cette catégorie de créanciers dans le dispositif de prévention. En effet, les créanciers publics c'est à dire les administrations financières (trésor public, la douane) et les organismes sociaux en particulier l'Urssaf¹⁵²³, peuvent faciliter la conclusion de l'accord en acceptant des sacrifices afin d'aider le débiteur à redresser l'entreprise. Ces sacrifices peuvent se présenter sous la forme soit de remises de dettes ou l'octroi des délais de paiement au débiteur. Les remises de dettes sont prévues par l'article L.626-6 du code de commerce. Ce texte qui est en principe prévu pour la procédure de sauvegarde est également applicable par renvoi à la procédure de conciliation et à la procédure de redressement judiciaire. Ces abandons de créances publiques doivent être accordés "dans les conditions similaires à celles que lui octroierait, dans les conditions normales de marché, un opérateur économique privé placé dans la même situation"¹⁵²⁴. Les remises portent indistinctivement sur les créances privilégiées et les créances chirographaires, faute de distinction dans les textes, peu importe également que les dettes concernées soient antérieures ou postérieures au jugement d'ouverture de la conciliation¹⁵²⁵.

840. Ces remises ont pour objet de faciliter la restructuration financière de l'entreprise en difficulté, la poursuite de son activité économique et le maintien de l'emploi¹⁵²⁶. Il en résulte qu'elles sont aussi un moyen de faciliter le recouvrement ultérieur des créances, en permettant la poursuite d'activité du débiteur¹⁵²⁷. Les créances concernées par ces remises de dettes revêtent un domaine large mais se résument pour l'essentiel aux impôts directs dus à l'état et aux collectivités locales et aux impôts indirects pour lesquels seuls les pénalités entrent dans le champ d'application des remises¹⁵²⁸.

841. De surcroît, les remises peuvent porter sur tout ou partie de ces dettes, ce qui constitue une mesure favorable au redressement du redevable. A côté des remises stricto sensu, le code de commerce¹⁵²⁹ prévoit aussi la possibilité pour les créanciers publics tels que définis ci-dessus, de fournir d'autres efforts, tels que, des cessions de rang de privilège ou d'hypothèque, l'abandon de sûretés ou encore la possibilité pour le débiteur de bénéficier des délais de

¹⁵²³ Union de recouvrement pour la sécurité sociale et les allocations familiales.

¹⁵²⁴ ¹⁵²⁴ J.-L. Vallens, "Les remises de dettes" LPA, 11 juin 2008 n°117, p.10.

¹⁵²⁵ J.-L. Vallens, art. préc. , n°117, p.10.

¹⁵²⁶ F.Perochon, op.cit.n° 153.

¹⁵²⁷ J.-L. Vallens, art. préc. n°117, p.10.

¹⁵²⁸ J.-L. Vallens, art. préc. n°117. p. 10.

¹⁵²⁹ Art. L.626.6 al.3 C.com

paiement. Cette dernière mesure incitative est contenue dans l'article L.611-6 du code de commerce.

En effet, d'après cette disposition¹⁵³⁰ si au cours de la procédure, le débiteur est "mis en demeure" poursuivi par un créancier, le juge qui a ouvert cette procédure peut, à la demande et après avoir été éclairé par le conciliateur faire application des articles 1244-1 à 1244-3 du code civil. En revanche, sont exclus du bénéfice des remises de dettes, notamment au titre des impôts indirects, la TVA, la part salariale des contributions et cotisations sociales, ainsi que l'acompte de taxe professionnelle¹⁵³¹. On peut cependant regretter le critère d'exigibilité des créances posé par les textes, ce qui pour certains auteurs pourrait fragiliser ou empêcher le débiteur de résorber ses difficultés. Une généralisation du critère aurait été préférable dans un souci d'éviter la faillite de l'entreprise. L'acceptation du dossier n'est pas acquise à l'avance en raison de la complexité des dossiers et surtout de la brièveté du temps en conciliation. Cela a fait dire que, ces remises risquent de ne pas être fréquentes dans la conciliation¹⁵³². Le rôle que pourrait jouer les créanciers publics dans la prévention de la cessation des paiements à travers les remises de dette dans l'espace Ohada est donc incontestable. En effet, la solution adoptée par le droit Ohada amène à penser qu'une entreprise ne peut avoir que des créanciers privés. Ce qui paraît peu probable surtout pour les entreprises de l'espace Ohada où les créances publiques sont encore très importantes. C'est pourquoi, les rédacteurs du nouvel acte uniforme devraient dans une prochaine réforme inclure les créanciers publics dans le système de prévention Ohada.

842. Dans le dispositif d'avant la réforme de l'acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif la prévention des difficultés repose sur la procédure de règlement préventif. Il en résultait que la prévention se passait dans un cadre essentiellement judiciaire. Cette solution n'a pas disparue, elle a été maintenue. A l'instar de la procédure de sauvegarde, la solution judiciaire est privilégiée. De ce point de vue, le droit Ohada n'adopte pas une solution innovante puisqu'elle ne fait que s'inspirer de ce qui se passe en droit français.

843. En revanche si l'emprise judiciaire dans la mise en œuvre du règlement préventif, peut présenter un avantage certain pour le débiteur du fait du bénéfice de la règle de l'arrêt provisoire des poursuites, elle peut en revanche, susciter la méfiance des créanciers du débiteur qui ne peuvent pas véritablement discuter le plan concordataire destiné au sauvetage

¹⁵³⁰ Art. L. 611-7, al3 C.com.

¹⁵³¹ J.-L.Vallens, art. préc. n°117, op.cit.p.10.

¹⁵³² G. Teboul, "Les remises de dettes publiques": mythe ou réalité? LPA 30 mars 2009, p.3.

de l'entreprise dont le sort est décidée en grande partie par le tribunal compétent. Or, il est utile que les créanciers participent de manière active à la sauvegarde de l'entreprise. Pour ce faire, le législateur Ohada doit leur offrir un cadre de négociation basée sur une confiance respective afin que de manière concertée, ils puissent parvenir à un accord consensuel destiné à éviter la cessation des paiements. Cette approche existe déjà en droit français à travers la procédure de conciliation dont la particularité est de permettre à un débiteur, même en état de cessation des paiements¹⁵³³, de déclencher l'ouverture de cette procédure. Ce faisant, de par leur association, les créanciers se sentent concernés par le devenir de l'entreprise.

844. Pour des besoins spécifiques à la pratique des affaires en France, la règle de l'ancienneté a été retenue. Ainsi, dans la procédure de conciliation, il est possible au débiteur de négocier un accord avec ses principaux créanciers alors qu'il est en état de cessation des paiements. La nouvelle réforme intervenue en droit OHADA n'a pas adoptée la position française puisque 'après l'article 2 nouveau de l'acte uniforme « la conciliation est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise par la conclusion d'un accord avec ses principaux créanciers et, le cas échéant, cocontractants ».. Ce choix est doit être approuvé ce serait rendre cohérent le système par rapport à la fonction de cessation des paiements. En outre, cette solution permet d'éviter de brouiller les pistes¹⁵³⁴ et de permettre au débiteur d'avoir une claire vision dans le choix de ses procédures¹⁵³⁵. Cela permet comme cela été démontré en droit français, d'éviter de créer une concurrence entre les différentes procédures notamment entre la conciliation et le redressement judiciaire et la liquidation des biens¹⁵³⁶ par référence à la cessation des paiements.

845. Toutefois, les deux systèmes garderaient la même approche de la prévention judiciaire. Le règlement préventif et la sauvegarde excluent la cessation des paiements et se singularisent par une omniprésence judiciaire avec toutefois une forte incitation à la

¹⁵³³ Sous réserve que cet état ne date pas de plus de quarante cinq jours.

¹⁵³⁴ M. Rolain, art. préc.

¹⁵³⁵ La multiplication des procédures en droit français a suscité des critiques de la part de certains auteurs qui pensent que l'avènement d'une nouvelle sauvegarde au lieu de la simplicité recherchée, participe au contraire, à rendre le dispositif plus complexe et complique le choix des dirigeants. Le chef d'entreprise peut avoir du mal à opérer un choix entre les trois procédures distinctes notamment les petites entreprises qui ne disposent pas souvent de conseils. V. L. Assaya, J. Day et M. Petitjean, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : l'ordonnance du 12 mars 2014 », LPA, 18 avril 2014 n° 78, P. 78.

¹⁵³⁶ M. Bayle, « L'enchaînement des procédures de prévention et de traitement de la cessation des paiements », LPA, 23 octobre 2008 n° 213, P. 3 ; E. Mouial-Bassilana et H. Laurence-Caroline, « L'agencement des différentes procédures instaurées par la loi de sauvegarde », LPA, 14 juin 2007 n°119, P. 39 ; A. Brunet, « Sauvegarde, conciliation et redressement judiciaire : L'illusion diversification des procédures destinées à sauver les entreprises en difficulté », Etudes de droit privé offertes à Paul Didier, Economica, 2008.

contractualisation du coté français, l'association des créanciers du débiteur dans l'élaboration du plan de sauvegarde ayant franchi une étape importante récemment avec la nouvelle ordonnance du 12 mars 2014, laquelle a consacré un équilibre des pouvoirs entre le débiteur et ses créanciers¹⁵³⁷. En outre pour les raisons de pragmatisme et d'efficacité, il aurait été indiqué que la conciliation version droit Ohada ne soit pas enfermée dans un délai comme c'est le cas avec le mandat ad hoc en droit français. Il devrait revenir au président de la juridiction compétente de déterminer le contenu de la mission du conciliateur en fonction de l'évolution de la situation de l'entreprise. Pourtant, il est regrettable de constater à la lecture de la réforme que les rédacteurs du texte aient affecté le délai de trois mois avec possibilité de prorogation d'un mois soit finalement quatre mois en tout¹⁵³⁸.

La confidentialité qui est le gage du succès des procédures amiables de prévention des difficultés des entreprises a été prise en compte à travers plusieurs dispositions¹⁵³⁹

b) La clarification du régime de la procédure de règlement préventif simplifié

846. L'institution du règlement préventif simplifié est la preuve de la prise en compte de la dimension informelle de l'entrepreneuriat dans l'espace Ohada. L'ancien règlement préventif de droit Ohada ne permettait pas à toutes les entreprises de bénéficier de cette procédure. Autrement dit, le règlement préventif n'était pas adapté à toutes les catégories socioprofessionnelles de l'espace Ohada. Ainsi la création de la nouvelle procédure de règlement préventif simplifiée rend les petites entreprises éligibles à cette procédure puisqu'elle est leur destinée.

847. La procédure de règlement préventif simplifiée concerne les toutes petites entreprises¹⁵⁴⁰ qui n'emploient pas ou presque pas de salariés¹⁵⁴¹ peu importe quelles réalisent un chiffre d'affaire très faible ou important. Cette procédure simplifiée constitue une véritable opportunité pour le secteur informel de l'espace Ohada qui regorge beaucoup d'entreprise de taille TPE. Son institution peut être perçue comme une réponse aux exigences particulières du

¹⁵³⁷ F.-X. Lucas, art. préc. ; M. Rolain, art. préc.

¹⁵³⁸ Art. 4-4 nouveau de l'avant projet d'amendements cité.

¹⁵³⁹ Les articles 5-9 ; 5-10 et 5-1 font référence à la confidentialité de la procédure

¹⁵⁴⁰ Article 1-3 du nouvel AUPCAP. Ce texte définit la petite entreprise comme celle « toute entreprise individuelle, société ou autre personne morale de droit privé dont le nombre de travailleurs est inférieur ou égal à vingt (20), et dont le chiffre d'affaires est n'excède pas cinquante millions (50. 000. 000) de francs CFA, hors taxes, au cours des douze derniers mois précédant la saisine de la juridiction compétente ».

¹⁵⁴¹ C.-Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, 9^e éd. LGDJ 2104, n°1364, p. 858.

traitement des dossiers impécunieux¹⁵⁴². Son caractère simplifié évite sa longueur. Elle est donc économique pour les plus petites entreprises qui ne disposent pas toujours suffisamment de moyens pour supporter les frais des procédures.

848. Par ailleurs, la durée du règlement préventif simplifié est plus brève que celle du règlement préventif de droit commun. Alors que le règlement préventif de droit commun est de trois mois plus un¹⁵⁴³, le règlement préventif simplifié est d'une durée inférieure soit deux mois quinze jours¹⁵⁴⁴. Le caractère court de la durée devrait se justifier par la rapidité de la procédure, l'une de ses vocations premières. Ensuite, cette brièveté devrait suffire à réduire si possible l'instrumentalisation de la procédure. L'avant-projet d'amendement préconisait une durée de 2 mois et demie¹⁵⁴⁵ soit 45 jours. La nouvelle n'a donc pas retenu le délai initial tel que voulu par les initiateurs du projet de réforme. Quoi qu'il en soit, comme nous l'avons démontré à propos de la procédure de conciliation de droit français, il est tout à fait maladroit de subordonner le règlement des difficultés d'une entreprise à des questions de délai puisque les entreprises présentent des difficultés de nature diverse. Par conséquent, le traitement de certaines difficultés peut prendre plus de temps que d'autres. Il aurait donc été judicieux de laisser le président du tribunal qui ouvre la procédure, à l'image du mandat ad hoc, le pouvoir de définir au cas par cas la mission du conciliateur sans fixer de délai.

849. Enfin on pourrait aussi se demander si cette nouvelle procédure va revêtir un caractère facultatif à l'image de la liquidation simplifiée de droit français¹⁵⁴⁶. Autrement dit, sera-t-il permis pour le petit débiteur qui bien que respectant les conditions d'application du règlement préventif, de l'esquiver et solliciter en lieu et place le règlement préventif de droit commun ? Le caractère facultatif doit être envisagé dans le cadre d'une procédure qui demeure purement volontariste même si la crainte qu'elle ne soit jamais choisie par les débiteurs en raison de sa durée qui est plus brève que celle du règlement préventif de droit commun.

¹⁵⁴² A. Martin-Serf, « La liquidation judiciaire simplifiée : encore plus simplifiée mais en concurrence avec le rétablissement professionnel ? », Gaz. Pal., 03 janv. 2015 n° 3 P. 23.

¹⁵⁴³ Article 9 alinéa 1^{er} et 13 alinéa 2 nouveau AUCPAC.

¹⁵⁴⁴ Article 24-4 nouveau AUPCAP.

¹⁵⁴⁶ En effet, dans cet ordre juridique, la liquidation judiciaire simplifiée devenait obligatoire si le débiteur, ne possédant aucun bien immobilier, employait au plus un salarié et réalisait un chiffre d'affaires hors taxes d'au plus 300 000 euros. En revanche, l'application demeurerait facultative si le débiteur dépassait les seuils précédents, sans dépasser d'autres seuils fixés par la loi.

C- La sanction de la violation de l'obligation de confidentialité des procédures préventives

850. La confidentialité est l'une des caractéristiques essentielles des procédures préventives prévues en droit français et en droit OHADA. Les dirigeants y attachent une importance particulière car elle leur permet dans un cadre organisé sous l'égide d'un mandataire de justice et sous le contrôle du président du tribunal compétent d'entamer les négociations en vue de faire face aux difficultés de l'entreprise. La règle de la confidentialité permet ainsi de rassurer le chef d'entreprise sur le fait que les discussions et les renseignements transmis resteront secrets. Les législateurs français et Ohada ont tenu à une application assez étendue de ce principe puisque toutes les personnes qui participent à une l'une des procédures préventives doit en avoir connaissance. Par conséquent tous les participants à un mandat ad hoc ou à une procédure de conciliation¹⁵⁴⁷ doivent respecter la règle de la confidentialité. D'une manière générale, la confidentialité est respectée dans les dossiers de prévention¹⁵⁴⁸. Toutefois, le risque de divulgation des difficultés de l'entreprise qui entreprend une démarche préventive existe. En effet, la presse peut se faire l'écho de l'ouverture d'une procédure de conciliation en citant nominativement le nom du débiteur concerné¹⁵⁴⁹, ce qui peut fragiliser les négociations engagées par le débiteur avec ses partenaires. Or en dépit des exigences posées par les articles L. 611-15 du code de commerce et de l'article 5-1 du nouvel acte uniforme, il n'existe aucune sanction en cas de violation de la règle de confidentialité. Pourtant, la mise en œuvre d'un régime de responsabilité de droit commun pourrait limiter le risque de violation de la règle de confidentialité. Il existe donc en la matière une certaine impunité. La règle de confidentialité pourra être violée autant de fois que possible et en l'absence de tout dispositif coercitif, l'auteur de la violation du mécanisme de la confidentialité ne sera pas inquiété. C'est pourquoi, pour être efficace, l'obligation de confidentialité doit être assortie d'une obligation de réparation fortement dissuasive en cas de violation¹⁵⁵⁰ L'action en responsabilité pourrait être ouverte par le dirigeant, le conciliateur devant le président du tribunal compétent qui a ouvert la procédure concernée.

¹⁵⁴⁷ Pour le droit français, v. art. L. 611-15 C. com. et pour le droit OHADA, v. art. 5- 1 nouvel AUPCAP.

¹⁵⁴⁸ D. Caramali, « Droit des entreprises en difficulté : quelques suggestions d'amélioration », D. 2013 p. 2417

¹⁵⁴⁹ D. Caramali, art. préc. p. 40

¹⁵⁵⁰ D. Caramali, art. préc. p. 41

851. Comme cela a été relevé dans nos développements précédents, la prévention n'est pas une notion juridique. Elle relève plutôt d'un état d'esprit, d'une volonté individuelle du dirigeant qui en éprouve le besoin. Aussi, n'étant pas encrée dans la culture de la plupart des dirigeants d'entreprise, il est nécessaire que les solutions de prévention qui sont instituées soient diffusées de la manière la plus large que possible. Cette diffusion sera l'affaire de certains acteurs dont le rôle sera quotidiennement, et selon leur niveau de responsabilité, d'œuvrer à l'implantation psychologique de la prévention en tant que technique de gestion de l'entreprise. Les objectifs fixés à cette diffusion doivent avoir une dimension transfrontalière (A) et ne pas se limiter seulement au plan interne. Mais cela exige que, les acteurs jouent leur partition en les relayant dans l'exercice de leurs fonctions respectives (B).

A- Les objectifs de la diffusion

852. Ces objectifs peuvent se résumer à trois éléments essentiels, l'indispensable divulgation des procédures dans chaque ordre juridique respectif (1) leur reconnaissance en droit français et en droit européen (2) et enfin un meilleur encadrement des organes de la prévention en droit Ohada (3).

1- La nécessaire connaissance des procédures de prévention en droit interne et dans chaque espace communautaire respectif

853. Si au niveau législatif des textes sont prévus pour permettre aux dirigeants de s'attaquer aux difficultés des entreprises, leur sauvegarde ne pourra être effective que si les procédures ainsi instituées sont connues des personnes qui sont censées les mettre en œuvre. Ainsi, une campagne nationale et régionale sur le thème de la prévention¹⁵⁵¹ pourrait permettre de renforcer leur connaissance auprès des chefs d'entreprise. Plus concrètement, il s'agira de lancer une vaste campagne d'information et de sensibilisation à l'échelle nationale

¹⁵⁵¹ A. Outin-Adam et S. Bienvenu, « Relancer la réforme des textes sur la prévention et le traitement des difficultés des entreprises, Axes de réflexion préconisés par la CCIP », Semaine juridique entreprises et affaires 2003, n°27 p. 1114.

et communautaire¹⁵⁵². Ce mouvement de sensibilisation devrait aussi se décliner au niveau local via le relais que sont les experts comptables et les avocats. En effet, il apparaît bien souvent que les chefs d'entreprise ignorent l'existence de ces mécanismes de prévention.

Comme cela a été très justement souligné par des auteurs¹⁵⁵³ « la prévention - anticipation est avant tout un problème d'information et de communication ». Il est donc impérieux que tout dirigeant soit informé de l'existence de ces solutions si au cours de l'exploitation de son activité, il arrivait à rencontrer des difficultés, il pourrait réagir et faire face à ces difficultés. Il faut que le dirigeant soit rassuré par l'existence de ces mesures et qu'il se dise qu'elles constituent un réel espoir de sauvegarde de son entreprise. Le dirigeant en difficulté doit savoir qu'en se rendant au tribunal compétent, il pourra évoquer ses problèmes non pas avec un juge mais plutôt avec un autre chef d'entreprise voire un autre partenaire¹⁵⁵⁴.

Pour cela, il doit réagir très rapidement car la prévention est incompatible avec la négligence, car il y a un temps pour la prévention qu'elle soit amiable ou judiciaire. Passée cette période, les chances d'éviter la cessation des paiements sont quasiment impossibles et la seule alternative qui reste est dans la majorité des cas la liquidation judiciaire. Ce qu'il faut donc dire aux dirigeants, que la prévention doit être considérée pour eux comme une technique de gestion de l'entreprise. Ce faisant, il faut promouvoir tant au plan interne comme au plan communautaire ces outils de traitement amiable ou judiciaire des difficultés des entreprises. Au plan interne, et s'agissant du droit français, les dirigeants doivent savoir qu'il existe désormais deux techniques de prévention amiables de la cessation des paiements¹⁵⁵⁵ et trois procédures judiciaires de prévention judiciaire de la cessation des paiements¹⁵⁵⁶. Pour le droit Ohada, les dirigeants des entreprises de l'espace Ohada doivent désormais se familiariser avec la procédure de conciliation mais aussi le règlement préventif, qui demeure toujours l'unique procédure judiciaire de prévention dont le concordat préventif constitue la technique de mise en œuvre¹⁵⁵⁷.

¹⁵⁵² On songe ici, aux pays membres de l'Ohada qui doivent promouvoir la prévention au niveau de la zone Ohada.

¹⁵⁵³ A. Outin-Adam et S. Bienvenu, art. préc.

¹⁵⁵⁴ A. Outin-Adam et S. Bienvenu, art. préc.

¹⁵⁵⁵ On pense dans cette hypothèse aux procédures de conciliation et de mandat ad hoc

¹⁵⁵⁶ Sont visées ici la procédure de sauvegarde de droit commun et les deux autres procédures dérivées que sont la sauvegarde accélérée et la sauvegarde financière accélérée, cette dernière étant considérée depuis la réforme de 2014 comme une variante de la première en ce qu'elle a fait perdre le caractère financier obligatoire à l'ouverture d'une telle procédure. V. sur la refonte de la sauvegarde financière accélérée après l'ordonnance du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises en difficulté et des procédures collectives, L. Assaya, J. Day et M. Petitjean, Réforme du droit des entreprises en difficulté : l'ordonnance du 12 mars 2014, Petites affiches, 18 avril n° 78, P. 6 ; L.-C. Henry, L'ordonnance n°2014-3 du 12 mars 2014 et l'ouverture des procédures, Gaz. Pal., 08 avril 2014 n° 98, P. 15.

¹⁵⁵⁷ S. Kokou Evelamenou, Le concordat préventif en droit Ohada, Thèse de doctorat, université Paris –Est 2012.

854. Au plan communautaire, l'effort doit être mené de la même manière que dans l'ordre interne. Il s'agira dans cette optique de mandater chaque Etat membre afin de faire connaître aux autres Etats membre de l'union, les mesures de prévention contenues dans son ordonnancement juridique de sorte à aboutir à une harmonisation des procédures de prévention. Si pour le droit Ohada, le problème de la connaissance ne se pose pas en raison de l'harmonisation du droit des entreprises en difficulté dans l'espace communautaire africain, en revanche, s'agissant du droit français, le problème de la reconnaissance des procédures de prévention par les autres États membres pourrait se poser nécessairement.

2- La nécessaire reconnaissance des procédures de prévention de droit français en droit européen

855. Pour rappel, le droit français de la prévention s'articule autour de cinq procédures en la matière. Il y a d'une part les deux procédures amiables que sont le mandat ad hoc et la conciliation, et d'autre part, la procédure de sauvegarde avec ses deux démembrements, la sauvegarde accélérée et la sauvegarde financière accélérée. Toutes ces procédures ne sont pas logées à la même enseigne au niveau du droit communautaire européen. Autrement dit, elles ne sont pas toutes considérées comme des procédures collectives d'insolvabilité¹⁵⁵⁸ au regard de l'article premier du règlement du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité¹⁵⁵⁹. Le règlement est en effet applicable aux procédures qui entraînent le dessaisissement partiel ou total du débiteur ainsi que la désignation d'un syndic.

856. Dès lors trois critères principaux sont exigés pour l'application du règlement. D'abord, excepté les entreprises d'assurance, les établissements de crédit et autres entreprises d'investissement et de placement collectif, le règlement reste applicable à tous les débiteurs des procédures collectives de droit français. Ensuite, le règlement concerne les procédures fondées sur l'insolvabilité¹⁵⁶⁰ du débiteur c'est-à-dire la situation dans laquelle le passif du débiteur est supérieur à son actif. De ce point de vue, sont concernées en droit français, le

¹⁵⁵⁸ La notion de procédure d'insolvabilité n'est pas définie par le règlement. La convention de Genève Unidroit sur les titres intermédiés la définit comme « une procédure collective judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, dans laquelle les actifs et les activités du débiteur sont soumis au contrôle ou à la supervision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente aux fins de redressement ou de liquidation », V. cette définition dans Convention de Genève Unidroit sur les titres intermédiés, 9 oct. 2009, art. 1^{er}, cette convention est consultable sur le site de Unidroit : www.unidroit.org.

¹⁵⁵⁹ Ph. Roussel Galle, *Bref aperçu sur le règlement du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, *Petites affiches*, 13 mars 2007 n° 52, P. 3

¹⁵⁶⁰ V. pour plus de détails sur cette notion, ns développements supra, n° 751

redressement judiciaire et la liquidation judiciaire puisque dans ces deux procédures, le débiteur doit être nécessairement et obligatoirement en état de cessation des paiements. La question se pose en revanche pour la sauvegarde puisqu'elle figure désormais au nombre des procédures d'insolvabilité visées par l'annexe A du règlement de 2000.

En effet, il est légitime d'hésiter sur cette reconnaissance en raison du critère de l'insolvabilité qui ne serait pas rempli car une des conditions d'ouverture de la sauvegarde est de ne pas être en état de cessation des paiements. Malgré cela, l'absence de vérification du critère d'insolvabilité au regard de la sauvegarde, n'a pas empêchée à ce qu'elle soit insérée dans la catégorie des procédures concernées par le règlement¹⁵⁶¹. Il en résulte sans aucun doute également que les procédures de sauvegarde accélérée et de sauvegarde financière accélérée sont visées par l'annexe A et auront donc vocation à entrer dans le champ d'application du règlement¹⁵⁶².

857. Il est en revanche notable que le mandat ad hoc et la conciliation sont exclus du champ de vision du règlement et par voie de conséquence ces deux techniques de prévention ne figurent pas dans l'annexe A du dit règlement. Si pour le mandat ad hoc, la solution peut se comprendre aisément en raison de son caractère purement confidentiel, l'exclusion de la conciliation est discutable et le souhait de sa reconnaissance par le texte serait la bienvenue. En effet, comme le relève un auteur¹⁵⁶³, la typologie des procédures collectives actuelles est différente de celles qu'on pouvait constater dans le droit antérieur. Non seulement leur nombre est croissant mais surtout elles sont fondées de plus en plus sur des critères qui tiennent compte du paysage économique.

858. A ce titre, il y a des procédures de redressement fondées sur l'insolvabilité et des procédures fondées sur le risque d'insolvabilité parfois même sur de simples difficultés financières. De ce point de vue, le règlement dans sa rédaction actuelle paraît inadapté au nouveau contexte économique et le projet de sa révision est le bienvenu. Ce faisant, l'argument qui consiste à exclure la conciliation du domaine d'application du règlement motif pris de ce qu'elle n'entraînerait pas dessaisissement du débiteur d'une part et d'autre qu'elle demeurerait une technique confidentielle de traitement des difficultés paraît discutable¹⁵⁶⁴.

¹⁵⁶¹ V. sur les arguments qui ont justifiés la reconnaissance de la sauvegarde par le règlement et sur la question de la désignation d'un administrateur en sauvegarde, solution écartée en ce quelle aurait conduit à l'application de solutions variables à la même procédure, Ph. Roussel Galle, art. préc.

¹⁵⁶² C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^è éd., op.cit. p. 937.

¹⁵⁶³ J.-L. Vallens, « Réviser le règlement communautaire CE 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité », *Rev. proc. coll.* mai-juin 2010, études 13.

¹⁵⁶⁴ Ph. Roussel Galle, art. préc.

859. D'abord, comparativement à la sauvegarde, la conciliation se présente comme une procédure d'insolvabilité puisqu'elle admet comme condition d'ouverture la cessation des paiements, ce qui n'est le cas de la sauvegarde. Aussi, le règlement ne définit toutefois pas ce qu'est « l'insolvabilité » du débiteur. En revanche, face à l'impossibilité de parvenir à un critère harmonisé, il laisse le soin aux lois nationales d'en définir le contenu en raison de la disparité des termes utilisés par chaque législation. Ce qui n'empêche pas malgré, ce paysage juridique bigarré, l'existence d'une réelle volonté commune de recherche de solutions de redressement et de sauvetage des entreprises et le souci de concilier des intérêts à priori inconciliables¹⁵⁶⁵.

860. Ensuite, le critère de dessaisissement partiel ou total est inopérant dans la mesure où il a été supprimé en sauvegarde. Ce n'est donc pas un critère déterminant pour être éligible au règlement. En outre, la question relative à la confidentialité de la conciliation est beaucoup moins avérée, dans la mesure où plusieurs de ses autres caractéristiques montrent bien qu'elle y échappe par moment, avec notamment la présence du ministère public ou même la publicité du jugement d'homologation de l'accord. Pour dire simple, la procédure de conciliation, à l'instar de la sauvegarde devrait figurer à l'annexe A du règlement en tant que procédure d'insolvabilité. Puisque le critère d'insolvabilité c'est-à-dire la cessation des paiements n'est plus désormais un critère de distinction entre les procédures amiables et les procédures collectives, il est donc logique qu'une procédure d'insolvabilité ne soit plus caractérisée par référence à ce critère.

861. Dans cette même perspective, il devrait désormais exister deux catégories de procédures d'insolvabilité. D'une part celles qui opèrent un dessaisissement partiel ou total du débiteur. D'autre part, celles qui n'entraînent pas un quelconque dessaisissement du débiteur. Dans le premier, seront concernées le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire et dans le second cas, les sauvegardes et la conciliation. Ainsi, la reconnaissance de la conciliation permettrait aussi au niveau communautaire de faire application des règles de compétences de juridictionnelle. Ainsi, la décision d'ouverture d'une procédure de conciliation en France devrait produire ses effets dans tous les autres Etats membres sans aucune formalité. La loi applicable serait alors la loi du for. Dans cette approche de droit prospectif, serait-il envisageable de parler de procédures européennes de prévention des

¹⁵⁶⁵ Rédaction Lextenso, Etude comparative des différentes procédures d'insolvabilité, Gaz. Pal., 5 mai 2015 n° 125, P. 7.

difficultés des entreprises ? En tout état de cause, en attendant l'entrée du nouveau règlement européen insolvabilité au printemps 2017, il est regrettable de constater une fois de plus l'exclusion de la conciliation du domaine dudit règlement¹⁵⁶⁶. En revanche, l'adoption d'une définition suffisamment large de la notion de procédures collectives qui peut désormais inclure qu'une partie des créanciers dès lors qu'elle est importante permet de rendre éligibles les deux procédures de sauvegarde accélérée¹⁵⁶⁷. Par conséquent, elles feront partie du champ d'application du nouveau règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité.

3- L'encadrement juridique des organes de la prévention en droit Ohada

862. L'efficacité du système de prévention traitement du droit Ohada passe aussi par la formation des juges chargés d'appliquer les mécanismes de prévention prévus à cet effet (a) mais aussi par un meilleur encadrement des organes déjà existants (b).

a) La formation des juges de la prévention

863. On ne saurait envisager ou imaginer une véritable prévention de la cessation des paiements si les acteurs qui sont chargés d'appliquer les mécanismes destinés à mettre fin à cet état ne sont pas suffisamment outillés. Dans l'espace Ohada, cette approche ne doit pas être une vue de l'esprit. Les juges africains doivent être afin de donner plus de dynamisme au droit OHADA. Plusieurs raisons pourraient justifier cette solution.

D'abord avant toute autre considération, il y a une véritable crise de la justice africaine due au manque de connaissance des magistrats dans la résolution de certains litiges. Le spectacle auquel il est souvent donné de voir dénote bien souvent l'impuissance et de la médiocrité de certains juges dont la formation au rabais confrontée aux dossiers complexes finit par se montrer au grand jour. Un jugement inédit rendu par le tribunal de MFOUNDI¹⁵⁶⁸

¹⁵⁶⁶ V. Legrand, « Le nouveau règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité transfrontalières : premier aperçu », Petites affiches, 22 janvier 2015, n° 16, p. 8. Le même argument avancé sous l'empire du règlement n°1346 du 29 mai 2000 persiste toujours. En effet, les nouveaux rédacteurs indiquent une fois de plus que seul le caractère public de la procédure doit être retenu en ce qu'il permet l'intégration de la procédure dans l'annexe A du dispositif, car c'est le gage de la protection des créanciers pour qu'ils puissent présenter leurs créances. Pour un aperçu plus large de la réforme de l'insolvabilité, M. Menjucq, Le nouveau règlement insolvabilité : quelles évolutions ? Bulletins Joly Entreprises en difficulté, 01 juil. 2015 n°4, p. 259 ; L. C. Henry, Harmonisation, vous avez dit harmonisation ? De l'influence du règlement insolvabilité révisé Bulletins Joly Entreprises en difficulté, 01 mai 2015 n°3, p. 133.

¹⁵⁶⁷ V. Legrand, art. préc.

¹⁵⁶⁸ E. M. Koumba, Prévenir les difficultés des entreprises, op. cit. n° 274, p. 231.

au Cameroun peut être cité à titre d'illustration. Saisi dans le cadre d'une procédure en règlement préventif, le juge de la juridiction compétente. a éprouvé des difficultés à délimiter la ligne de démarcation entre la cessation des paiements et celui de la situation financière difficile mais non irrémédiablement compromise.

Dans cette affaire, le magistrat avait dans un premier temps admis le règlement préventif, car il avait jugé que la situation de l'entreprise était certes difficile mais non irrémédiablement compromise comme le prévoyait l'ancien l'article 2, alinéa 1 de l'acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif. Mais contre toute attente, il changeait sa décision plus tard, en arguant cette fois ci que la situation de l'entreprise était plus grave qu'il ne l'avait envisagée. Dès lors, la situation de l'entreprise est irrémédiablement compromise, la procédure indiquée devrait donc être celle du redressement judiciaire et non celle du règlement préventif.

En clair, le juge devrait dans cette affaire constater d'office la cessation des paiements du débiteur au regard des informations fournies et statuer si le délai de trente jours qu'il doit accorder au débiteur pour déclarer lui-même cet état de cessation des paiements n'est pas respecté¹⁵⁶⁹. Il est certain comme nous l'avons déjà souligné que le risque de confusion entre ces concepts était possible. De ce point de vue, les hésitations observées dans l'attitude des juges africains pour se sortir de ces écueils terminologiques ne doivent pas surprendre. Mais cela dénote tout de même l'impérieuse nécessité de maîtriser toutes les subtilités de la matière. La formation des juges s'impose plus que jamais. La formation devrait être orientée à deux objectifs.

864. D'abord une formation théorique est nécessaire. En cela, l'ERSUMA c'est à dire l'Ecole Régionale de la Magistrature de Porto Novo au Bénin doit jouer un rôle majeur. Les conditions de formation doivent être les plus rigoureuses possibles. La formation ne doit pas se limiter seulement au seul droit des entreprises en difficulté mais à l'ensemble des matières au confluent de cette matière car le droit des entreprises est une discipline carrefour. Cette école doit pour cela être dotée de tous les moyens nécessaires à la bonne formation des futurs juges appelés à appliquer le droit Ohada, car, il ne faut se méprendre sur cette exigence, la sécurité des affaires en dépend largement.

865. Ensuite comme le droit Ohada est un droit embryonnaire, la formation doit s'exercer sur un plan pratique à travers des colloques, des conférences animées par des praticiens,

¹⁵⁶⁹ Article 29 alinéa 2 de l'acte uniforme

notamment des avocats, des professeurs d'université, des greffiers, des banquiers et des juristes d'entreprises. Enfin, s'agissant plus particulièrement de la prévention, elle n'est donc pas encore encrée dans la pratique des affaires. Or la prévention nécessite certaines qualités de la part des juges. Ces derniers doivent être des partenaires et non des adversaires du dirigeant. Or justement, c'est là la difficulté. Il est en effet difficile pour le juge d'ôter son habit de juge sanction et de se replacer dans ceux d'un véritable partenaire de l'entreprise en difficulté. C'est pourtant à ce niveau que des efforts au niveau africain doivent se faire. Il faut parvenir à vaincre cette appréhension que les africains ont de la justice, cette peur à tort ou à raison que les dirigeants d'entreprise africain éprouvent à l'égard des tribunaux mais qu'on peut comprendre¹⁵⁷⁰.

866. Pour cela, les juges africains pourraient bénéficier dans le cadre de partenariat de l'expertise des juges français en la matière. En effet, les tribunaux de commerce ont développé des cellules de prévention spécialisées qui aident les chefs d'entreprise à exposer leurs difficultés en toute confidentialité. Ces cellules d'écoute qui sont beaucoup présentes au tribunal de commerce de Paris pourraient d'être d'un apport précieux pour les juges africains. En outre, le droit Ohada est un droit transfrontalier qui n'est plus étranger aux juristes et avocats français qui y consacrent désormais beaucoup d'articles et de conférence. La plupart des actes uniformes sont pour la plupart pour ne pas dire tous des reprises ou des adaptations du droit français antérieur. Ainsi, dans le cadre de cette formation, ces hommes de droit français « africanisés » n'éprouveront pas de difficultés à apporter leur savoir faire à leurs homologues africains. Mais pour que cette formation puisse produire un effet significatif sur les décisions qui pourront être rendues, certains maux inhérents à la justice africaine devront être résolus. En effet, l'instrumentalisation politique de l'appareil judiciaire¹⁵⁷¹, les problèmes de corruption¹⁵⁷², le manque de moyens financiers, la vétusté des locaux, l'absence de moyens informatiques pour assurer la rapidité des décisions, sont autant de problèmes auxquels il faudra apporter des réponses courageuses et appropriées. Les pouvoirs publics devraient donc en faire une priorité s'ils souhaitent vraiment voir l'Afrique jouer un rôle majeur dans l'économie mondiale.

¹⁵⁷⁰ Les chefs d'entreprise privilégient d'une manière générale les arrangements à l'amiable que les solutions judiciaires. D'abord parce que, régler un litige devant les tribunaux est perçu comme une infamie, un déshonneur en raison de l'image de chef qu'on a auprès des siens. Ensuite, la plupart du temps, ils ignorent clairement l'existence de ce mode de résolution des contentieux ou encore plus anecdotique, pour le petit dirigeant, tribunal est synonyme de prison.

¹⁵⁷¹ J. Dubois De Gaudusson, « Le statut de la justice dans les Etats d'Afrique francophone », in la justice en Afrique, documentation française, 1990, p. 10.

¹⁵⁷² S. Coulibaly, La pratique du contentieux administratif Malien de l'indépendance à nos jours, Thèse de doctorat Nice 2007, p. 336.

Un autre problème qui nécessite qu'on s'y intéresse est celui des experts et syndics dont le rôle est certes important mais n'est pas suffisamment clarifié dans l'acte uniforme

- b) Un meilleur encadrement du rôle des experts et des syndics dans la procédure de règlement préventif

867. La procédure de règlement préventif ne peut être efficace si le rôle des acteurs chargés de veiller à l'exécution de l'accord concordataire conclu n'est pas clairement défini. Avant la nouvelle réforme le régime juridique de l'expert n'était pas bien défini. En effet, il ressort de l'article 8 de l'acte uniforme dans sa version ancienne que dès le dépôt de la proposition de concordat préventif, le président de la juridiction compétente procédait également à la nomination d'un expert. Il en résultait que le mode de désignation et de recrutement de cet expert était laissé à la discrétion du président du tribunal compétent. Ce dernier pouvait donc désigner toute personne de son choix. Ainsi, le président du tribunal pouvait nommer par exemple, un expert comptable¹⁵⁷³, un professeur d'université spécialisé en droit des entreprises en difficulté, un avocat ou tout autre auxiliaire de justice qu'il choisissait librement sans que le débiteur ait la possibilité de s'opposer à ce choix. Une telle situation favorisait la corruption en raison notamment des possibles accointances qui pouvaient lier le président du tribunal à l'expert désigné. A la faveur de la réforme de l'acte uniforme OHADA, le mode de désignation de l'expert en règlement préventif est nettement amélioré. En effet d'après l'article 4-1 du nouveau texte « Nul ne peut être désigné en qualité d'expert au règlement préventif ou de syndic dans une procédure de redressement préventif, de redressement judiciaire ou de liquidations de biens s'il n'est inscrit sur la liste des mandataires judiciaires ». En outre, d'après l'article 13 nouveau de l'acte uniforme, « l'expert est tenu de respecter les délais prévus dans son rapport sous peine d'engager sa responsabilité auprès du débiteur ou des créanciers ». Ces deux nouveaux textes viennent ainsi clarifier le régime juridique de l'expert. Désormais, il ne sera plus possible pour le président du tribunal de désigner comme expert une personne qui n'est inscrit sur la liste nationale des mandataires de justice inscrits dans l'un des Etats membres de l'espace OHADA¹⁵⁷⁴. Le souhait de voir une réglementation des professions d'experts et de syndics jusque là formulé en doctrine est¹⁵⁷⁵ devenu une réalité avec le nouveau texte. Dans le nouveau dispositif, la profession d'experts

¹⁵⁷³ Les experts comptables sont très présents dans l'administration des entreprises Ohada et font offices d'expert le plus souvent, sur ce point, lire : Ohada : Guide des procédures collectives, 2010.

¹⁵⁷⁴ Article 4-2 nouveau AUPCAP.

¹⁵⁷⁵ E. M. Koumba, op. cit. n° 358, p. 237.

est dévolue aux experts comptables¹⁵⁷⁶. Les juges en fonction, pour des questions d'impartialité et pour éviter toute suspicion, devraient être mis en retrait. D'ailleurs, il n'est pas certain qu'ils en aient la compétence en raison de leur absence de maîtrise d'un droit aussi complexe qu'est le droit uniforme.

868. Il faut souhaiter que l'adoption du nouveau régime de responsabilité des experts et des syndics permettra de renforcer le dispositif de prévention car il a pu être observé dans des affaires jugées que l'expert n'ait pas déposé son rapport sur la situation de l'entreprise alors que le délai à lui imparti était de manière flagrante expiré¹⁵⁷⁷. Mais ces agissements masquent en réalité la malhonnête de ces mandataires judiciaires, qui usent du dilatoire pour augmenter leur frais d'honoraire, contribuant ainsi à aggraver la situation financière du débiteur. Il faut souhaiter qu'en plus de la responsabilité civile qui peut être engagée à l'égard de l'expert, des sanctions pénales soient prises lorsque l'expert commet une infraction dans l'exercice de sa mission.

869. Enfin, les pouvoirs d'investigation de l'expert doivent être renforcés. La recevabilité de la procédure de règlement préventif dépendra des informations qu'il aura à fournir au président de la juridiction compétente. Dans l'espèce inédite jugée par le tribunal de MUNTIDI du Cameroun, on peut légitimement supposer que la mauvaise appréciation de la situation du débiteur provenait certainement de la faiblesse des informations à la disposition de l'expert. Or il lui appartient de donner toutes les informations essentielles c'est-à-dire qui peuvent emporter sa conviction dans le prononcé de la précision. L'expert de droit ainsi doté d'un pouvoir d'investigation à l'image du président de tribunal de droit français ne devrait pas se voir opposer le secret professionnel à l'égard des commissaires aux comptes.

870. Le dernier point qui mérite d'être souligné est celui de la rémunération de l'expert ou du syndic qui est fixé depuis le réforme par le président du tribunal et après accord du débiteur¹⁵⁷⁸. C'est une solution logique car cela permet au débiteur d'apprécier sa solvabilité avant de s'engager dans la procédure. Cette solution existe en droit français notamment dans la procédure de conciliation.

¹⁵⁷⁶ E. M. Koumba, op. cit. n° 358, p. 237, v. article 4-2 AUPCAP.

¹⁵⁷⁷ Tribunal hors classe de Dakar, jugement du 27 mars 2006, Société des industries chimiques du Sénégal, Revue Penant, n° 870, janvier-mars 2010, p. 113.

¹⁵⁷⁸ Article 4-16 et 4-17 nouveau AUPCAP

B- Les acteurs de la diffusion

871. La diffusion de la prévention doit concerner tous les acteurs économiques qui détiennent des informations susceptibles d'être utilisées dans un but de prévention. On pense particulièrement aux experts comptables, aux commissaires aux comptes, à la Banque de France. Il y a également les avocats, les conseils juridiques des entreprises qui sont supposés être informés constamment de l'évolution législative au niveau du droit des entreprises en difficulté. Leur rôle devrait donc consister à informer ce dernier lorsque des réformes interviennent au niveau de la matière afin de porter à sa connaissance les nouvelles techniques de redressement qui existent. Même lorsqu'il entend parler, le chef d'entreprise n'a forcément les qualités requises pour comprendre la subtilité des mesures juridiques de sauvetage des entreprises. Il revient donc aux acteurs que sont les avocats de lui expliquer de manière pragmatique leur bien fondé.

872. Les acteurs de la diffusion sont aussi les cellules permanentes de prévention. Mais elles ne peuvent accomplir leur rôle de prévention si elles sont dotées de moyens logistiques et financiers adéquats. Dans cette perspective, il faut que les pouvoirs publics s'engagent à donner les moyens logistiques et financiers aux tribunaux de commerce, pour qu'ils exercent de manière efficace la mission de prévention dont ils sont investis de par la loi¹⁵⁷⁹. En outre, une piste de réflexion devrait permettre de repenser le rôle des greffes dont l'intervention en la matière, bien qu'essentielle, n'est pas réglementée. La reconnaissance d'un droit d'alerte par exemple devrait permettre de renforcer l'efficacité des cellules de prévention au sein des tribunaux. La diffusion de la prévention, si elle a des chances d'être réalisée en droit français, en revanche, dans l'espace Ohada, il est fort à craindre que cette solution ne puisse pour l'heure être effective.

La première est parce que dans l'ordre juridique cité, il n'existe pas une réglementation qui reconnaît une mission de prévention aux autorités judiciaires et à plus forte raison les greffes des juridictions compétentes.

Ensuite, les seuls agents de prévention détection que sont les commissaires aux comptes et les associés n'ont jamais exercé un tel droit¹⁵⁸⁰. Contrairement au droit français, le travail de sensibilisation en droit Ohada s'annonce donc plus ardu en droit Ohada où la culture de la prévention aura du mal à émerger en raison de la vision purement culturelle de la gestion de

¹⁵⁷⁹ A. Outin-Adam et S. Bienvenu, art. préc.

¹⁵⁸⁰ A notre connaissance, il n'existe pas pour l'heure aucune jurisprudence Ohada sur l'alerte du commissaire aux comptes et sur l'alerte des associés.

l'entreprise. Dès lors, demander à un chef d'entreprise africain de se dénoncer en déclarant ses difficultés serait perçu comme une infamie ou un déshonneur. Malgré cela, la sensibilisation doit demeurer la solution préalable à la réussite de la prévention. En cela, les acteurs et les partenaires de l'entreprise en difficulté sont tous concernés.

Section II: La sensibilisation des acteurs et partenaires de l'entreprise

873. Une entreprise en difficulté a nécessairement des répercussions sur la vie économique. Par l'effet de contagion, elle risque d'entraîner les autres entreprises dans son cortège de difficultés. De là vient l'importance pour les plus saines de venir en aide à celles-ci qui éprouvent des difficultés. Ce soutien peut prendre la forme d'une aide financière (Paragraphe I) mais elle peut également prendre la forme d'une mesure de précaution pour faire face aux frais de justice si elle devait recourir à l'aide judiciaire pour éviter le dépôt de bilan. Il s'agira dans cette optique de l'assurance prévention, à laquelle il faut désormais sensibiliser tous les dirigeants d'entreprise (paragraphe II).

Paragraphe I: La sensibilisation pour le financement de la prévention

874. La sensibilisation à la prévention sera fonction de la particularité du système de prévention en présence. Les modalités de financement en droit français (A) sont forcément différents des solutions de financement en droit Ohada (B).

A- Les modalités possibles de financement en droit français

875. Plusieurs modalités de financement de la prévention existent en droit français. Les choix en l'espèce ne sont pas exhaustifs. On citera au regard de la spécificité et des lacunes du système de prévention de droit français, les efforts financiers des salariés (1), le rôle de l'AGS en conciliation (2), l'extension du bénéfice du privilège de conciliation, le remplacement du dirigeant et l'augmentation du capital qui sont deux techniques du droit des sociétés qui pourraient renforcer l'efficacité de la sauvegarde (4).

1- Les efforts financiers des salariés à la survie de l'entreprise

876. Le droit des entreprises en difficulté ne saurait assurer une certaine efficacité sans une véritable articulation avec le droit du travail et plus particulièrement les salariés. Lorsqu'une entreprise éprouve des difficultés financières, il est certain que les charges salariales risquent de l'enfoncer davantage si les salariés ne contribuent pas à l'effort de sauvetage qui s'impose normalement dans une telle situation. Sauf si les conditions ne sont pas réunies¹⁵⁸¹, le dirigeant peut avancer l'argument des motifs économiques pour procéder à un licenciement. Une telle solution peut pourtant être évitée si les salariés acceptent de faire des sacrifices financiers. En effet, dans la nouvelle orientation du droit des entreprises en difficulté, tous les acteurs intéressés au maintien en activité de l'entreprise sont invités à faire des efforts dans ce sens. Il se trouve que les salariés ont aussi intérêt peut être plus que les autres, à voir l'entreprise en activité que les autres. Il est inutile de rappeler que lorsqu'une entreprise fait l'objet d'une liquidation judiciaire, les premières victimes directes sont évidemment les salariés qui perdent ainsi leur emploi.

Dans cette perspective, il est demandé, ou il a pu être demandé, aux créanciers privés ou publics¹⁵⁸² de consentir des efforts afin d'aider le chef d'entreprise à éviter la cessation des paiements. À ce titre, les créanciers privés qui accepteront par exemple d'apporter une aide financière au débiteur, au moment où il en a le plus besoin, recevront en retour un privilège dit de l'argent frais¹⁵⁸³. Grâce à ce privilège, ils pourront être payés avant tous les autres créanciers, exceptés les créanciers de salaire et les créances relatives aux frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins de la procédure. Il est notable que les créanciers salariés du débiteur ne sont pas concernés par ces efforts alors que l'importance de leur créance est souvent préjudiciable à l'entreprise. Pourquoi donc ne pas imaginer par exemple un système de contribution au sauvetage de l'entreprise en difficulté sous la forme d'une participation financière de la part des créanciers salariaux ? Les conditions d'une telle participation devront être clairement définies. Ses effets et ses avantages devront également être incitatifs afin d'impliquer davantage les salariés à l'effort de restructuration de l'entreprise. Les procédures de conciliation et de sauvegarde devraient constituer le terrain d'expérimentation d'une telle mesure. Cela permettrait pour la conciliation d'une part, en raison de sa nature purement contractuelle, de négocier les termes

¹⁵⁸¹ Cass. Soc. 26 sept. 2012, n° pourvoi, 10-27306

¹⁵⁸² L. Driguez, « Les critères de concomitance dans les remises de dettes publiques et privées aux entreprises en difficultés », LPA 2007, n° 155, P. 3

¹⁵⁸³ F. Perochon, « Les créanciers de la new money, le retour », BJE, 01 mai 2015, n°3 P. 192 ; P. M-Le Corre, Le privilège de conciliation : Questions-réponses, Gaz. Pal. 14 janv. 2014 n° 14, P. 44. Pour une application récente du dit privilège, V. N. Borga, « Privilège de conciliation et paiement provisionnel, à propos d'une affaire jugée par le tribunal de commerce de Paris », in LEDEN 05 février 2012, n° 2, P.5

de l'aide financière et d'autre part, de réduire au maximum le recours au licenciement pour motif économique en sauvegarde.

2- L'extension possible de l'AGS à la procédure de conciliation

877. C'est parce que le débiteur éprouve des difficultés insurmontables¹⁵⁸⁴ qu'il peut lui arriver de ne pas pouvoir honorer ses obligations salariales. La période des difficultés est donc une période d'incertitude pour les salariés qui risquent de ne pas percevoir leur salaire. En outre pendant cette période de crise, le débiteur peut procéder à des licenciements pour assurer la pérennité de son entreprise. Or ces licenciements qui ne peuvent qu'être effectués au cours de la période d'observation en sauvegarde présentent un coût financier important pour l'entreprise qui doit malgré toute cette charge verser aux salariés leurs salaires et les indemnités auxquelles ils ont droit par prélèvement sur les fonds disponibles. L'intervention de l'AGS dans la procédure de sauvegarde constitue donc une solution pleine de réalisme¹⁵⁸⁵ de la part du législateur parce que sans le financement de la poursuite de l'activité l'entreprise pourra être facilitée voire assurée¹⁵⁸⁶. Avant la loi de sauvegarde, le domaine d'intervention de l'AGS n'était limité qu'aux procédures de redressement judiciaire et de liquidation judiciaires, c'est-à-dire aux procédures après cessation des paiements¹⁵⁸⁷.

En effet, l'AGS ou Association pour la gestion du régime d'assurance des créances salariales¹⁵⁸⁸ a pour vocation le désintéressement des salariés d'une entreprise soumise à une procédure collective. Plus concrètement, c'est en cas de cessation de paiement du débiteur que l'AGS prend en charge certaines créances de salaires qui ne peuvent être acquittées sur les sommes disponibles de l'entreprise, selon un principe de subsidiarité¹⁵⁸⁹. L'application de la garantie de l'AGS à la procédure de sauvegarde est donc exceptionnelle puisque par définition

¹⁵⁸⁴ Selon les termes de l'article L.620-1 C. com relatif aux conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde.

¹⁵⁸⁵ Cette solution du législateur français s'inscrit en effet dans la ligne des directives européennes qui recommandent aux Etats membres de protéger les salariés contre les risques d'insolvabilité de l'employeur, V. en ce sens : Directive n°2002/74/CE du 23 sept. 2002, adaptée par la loi n°2008-89 du 30 janv. 2008. JOCE 8 oct. p.10 et reprise dans le code du travail sous les articles 3253-18-1 à L. 3253-18-9 ; Directive n°80/987/CEE du 20 oct. 1980, JOCE 28 oct. p. 23.

¹⁵⁸⁶ V. F. Mélin, « la protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur : la loi du 30 janv. 2008 transposant la directive n°2002/74/CE du 23 sept. 2002 », JCP E 14 févr. 2008, n°7-8.

¹⁵⁸⁷ Th. Météyé, « Les conditions d'intervention de l'AGS », Droit social, 1987, p. 827.

¹⁵⁸⁸ L'AGS « est un organisme patronal fondé sur la solidarité interprofessionnelle des employeurs et financé par leurs cotisations ». Cette définition est celle qu'on retrouve sur le site de L'AGS, www.ags-garantie-salaires.org.

¹⁵⁸⁹ La garantie est subsidiaire en ce sens, qu'elle intervient si l'entreprise ne dispose pas de sommes nécessaires pour le règlement des salariés.

l'entreprise en sauvegarde n'est pas en état de cessation des paiements¹⁵⁹⁰. On peut comprendre les oppositions à l'admission de la sauvegarde au bénéfice de l'AGS car elles considèrent qu'il y a un risque que cette solution ne conduise à l'instrumentalisation de cette garantie par le débiteur pour procéder à des licenciements aux frais de l'organisme patronale¹⁵⁹¹.

Mais le sauvetage de l'entreprise imposait que le législateur déroge à certains principes juridiques considérés jusque là comme intangibles. Ce faisant, l'AGS interviendra en sauvegarde pour couvrir les indemnités de rupture des contrats de travail au cours de la période d'observation et dans le plan de sauvegarde. Il s'agit là incontestablement d'un motif d'attractivité du débiteur à recourir à la sauvegarde plutôt qu'au redressement judiciaire¹⁵⁹².

878. Toutefois, s'il est fort appréciable que l'AGS soit plus présente dans les procédures de prévention de la cessation de paiement, il est incompréhensible que la conciliation soit exclue du domaine de l'AGS. Pourtant contrairement à la procédure de sauvegarde, la situation du débiteur semble plus critique du moins au regard des critères d'ouverture. En effet des deux procédures de prévention, le débiteur est autorisé à bénéficier de la procédure de conciliation alors qu'il est en état de cessation des paiements. Malgré la situation du débiteur en conciliation, il n'est pas éligible à l'AGS. On peut se demander sur le critère utilisé pour admettre l'application de la garantie à la procédure de sauvegarde car d'un strict point de vue de leurs critères d'ouverture, la procédure devrait prioritairement être concernée par l'AGS. Cela peut se comprendre si c'est un choix législatif. En outre, la solution se justifie à raison de la nature judiciaire de la sauvegarde contrairement à la procédure de conciliation qui demeure essentiellement contractuelle. Le législateur espère ainsi conserver le plus longtemps possible le caractère confidentiel de la conciliation afin de ne pas ébruiter les difficultés de l'entreprise.

3- L'extension du bénéfice du privilège de la conciliation aux associés dans le cadre d'une augmentation de capital social

¹⁵⁹⁰ Les procédures de redressement et de liquidation judiciaires demeurent le domaine privilégié de la garantie d'AGS, pour preuve en 2013, 285700 salariés ont bénéficié de la couverture de l'AGS soit plus de 2186 millions d'euros comparativement à l'année 2012, in rapport d'activité AGS 2013, source, www.ags-garantie-salaires.org.

¹⁵⁹¹ C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd. n° 672, p. 413.

¹⁵⁹² A. Arseguel et Th. Météyé, « L'AGS : Le prix d'un progrès social, la loi du 25 janv. 1985 a 20 ans ! Entre bilan et réforme », RLDA, n°80, mars 2005, p. 90.

879. Lorsqu'une entreprise éprouve des difficultés financières comme c'est le cas le plus souvent, si elles sont d'ordre financier, le règlement de ces difficultés nécessite de manière générale de nouveaux financements dont une part significative de capitaux propres. Dans cette optique, le dirigeant n'hésitera pas à recourir à toutes les techniques de restructurations financières négociées¹⁵⁹³ qui s'offriront à lui pour remédier à la situation. Ainsi, une augmentation de capital en numéraire peut répondre à son besoin. Cela permet comme dans les autres hypothèses d'augmentation de capital¹⁵⁹⁴ de renforcer la confiance des créanciers du débiteur. L'augmentation de capital peut être utile en matière de mandat ad hoc ou plus particulièrement en conciliation. Dès lors il est étonnant que l'utilité de cette technique de financement soit altérée par l'exclusion du bénéfice du privilège de conciliation.

En effet dans la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, l'augmentation du capital ne semble pas bénéficier des privilèges du droit de la prévention, étant donné que l'article L. 611-11 al. 2 du code de commerce affirme que « les apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital » ne bénéficient pas de l'argent frais. Autrement dit, comme le rappelle un auteur¹⁵⁹⁵ qui cite respectivement le sénateur P. Marini et l'ancien Garde des Sceaux P. Clément bien avant la promulgation de la loi de sauvegarde, « seuls les nouveaux apports de trésorerie bénéficient de ce privilège ». Cela exclut sans doute les augmentations de capital. Ainsi, le privilège de l'argent frais perdait cette nature s'il provenait d'un actionnaire. L'associé qui consent un nouvel apport en vue de participer à une augmentation de capital ne souscrit pas un engagement nouveau, mais accroît simplement celui qu'il détient déjà dans l'entreprise en difficulté¹⁵⁹⁶. De ce point de vue, la qualification dépend de l'auteur de l'apport.

880. Ainsi la limitation du domaine du privilège de conciliation a pu être justifiée par le souci de ne pas accorder aux associés un traitement privilégié¹⁵⁹⁷ pour leurs apports en capital par rapport aux créanciers. Pour dire simple, le législateur à travers cette exclusion, espère rassurer les créanciers de l'entreprise et les inciter davantage à apporter leur soutien au

¹⁵⁹³ J.-P. Mattout, « L'expérience du banquier dans les restructurations négociées », in *Le contrat au secours de l'entreprise*, paru dans le numéro spécial RJ com du 1^{er} novembre 1999, p. 153.

¹⁵⁹⁴ A l'instar de l'augmentation de capital social en numéraire, il faut ajouter l'augmentation de capital par compensation avec une créance désormais assimilée par l'Art. L. 225-128 C.com avec le premier type cité, l'augmentation de capital en nature. Ces différents types d'apports ne sont pas logés à la même enseigne. En effet si l'augmentation du capital par apport en numéraire apparaît des autres techniques la mieux à même de répondre aux besoins de financements d'une entreprise en difficulté, cela ne signifie nullement que les autres ne peuvent pas jouer un tel rôle, puisque le choix du type d'augmentation dépendra forcément de la nature des difficultés rencontrées par l'entreprise.

¹⁵⁹⁵ G. Couturier, *Droit des sociétés et Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ 2013, n°401, pp.228 et s.

¹⁵⁹⁶ G. Couturier, *op. cit.* p. n° 402, p. 228.

¹⁵⁹⁷ V. à ce propos l'intervention du Député Arnaud Montebourg à propos de l'article 8 du projet de loi de sauvegarde des entreprises, JOAN du 4 mars 2005, p. 1628.

débiteur en difficulté. Mais cette restriction ne sera pas sans conséquence sur le règlement des difficultés des entreprises.

Cette solution non seulement ferme une autre possibilité de financement de l'entreprise mais elle ne tient pas compte de la dimension contractuelle des mécanismes de prévention que le législateur entend justement promouvoir la plus grande diffusion. Il n'est pas donc exclu malgré cette limite posée par la loi, créanciers et associés déterminent eux-même les conditions de paiement si les associés venaient à souscrire à un tel privilège. À moins que l'interdiction posée à l'égard des associés ne soit d'ordre public, rien n'interdit aux parties sur la base de l'article 1134 du code civil de prévoir les modalités des apports qui pourront être effectués pour sauver la société. Il est clair que les créanciers n'accepteront pas que les associés soient remboursés avant eux en cas d'échec du règlement des difficultés de l'entreprise.

Mais rien n'interdit aux créanciers qui au regard des risques pris par les associés d'accepter de voir une partie de leurs créances remboursées postérieurement aux fonds nouveaux apportés par les associés¹⁵⁹⁸. En entrant en société, tout associé accepte de participer aux bénéfices mais aussi aux pertes. Autrement dit, il accepte de s'exposer au risque de défaillance de l'entreprise. Par voie de conséquence, qu'un associé apporte des fonds nouveaux sous la forme d'argent frais ou des avances en compte courant, cela est indifférent puisque dans tous les cas le risque existe. Au final, le législateur devrait faire preuve de pragmatisme en laissant les partenaires de l'entreprise trouver une solution interne aux difficultés de l'entreprise. Ce faisant, si le privilège de l'argent frais si dans les textes actuels est fermé aux associés rien n'interdit au nom de la liberté contractuelle que les parties définissent les conditions de son bénéfice. Une telle solution permettrait dans certaines circonstances de sauver des entreprises.

4- Le remplacement du dirigeant négligent ou incompetent à titre de sanction

881. En raison du caractère volontaire des mesures de prévention des difficultés, penser à titre de sanction, à remplacer le dirigeant qui prend courageusement l'initiative de recourir à la protection de la justice, peut paraître illogique. C'est pourquoi dans les différents systèmes de prévention proposés par le droit français et le droit Ohada, aucune mesure visant à sanctionner le dirigeant responsable n'est envisagée. En effet, une telle approche pourrait

¹⁵⁹⁸ G. Couturier, op. cit. p. n° 409, p. 231.

fragiliser les systèmes de prévention ainsi établies parce que même si le débiteur est responsable d'une faute de gestion qui a entraîné la dégradation de l'entreprise, il pourra toujours bénéficier d'une mesure de renflouement de l'entreprise. Or de ce point de vue, c'est cautionner ce débiteur dans son incompétence et compromettre la pérennité de l'entreprise car il n'est pas certain qu'une fois les mesures de restructuration prises, il soit capable d'un point de vue managérial, de stabiliser durablement la situation. Puisque les mêmes causes ont produit les mêmes effets, l'entreprise par la faute du dirigeant incompétent risque de connaître à long terme une situation irrémédiablement restructurable. Il sera difficile de vouloir sauver une entreprise en difficulté alors que la cause de ses difficultés est l'incompétence de son dirigeant. Dans ce contexte, comme il s'agit de prévenir la cessation des paiements, ne serait-il pas envisageable de remplacer le dirigeant lui-même afin de préserver l'entreprise.

882. En effet, la prévention ne doit pas être le lieu privilégié de l'absence de sanction. Par voie de conséquence, le remplacement d'un dirigeant dépassé par la gestion de son affaire et compromet davantage les chances de survie de l'entreprise doit être remplacé. Dès lors, si les tribunaux découvrent par exemple des cas d'erreur de gestion à la suite des nombreux rapports fournis par le commissaire aux comptes, il peut être conseillé utilement le remplacement du débiteur. Mais il reviendra aux organes statutaires de prendre la décision. Le droit Ohada prévoit cette solution dans le règlement préventif. En effet l'article 7 du nouvel acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif énumère une série de mesures auxquelles le débiteur peut avoir recours¹⁵⁹⁹. Le remplacement du dirigeant, s'il doit permettre de mettre fin aux difficultés de l'entreprise, peut être alors envisagé. Dès lors, ce n'est pas parce qu'un dirigeant aura volontairement saisi le tribunal qu'il ne pourra pas être écarté de la gestion de l'entreprise.

Par ailleurs, l'hypothèse d'une responsabilité civile du dirigeant négligeant devrait pouvoir être envisagée¹⁶⁰⁰. Il serait donc souhaitable que le législateur français donne cette possibilité aux tribunaux afin de procéder au remplacement du dirigeant si telle est la solution pour éviter la cessation des paiements.

B- Les solutions de financement de la prévention en droit OHADA

¹⁵⁹⁹ Le texte de loi cité donne une liste de mesures. On y retrouve notamment la cession ou la location-gérance de la totalité de l'entreprise, la cession d'actif, les licenciements pour motif économique et le remplacement du dirigeant.

¹⁶⁰⁰L. Disa, Responsabilités et sanctions civiles du dirigeant d'entreprise en difficulté, Thèse de doctorat, université de Toulouse 2013, p.284.

883. Les mesures de financement susceptibles d'intéresser le droit africain peuvent s'analyser à deux niveaux. D'abord les incitations financières directes (1) et ensuite la participation des créanciers financiers dans la recherche de solutions aux difficultés de l'entreprise (2). Ces mesures traduisent la reconnaissance des droits des créanciers dans l'espace Ohada.

1- La participation des créanciers financiers dans la procédure de règlement préventif

884. Les créanciers et plus précisément les créanciers financiers sont exclus du dispositif de prévention de droit Ohada (a). Pourtant leur implication dans le règlement des difficultés est plus que nécessaire voire indispensable ne serait ce que pour contribuer au renflouement des caisses de l'entreprise lorsque celles-ci sont asséchées (b).

- a) Le constat de l'absence de créanciers financiers dans l'élaboration du plan concordataire

885. Qu'ils soient chirographaires ou munis de suretés spéciales, les créanciers de droit Ohada sont traités de la même manière. Ils sont tous exclus du domaine du règlement préventif. Plus concrètement, ils ne sont pas associés à l'élaboration du plan concordataire censé mettre un terme aux difficultés de l'entreprise. Le législateur a jugé que leur exclusion pourrait permettre au débiteur de mieux se réorganiser et d'avoir ainsi toute la liberté de préparer un plan de redressement de l'entreprise. Pour dire plus simple, le débiteur peut à travers cette solution imposer son plan de sauvetage aux créanciers qu'il aura formellement désigné dans sa demande. Ce faisant, les créanciers sont livrés à eux-mêmes dans le système de prévention traitement de droit OHADA. Ils ne sont que de simples spectateurs dont le rôle ne se réduit à accorder des délais de paiements à l'entreprise en difficulté. Le seul privilège qu'ils ont est d'être consulté sur les mesures prises par le débiteur et visant à permettre la restructuration de l'entreprise en difficulté. Pourtant l'exclusion des créanciers dans l'élaboration du plan concordataire constitue un obstacle majeur à l'attractivité du règlement préventif.

En effet, il serait utopique de croire qu'une entreprise, surtout dans le contexte africain puisse résoudre ses difficultés sans le concours et l'implication des créanciers. Il ressort de l'analyse de la procédure de règlement préventif que le législateur africain ne semble pas faire du rôle des créanciers une préoccupation majeure dans le sauvetage de l'entreprise. Sur ce

point, le droit africain semble en rupture avec son homologue français qui accorde depuis la loi de sauvegarde de 2005 une place prépondérante aux créanciers dans l'élaboration du plan de sauvetage de l'entreprise.

886. La jurisprudence africaine ne partage cependant pas cette approche du législateur Ohada. En effet, dans l'espèce jugée par le Tribunal Régional hors classe de Dakar du 27 mars 2008 citée, le juge avait jugé que « toute restructuration financière en vue d'un concordat sérieux et viable devait passer par l'identification et l'implication d'un partenaire stratégique digne d'intérêt, capable de porter la recapitalisation ». Il ressort de ce jugement que pour les juges africains la survie d'une entreprise ne saurait se faire sans une participation active des créanciers. Il en résulte que dans l'espace Ohada le juge a pris conscience de l'importance des créanciers dans la stratégie de restructuration des entreprises. C'est donc un signal que les tribunaux adressent clairement au législateur afin de procéder à une réforme des textes actuels qui semblent inadaptes au contexte économique¹⁶⁰¹. Ainsi, pour assurer une efficacité à la procédure de règlement préventif, il est nécessaire d'opter pour une association des créanciers dans l'élaboration du plan concordataire. A l'instar du droit français et en s'inspirant du droit américain¹⁶⁰², le législateur devrait faire aussi preuve de pragmatisme en accordant un rôle essentiel aux créanciers c'est à dire ceux dont le pouvoir de décision peut conduire au redressement de l'entreprise.

b) La nécessaire reconnaissance d'un droit de participation des créanciers financiers dans la procédure de règlement préventif

887. On peut affirmer au regard de ce qui précède que les créanciers ne bénéficient pas d'une situation confortable. Pour citer un auteur¹⁶⁰³, ils sont tout simplement maltraités puisqu'ils ne sont pas consultés lorsqu'il s'agit de décider du sort de l'entreprise dont ils sont les créanciers.

888. Pourtant, il n'est pas certain que dans les conditions actuelles, les créanciers et plus précisément les banquiers dont le rôle peut s'avérer capital dans le soutien financier, trouveront dans la procédure de règlement préventif un élément d'attractivité. Comme ils

¹⁶⁰¹ E. M. Koumba, Droit de l'Ohada : prévenir les difficultés des entreprises, Ed. L'harmattan 2013, p. 245.

¹⁶⁰² E. Joanna, thèse de doctorat préc. p. 45.

¹⁶⁰³ V. Bouthinon-Dumas, Le banquier face à l'entreprise en difficulté, Revue Banque 2008, p. 25.

doivent que se contenter de proposer des délais et des remises de dettes, les créanciers financiers peuvent refuser d'aider le débiteur en difficulté parce qu'ils ne trouveront aucun intérêt majeur en l'absence de toute mesure incitative. Or la seule manière d'attirer ces créanciers dispensateurs de crédit est d'assurer la protection de leurs droits. Cela nécessite la mise en place, comme c'est le cas en droit français, de comité de créanciers. Cette institution si elle est effective aura vocation à discuter avec le débiteur du plan concordataire censé en principe mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Il serait indispensable que le législateur africain rende obligatoire la constitution des comités de créanciers dans le dispositif de prévention de droit OHADA.

889. En effet, l'un des objectifs de la procédure de règlement préventif est d'éviter la cessation des paiements. Or, cet objectif ne peut être atteint sans une implication des créanciers financiers dont le pouvoir financier est souvent décisif pour le règlement des difficultés financières. En outre, la reconnaissance d'un tel droit aux créanciers, constituerait une source d'attractivité pour les investisseurs étrangers dans les entreprises Ohada. Il est illusoire de croire qu'un banquier acceptera de faire des sacrifices alors qu'au même il lui soit refusé de participer aux discussions devant garantir le succès des efforts ainsi consentis. En l'état actuel de la procédure de règlement préventif, seul le débiteur élabore le projet de concordat préventif. Or c'est avec l'union de toutes les forces vives de l'entreprise notamment les créanciers financiers que cette dernière aura plus de chance de se redresser. Un tel comité ne devrait pas seulement être réservé aux seuls banquiers, les autres créanciers devraient aussi en faire parti pour tenir compte du caractère hétéroclite des créanciers. Mais il est certain que les établissements de crédit devraient en constituer les acteurs majeurs.

Ainsi comme on vient de le voir, la possibilité de constitution des comités de créanciers peut contribuer à l'attractivité de la procédure de règlement préventif. Le législateur Ohada devrait y songer lors de la prochaine réforme de l'acte uniforme puisque que malheureusement la toute dernière réforme ne s'est pas prononcée sur cette question. En outre, le financement des entreprises Ohada devrait également constituer un enjeu important dans la perspective de sauvetage des entreprises.

- 2- Favoriser le financement des entreprises de l'espace Ohada : Le cas des entreprises informelles ou l'entreprenant de droit Ohada.

890. Il faut d'emblée souligner qu'aucune entreprise a fortiori une entreprise en difficulté ne peut fonctionner et prospérer sans un minimum de financement. Or en la matière les entreprises Ohada et notamment les entreprises informelles éprouvent des difficultés pour accéder au circuit bancaire institutionnel (a). Pour remédier à cette impasse, elles se retournent de plus en plus vers les circuits traditionnels appelés communément les tontines (b) dont les sociétés coopératives constituent aujourd'hui la nouvelle structure de financement (c).

a) Les difficultés d'accès au crédit des entrepreneurs et des petites entreprises

891. Il ne serait pas vrai d'affirmer qu'il n'existe pas dans la zone OHADA des entreprises modernes. D'une manière générale, toutes les grandes entreprises françaises sont représentées sous des appellations certes différentes mais elles y sont fortement implantées. En matière bancaire notamment, on retrouve les grandes groupes comme la BNP PARIBAS, la Société Générale, le crédit Lyonnais, ect... Or ces grandes banques n'accordent des prêts que sur la base de conditions d'octroi souvent irréalisables par les demandeurs notamment les petites entreprises et les entreprises informelles. Plus concrètement, les banques classiques demandent des garanties de remboursement avant d'octroyer du crédit. Ces garanties peuvent s'analyser en des sûretés personnelles classiques telles que le cautionnement ou des sûretés réelles telles que l'hypothèque. Il arrive souvent aussi que les entreprises bancaires ou de financement aient recours aux garanties conventionnelles telles que le crédit bail. Or, la structure informelle des entreprises africaines constitue un handicap pour bénéficier des concours financiers.

En plus, la pratique du droit des sûretés est encore méconnue des entreprises informelles. Ce faisant, les institutions financières mises en place par les Etats africains n'ouvrent pas leurs services à ces petites entreprises informelles, faute pour ces dernières d'offrir des garanties de remboursement. Par voie de conséquence, certaines disparaissent rapidement faute d'avoir pu bénéficier d'un soutien financier qui aurait permis sans doute de maintenir le petit artisan en activité¹⁶⁰⁴. Exclues du système bancaire, ces petites entreprises sont destinées à disparaître et à augmenter le nombre de chômeurs dans la zone Ohada. Certes dans un souci de formalisation des entreprises informelles africaines, le législateur a institué à travers la réforme de l'acte uniforme portant droit commercial général, un nouvel acteur économique : l'entrepreneur de

¹⁶⁰⁴ E. M. Koumba, op. cit., p. 200

droit Ohada qu'un auteur¹⁶⁰⁵ a pu qualifier de « monstre juridique » en raison des d'incertitudes sur son statut juridique¹⁶⁰⁶.

Au delà de ces critiques, il faut souhaiter que la nouvelle organisation juridique de ces entreprises informelles permette de leur ouvrir la porte des banques. Ce qui n'est pas sûr puisque les entreprises informelles restent encore nostalgiques du système traditionnel de financement malgré l'existence des banques classiques. Une telle attitude traduit le manque de professionnalisme de ces entreprises qui pour la plupart du temps se présentent sous forme familiale. En outre, le statut juridique ambigu de l'entrepreneur est risqué en matière de demande de crédit.

892. D'abord, il est certain qu'en vertu du principe de l'unicité du patrimoine, l'entrepreneur doit devoir engager son patrimoine lorsqu'il sollicitera un prêt bancaire. Ensuite, son patrimoine constituera le gage général du banquier créancier et ce dernier pourra saisir l'ensemble des biens qui composent son patrimoine si éventuellement il n'arrivait pas à rembourser le crédit. Le statut juridique de l'entrepreneur n'est pas assez protecteur du patrimoine de l'artisan, du planteur ou encore du boulanger et par voie de conséquence ne facilite pas l'accès au crédit bancaire.

893. Le statut juridique actuel de l'entrepreneur est un statut hybride qui oscille entre celui d'entreprise individuelle et celui d'entreprise constituée sous forme de société commerciale¹⁶⁰⁷. Or pour que le statut juridique de l'entrepreneur puisse avoir un impact positif dans la lutte contre les défaillances d'entreprises, il est important que le législateur apporte une réponse précise et claire au statut actuel qui semble inadapté au mode de fonctionnement des entreprises informelles africaines. Ce faisant, l'attribution d'un véritable statut juridique aux entrepreneurs de droit Ohada constituerait une solution plus adaptée à la réalité du terrain. En effet, dans l'optique de pallier aux incohérences du statut de l'entrepreneur et de répondre ainsi aux nombreuses aspirations des entrepreneurs informels, il serait souhaitable d'instituer l'entreprise individuelle à responsabilité limitée comme le prévoit le droit français.

894. L'intérêt d'une telle structure juridique serait de limiter la responsabilité des entrepreneurs en fonction de leurs apports mais aussi et surtout de détacher leur patrimoine

¹⁶⁰⁵ E. M. Koumba, op.cit., n° 274, p. 186.

¹⁶⁰⁶ Il aurait selon le même auteur un statut intermédiaire entre l'entreprise individuelle et l'entreprise constituée sous la forme d'une société commerciale. v. E. M. Koumba, op.cit., n° 274, p. 186.

¹⁶⁰⁷ E. M. Koumba, op. cit. n° 274, p. 186.

personnel de leur patrimoine professionnel. L'idée serait d'aboutir à la création d'un patrimoine d'affectation qui serait le seul engagé dans l'activité professionnelle de l'entrepreneur. Pour faciliter le financement de l'entreprise, le recours à une assurance crédit a été proposé par un auteur¹⁶⁰⁸. Une telle assurance aura vocation à prévenir toute défaillance future de l'entreprise, lorsque les biens composants le patrimoine d'affectation se trouveront insuffisants pour apurer les dettes de l'entreprise. Ce qui épargnerait du coup le patrimoine personnel de l'entreprise qui risquerait d'être confondu avec celui affecté à l'activité professionnelle de l'entreprise.

895. D'un point de vue financier, la création d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée revêt un intérêt majeur pour les États puisqu'elle aurait la personnalité fiscale et par voie de conséquence, elle sera assujetti à l'impôt dû à son statut juridique¹⁶⁰⁹.

Quoi qu'il en soit, une chose est certaine, c'est qu'au regard de tout ce qui précède, l'accès des entreprises informelles au crédit bancaire demeure une véritable gageure. Ce handicap dans le financement n'est pas seulement spécifique à ces entreprises populaires¹⁶¹⁰, les entreprises modernes ou dites structurées de la zone Ohada sont également confrontées à ce besoin de financement¹⁶¹¹. Il en résulte que la sévérité du système bancaire institué dans cet ordre juridique n'est pas très attrayant pour les entreprises, notamment comme cela a été déjà relevé, à cause des taux d'intérêts prohibitifs mais également à cause des garanties disproportionnées¹⁶¹². Le recours aux procédés traditionnels de financement permettrait néanmoins à ces entreprises d'espérer un financement en attendant que les services des grandes banques leur soient ouverts.

b) Le recours au système traditionnel de financement : exemple de la tontine

896. Le système traditionnel de financement des entrepreneurs ou tontine a vocation à se substituer dans la pratique aux dispensateurs de crédit. La tontine est une association informelle de personnes physiques qui se vouent mutuellement confiance, dont le but est de

¹⁶⁰⁸ E. M. Koumba, op. cit. n° 274, p. 188.

¹⁶⁰⁹ E. M. Koumba, op. cit. n° 274, p. 187.

¹⁶¹⁰ M. Mudimba, « L'économie populaire en Afrique : les contours du concept », in Actes du colloque internationale de Kinshasa : d'une économie populaire à une économie fiscalisée, Larquier, Bruxelles, 2010, p. 69.

¹⁶¹¹ E. M. Koumba, op. cit. n° 274, n° 297, p. 201.

¹⁶¹² L'exigence de ces garanties s'explique souvent pour des raisons pratiques notamment celles qui tiennent aux difficultés de recouvrement. En effet, la plupart des entreprises informelles ne possèdent pas une adresse de localisation fiable permettant au créancier de retrouver les traces du débiteur en cas d'incident de remboursement. Il se pose donc inéluctablement un problème de confiance entre les institutions bancaires et les entreprises informelles.

constituer selon un chronogramme établi, un marché financier occulte permettant à ses adhérents de placer leurs épargnes pour les uns et d'accéder au crédit pour les autres¹⁶¹³.

897. Dans les faits, ce système traditionnel de financement repose sur l'intuitu personae et le principe fondamental qui le gouverne est celui de la solidarité. Contrairement aux institutions bancaires, le système tontinière est un système de prêt sans taux d'intérêt. En outre, elle ne demande pas de garanties, la seule garantie que les entreprises informelles pourraient apporter est la parole donnée. Ce qui explique certainement l'attachement du secteur informel à cet instrument d'épargne et de crédit. Fondamentalement, elle est appréhendée comme une forme avancée d'économie sociale, ni capitaliste ni publique¹⁶¹⁴. L'adhésion à une association tontinière est simple et n'exige aucun formalisme particulier. La seule exigence c'est que chacun des membres doivent se connaître mutuellement. Cela explique que cette forme d'organisation se retrouve souvent entre membres d'une famille, d'une tribu¹⁶¹⁵.

Une fois constituée, le mécanisme de fonctionnement constituera à verser régulièrement des cotisations. Les fonds ainsi récoltés seront redistribués entre les membres et en fonction de l'ordre rotatif établi. Le montant versé par chaque associé est dénommé part ou versement.

Les sommes ainsi recueillies peuvent être prêtées à un entreprenant qui devra les rembourser dans un délai fixé par l'ensemble des adhérents. De ce point de vue, la tontine sert à renforcer la capacité financière des entreprises informelles en leur dotant de capitaux propres. Mais d'une manière générale, le prêt ne sera accordé que si l'entrepreneur présente une capacité de remboursement. L'entrepreneur demandeur du prêt est bien souvent connu par au moins l'un des membres de la tontine qui constitue de ce fait la caution de l'emprunteur. Ce mécanisme nettement différent du circuit bancaire classique est parfaitement adapté à la réalité africaine. Les fonds sont le plus souvent rendus disponibles le jour même de la demande, ce qui permet au petit entrepreneur de financer rapidement son affaire sans attendre.

¹⁶¹³ E. M. Koumba, ouvrage op. cit. n° 274, p. 201.

¹⁶¹⁴ F. P. Adda, « L'expérience camerounaise de la tontine », in Actes du colloque international de Kinshasa du 19 septembre 2008 : d'une économie populaire à une économie fiscalisée, larcier, Bruxelles, 2010, p. 136.

¹⁶¹⁵ Les bamiléks, une ethnie du Cameroun, a fait fortune dans cette pratique à travers la mise sur pied d'une tontine qui est devenue aujourd'hui un instrument financier qui contribue fortement à la richesse de cette communauté africaine, voir ce point, F. P. Adda, « L'expérience camerounaise de la tontine », in Actes du colloque international de Kinshasa du 19 septembre 2008 , op.cit. p. 139 ; E. M. Koumba, ouvrage op. cit. n° 274, p. 207.

898. C'est en raison de son développement spectaculaire dans le monde informel que le législateur a institué la société coopérative¹⁶¹⁶ afin d'encadrer cette forme d'organisation jusque là informelle et lui donner ainsi une forme juridique. Ce faisant, la tontine devient une technique d'épargne juridiquement reconnue dont la structure juridique d'accueil est la société coopérative. La tontine peut donc légitimement se constituer sous forme d'une société coopérative. La forme simplifiée ou celle avec conseil d'administration peuvent être choisie par les membres. Le fait que le législateur ait légiféré dans ce sens peut être vue comme une réponse aux difficultés des entreprises informelles dans l'accès au financement. Lorsqu'on sait que 80% des micros entreprises relèvent en Afrique du secteur informel¹⁶¹⁷, cet encadrement juridique de la tontine à travers les sociétés coopératives permettra de lutter efficacement contre les défaillances de ces entreprises. Mais le financement d'une entreprise ne peut lui éviter de rencontrer des difficultés. C'est pourquoi elles doivent prendre le devant en souscrivant à une assurance santé entreprise.

- c) La nécessaire harmonisation du régime du contrat de fiducie avec les dispositions de l'acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif

899. Avec la nouvelle réforme de l'acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif, on pouvait s'attendre à ce que le législateur intervienne sur le problème de la cohérence entre les différents actes uniformes notamment entre le droit des sûretés et de celui des procédures collectives. Cet espoir fut malheureusement déçu alors que l'occasion était certainement trouvée pour renforcer le dispositif de prévention existant. En effet, tout comme l'ancien acte uniforme, le nouveau texte ne prévoit aucune disposition sur le sort du contrat de fiducie en cas d'ouverture d'une procédure collective. Pourtant, le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés¹⁶¹⁸, consacre ses articles 87 à 91 à la fiducie à

¹⁶¹⁶ Voir article 4 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives. Selon ce texte de loi « la société coopérative est un groupement autonome de personnes volontairement réunies pour satisfaire leurs aspirations et besoins économiques, sociaux et culturels communs, au moyen d'une entreprise dont la propriété et la gestion sont collectives et où le pouvoir est exercé démocratiquement et selon les principes coopératifs ».

¹⁶¹⁷ E. M. Koumba, op. cit. p. 274.

¹⁶¹⁸ Adopté le 15 déc. 2010. Ce nouveau texte ne prévoyait pas à l'origine la fiducie sûreté, c'est certainement sous l'influence du droit français qui l'a intégré dans son ordre juridique qu'en 2007 à travers la loi n°2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie. Elle figure désormais à l'article 2011 du code civil français. Pour un premier aperçu de cette technique juridique en droit français, v. Ph. Dupichot, « Opération fiducie sur le sol français, JCP G. 2007, I, 121.

fins de sûreté. Contrairement au droit français¹⁶¹⁹, la fiducie sûreté de droit Ohada repose uniquement sur des transferts de fonds. Cette approche du législateur Ohada qui se veut innovante ressemble plutôt à une démarche prudente, le temps d'apprécier l'effectivité de cette garantie dans la pratique, ce qui permettra selon l'expression du professeur Dupichot¹⁶²⁰ d'accroître son essor en procédant à des « touches successives... » en vue de la remettre « sur le métier ».

900. La particularité de la fiducie sûreté organisée par le droit Ohada est d'opérer une dépossession des fonds ainsi libérés par le débiteur. En effet, selon l'article 87, AUS, les fonds cédés par le débiteur 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 ». Ce qui confirme bien que la fiducie sûreté de droit Ohada est une fiducie avec dépossession du débiteur qui confère une exclusivité totale au créancier sur le patrimoine fiduciaire. Une telle solution n'est pas sans conséquence sur la volonté de sauvetage des entreprises pourtant prônée par le législateur. Les termes de l'article 91 de l'AUS ne garantissent pas les chances de redressement de l'entreprise puisque selon cette disposition dans l'hypothèse d'une défaillance du constituant-débiteur et huit jours après qu'il en ait été clairement informé, le créancier peut se faire remettre les fonds cédés dans la limite du montant des créances garanties demeurant impayées. Il en résulte un droit exclusif du créancier sur le patrimoine fiduciaire du débiteur. Une telle prérogative est de nature à pouvoir selon les termes d'un auteur « invinciblement résister à la faillite du constituant »¹⁶²¹. Le caractère redoutable de la fiducie sûreté ainsi proclamé par le législateur Ohada risque de constituer un obstacle à l'efficacité du règlement préventif, notamment lorsque les fonds cédés dans le patrimoine fiduciaire, se trouvent indispensables à la poursuite de l'activité de l'entreprise¹⁶²². Or comme cela est rendu possible en droit français par la loi du 26 juillet 2005, le législateur aurait pu procéder à un gel des effets de la fiducie-sûreté afin de permettre la sauvegarde de

¹⁶¹⁹ Selon l'article L. 2011 du code civil français, « 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 » ; Pour la définition de la fiducie en droit Ohada, v. Art. 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 de ce même texte « 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 » que le législateur Ohada désigne « agent des sûretés » (art 5, AUS) et lequel est seul « habilité à les recevoir ».

¹⁶²⁰ Ph. Dupichot, « 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., n° 1 et 16.

¹⁶²¹ Ph. Dupichot, « La fiducie-sûreté en plein essor », art. préc., n° 15.

¹⁶²² F.-X. Lucas et M. Sénéchal, Fiducie ou sauvegarde, il faut choisir, D. 2008, p. 29.

l'entreprise¹⁶²³. Une réforme des dispositions de l'acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif et de l'acte uniforme relatif aux sûretés est plus que nécessaire afin d'harmoniser ces deux textes dans la perspective d'un meilleur rendement des procédures de prévention proposées. Dans cette même perspective, le législateur Ohada doit également mettre l'accent sur l'assurance prévention obligatoire.

Paragraphe II: La sensibilisation pour l'institution 'une assurance prévention obligatoire

901. Les difficultés d'une entreprise revêtent d'une manière générale, un caractère imprévisible. Or confronté à une panne de trésorerie, le dirigeant même s'il est informé de l'existence des techniques de prévention et manifeste sa volonté d'y recourir, matériellement, il ne peut réagir dans l'immédiat pour faire face aux frais qu'il serait amené à déboursier pour rémunérer l'expert. Dans ces conditions souscrire à une assurance santé entreprise obligatoire présente un intérêt considérable (1). Toutefois le mécanisme de fonctionnement d'une telle assurance devrait être facilité pour permettre à toutes les entreprises surtout celles qui sont le moins structurés d'y avoir recours autant que possible (2).

A- L'intérêt d'une telle assurance dans les deux ordres juridiques

902. Le recours à l'assurance santé entreprise¹⁶²⁴ part du constat d'ailleurs décevant qu'en France, sur les 60.000 entreprises qui déposent le bilan chaque année, seulement 3% entre elles s'adressent au président du tribunal en vue de bénéficier d'une technique de conciliation ou de mandat ad hoc¹⁶²⁵. Or paradoxalement, lorsqu'elles sont utilisées, le taux de succès de ces mesures de prévention est de l'ordre de 70%. Il est donc incompréhensible alors qu'elles fonctionnent bien, que les mécanismes de prévention soient très insuffisamment utilisés. D'où vient alors cette faible utilisation de ces procédés dont la pratique souligne l'incontestable efficacité ?

¹⁶²³ V. supra, n° 514.

¹⁶²⁴ L'expression est de Th. Montéran, initiateur de ce type d'assurance, pour plus de détails sur la question, v. Th. Montéran, Pour une cause nationale : les CIP au secours des entreprises en difficulté, article préc. ; V. aussi, La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises : entre transparence et confidentialité, efficacité et fragilité, Bulltin Joly Entreprises en difficulté, 01 janvier 2014, n°1, p. 10.

¹⁶²⁵ Th. Montéran, art. préc.

D'après l'auteur cité¹⁶²⁶, deux raisons pourraient justifier cette situation. Soit le public et les conseils des dirigeants ignorent l'existence de ces mesures soit elles sont connues mais leur coût constitue un obstacle à leur utilisation. Cette deuxième hypothèse peut se comprendre dans la mesure où la grande majorité des techniques de prévention sont utilisées par les grandes entreprises. Cela signifie que sont concernées par le défaut ou l'insuffisance d'utilisation de ces mesures et les petites entreprises qui sont le plus souvent, les plus vulnérables dès l'apparition des premières difficultés. Dans ce contexte, si c'est la méconnaissance de l'existence de ces mécanismes qui explique leur très faible utilisation, alors dans ce cas, comme cela a été déjà suggéré, une plus grande publicité en ce sens devrait suffire à permettre leur implantation au sein des entreprises. Mais si c'est pour des raisons financières, alors l'idée d'instaurer l'assurance prévention est plus que vitale pour la survie de l'entreprise.

En effet, cette assurance devrait permettre au dirigeant malchanceux de réagir dès l'apparition des signes avant-coureurs de la dégradation financière de l'entreprise¹⁶²⁷. Plus concrètement, dans cette situation d'urgence, une telle assurance doit soulager le dirigeant en lui permettant de se procurer, selon sa situation, les services d'un mandataire ou d'un conciliateur. L'institution d'une telle assurance serait donc la bienvenue. La réforme du 12 mars 2014 était une occasion pour le législateur pour se pencher sur la question car tout ce qui doit concourir au maintien en activité des entreprises doit être débattu et privilégié. Toutefois même si l'idée est ingénieuse et séduisante, il reste qu'elle ne sera performante que si le mécanisme de fonctionnement et d'accès est facilité aux entreprises.

B- Le fonctionnement d'une telle assurance

903. L'assurance santé entreprise devrait être ouverte à toutes les entreprises et elle doit revêtir un caractère obligatoire. A l'instar de l'assurance automobile ou de l'assurance habitation, tout chef d'entreprise doit au moment de la création de son entreprise souscrire à une telle assurance. Des sanctions devraient être prises à l'égard de tout débiteur qui ne s'acquitterait pas de cette obligation. Pour qu'elle soit efficace, un mécanisme de contrôle devrait être mis en place pour en vérifier l'effectivité. S'agissant du montant de cotisation, des négociations d'ordre technique qui tiennent compte de la dimension de l'entreprise, de

¹⁶²⁶ Th. Montéran, art. préc.

¹⁶²⁷ Th. Montéran, art. préc.

son chiffre d'affaire par exemple, pour arrêter un montant raisonnable¹⁶²⁸. Il faut éviter en effet que les petites entreprises ne voient leurs charges s'alourdir d'avantage. En toute logique, il ne devrait donc pas avoir une cotisation uniforme.

904. L'idée d'instituer une couverture santé entreprise ne manque donc pas d'intérêt au regard du très grand nombre de petites entreprises qui déposent le bilan chaque année, faute de moyen financiers leur permettant de garantir leur activité contre les risques professionnels. On peut toutefois s'interroger sur les modalités de mise en œuvre de cette assurance dans l'hypothèse où elle deviendrait obligatoire. Les compagnies d'assurance¹⁶²⁹ qui ont participé à l'élaboration et à la mise en œuvre de cette assurance ont défini les conditions d'utilisation. Ainsi, deux critères déclencheurs devront être observés pour pouvoir bénéficier de cette assurance¹⁶³⁰. Ces deux critères sont alternatifs. Le premier élément détonateur du bénéfice de l'assurance santé entreprise est d'ordre légal. Le dirigeant doit avoir fait l'objet de l'une des mesures d'alerte. Le deuxième élément repose sur une démarche volontaire du débiteur. Plus concrètement, le bénéfice de cette assurance pourra lui être accordé si à la suite d'un entretien avec un CIP territorial, une attestation a été remise au chef d'entreprise ou encore si le débiteur s'adresse directement au président du tribunal pour bénéficier des services d'un mandataire ad hoc ou d'un conciliateur¹⁶³¹. L'analyse de ces conditions montre clairement que le bénéfice de l'assurance n'est pas automatique. Elle devrait donc intervenir qu'après vérification de l'existence de réelles difficultés. A l'évidence, la mise en œuvre de cette police d'assurance peut se heurter à certaines difficultés car les tentations de fraude de la part du débiteur ne sont pas à exclure. Le seul déclenchement d'une procédure d'alerte devrait il suffire à faire bénéficier de cette assurance entreprise ? Sauf à vouloir instrumentaliser cette source de sauvetage des entreprises, l'élément légal déclencheur ne devrait pas suffire à justifier le bénéfice de cette assurance. Il est possible en effet que l'alerte soit déclenchée par erreur¹⁶³² ou par mauvaise foi¹⁶³³. Dans ces conditions, le chef d'entreprise ne devrait pas pouvoir se prévaloir de l'existence d'une procédure d'alerte pour bénéficier de la couverture d'assurance.. Il est donc certain que ces deux critères arrêtés par les compagnies d'assurance

¹⁶²⁸ Th. Montéran, « Pour favoriser la prévention : l'assurance santé entreprise », Gaz. Pal., 04 aout 2012 n° 217, p. 3.

¹⁶²⁹ Six assureurs auraient participé à cette opération, il s'agit AXA, Chartis, Groupama, CFDP et Covea Risques, Th. Montéran, art. préc. n° 217, p. 3.

¹⁶³⁰ Th. Montéran, art. préc.

¹⁶³¹ Th. Montéran, art. préc.

¹⁶³² Cass. com., 3 déc. 1991 : Bull. joly sociétés 1992, p. 171, n° 48, obs. J.-F. Barbiéri ; Dr. des sociétés 1992, n° 24, obs. Th. Bonneau

¹⁶³³ TGI, Toulouse, 29 juin 2000 : Bull. Cncc 2002, n° 125, p. 76 ; obs Ph. Merle.

ne devraient pas suffire à eux seuls. Par conséquent, d'autres critères propres aux entreprises d'assurances devraient être pris en compte.

Conclusion Titre II

905. Si comme l'affirme le professeur Yves Guyon¹⁶³⁴, les vrais remèdes aux difficultés des entreprises relève de la politique économique de chaque état, la solution de l'efficacité de la prévention reste la sensibilisation des acteurs et partenaires de l'entreprise. Aucune mesure de prévention aussi efficace soit elle, si elle n'est pas connue des dirigeants, elle ne sera jamais appliquée par le tribunal encore moins par le juge. Il n'appartient pas aux juges de se saisir d'office pour prononcer une mesure préventive. La prévention est volontaire, par conséquent tant que le débiteur ne sollicite pas une procédure de prévention, les difficultés éprouvées ne trouveront pas de solutions juridiques. En droit français et en droit Ohada, la sensibilisation doit se faire à deux niveaux. Du point de vue financier, elle doit consister à inviter les dirigeants à adopter un comportement responsable. En cela, tout dirigeant doit souscrire à une assurance entreprise pour se prémunir éventuellement contre les frais d'honoraires d'un conciliateur par exemple. Seule la sensibilisation peut donc amener les dirigeants à comprendre l'enjeu de la prévention. Cela suppose que des moyens de communications soient dégagés aux organes compétents pour procéder à cette tâche.

¹⁶³⁴ Droit des affaires, entreprises en difficultés, t.2, Economica, 2003, n° 56.

Conclusion Deuxième Partie

906. En définitive, l'efficacité recherchée en droit Ohada et en droit français ne peut être atteinte en l'absence de toute réforme des dispositifs actuels de prévention. Celle-ci passe d'abord par une réorganisation de la prévention détection. En effet, il a été démontré que dans les deux ordres juridiques, la prévention détection reposait essentiellement sur les mécanismes d'alerte. Or en raison de l'absence de portée véritable du essentiellement à l'imprécision de leur critère d'ouverture, les agents de détection éprouvaient des difficultés dans la mise en œuvre de ces procédés d'alerte. en conséquence, les sources d'information sur la situation de l'entreprise s'en trouvaient réduites. Dès lors, la prise en compte d'autres mesures de détection s'avère indispensable. Les mécanismes d'alerte demeurent toutefois les principales mesures légales de détection. L'amélioration de leur domaine tant en droit français et en droit Ohada peut produire un effet décisif sur l'efficacité des systèmes de prévention détection. De la même manière, un renforcement des effets de la prévention détection est souhaitable. Pour le droit Ohada, cette solution serait utile dans la perspective d'une meilleure articulation entre les techniques de détection et les techniques de traitement amiables et judiciaires des difficultés. En effet le régime des passerelles est inexistant en droit Ohada, et cette lacune risque d'accentuer la lourdeur du dispositif de prévention et donc d'accroître son efficacité. De ce point, la confrontation des deux systèmes juridiques tourne à l'avantage du droit français qui propose plus de solutions que le droit Ohada.

907. En revanche, l'incertitude de la fonction de la cessation des paiements en droit français exige que ce dernier adopte la démarche du législateur africain qui fait de cette notion la ligne de démarcation entre les procédures amiables et les procédures judiciaires et collectives. Le droit Ohada adopte de la sorte une solution cohérente qui devrait inspirer le droit français. Les deux législateurs sont toutefois convaincus que malgré les nombreuses mesures prévues, la solution à leur inefficacité passe par la sensibilisation des dirigeants d'entreprise c'est-à-dire par la culture de la prévention.

Conclusion Générale

908. Au terme de cette analyse, le bilan suivant peut être établi. La question de la prévention des difficultés des entreprises continuera encore de susciter un intérêt particulier car c'est vers cette nouvelle approche que se trouve désormais la solution des défaillances d'entreprise. L'insuffisance du traitement judiciaire des difficultés renforce davantage l'idée que l'avenir du droit des entreprises en difficulté se trouve dans la prévention. En cela, il faut féliciter et encourager les législateurs français et africains qui font preuve de pragmatisme économique¹⁶³⁵ en s'inscrivant dans cette nouvelle dynamique plus de prévention pour le moins de liquidation d'entreprises. Cela implique l'instauration de systèmes de prévention à contenu double, allant de la détection des difficultés à leur traitement amiable ou judiciaire. Cette étude comparative a cependant montré que des deux systèmes de prévention analysés, le système proposé par le droit français est mieux structuré et organisé. En conséquence, sur certains points, il peut apporter beaucoup au droit africain et lui servir ainsi de modèle.

909. Ainsi, le système Ohada devrait s'inspirer du système français pour améliorer son dispositif de prévention. La première piste d'amélioration concerne la prévention détection de droit Ohada. Le législateur africain semble apparemment peu concerné par ce premier volet de la prévention qui consiste à dépister les premiers symptômes annonciateurs de la cessation des paiements. En effet, dans le dispositif actuel, la prévention détection se limite en droit Ohada au droit d'alerte du commissaire et au droit d'alerte des associés. Ces deux types d'alerte ne peuvent suffire à informer le dirigeant de manière efficace sur sa situation financière. En conséquence, le domaine du droit d'alerte est très réduit et ne permet pas au dirigeant d'avoir une pluralité de moyens de détection. Il est souhaitable de diversifier le régime de la prévention détection en multipliant le nombre des agents de détection. C'est pourquoi, à l'instar du droit français qui comporte six agents de détection, une augmentation du nombre des agents de détection de droit Ohada peut contribuer à renforcer le système de prévention détection de droit Ohada. Il appartiendra au législateur de choisir les agents de détection adaptés au contexte socio économique africain. En effet, en l'absence d'un droit du travail uniforme dans l'espace Ohada, la reconnaissance d'un droit d'alerte au comité d'entreprise dans cet espace juridique doit faire l'objet d'une véritable étude avant toute

¹⁶³⁵ Ch. Delattre, « Le pragmatisme économique est-il un nouveau fondement juridique ? », Rev. proc. col. Janv. Fév. 2012, alertes 1

institution. Le droit français, qui sert constamment de référence au droit Ohada, n'est pas encore parvenu à créer une cohérence entre le droit des entreprises en difficulté et le droit du travail. Par conséquent, les problèmes de coexistence peuvent apparaître surtout que les différents pays membres ne disposent pas du même régime juridique de protection du travailleur. La prévention détection apparaît donc comme le parent pauvre du système Ohada de prévention. Il est regrettable qu'aucune solution ne soit apportée sur ce point par le nouvel acte uniforme afin d'améliorer les techniques de détection existantes. En outre, les lacunes du droit français ont été reconduites alors qu'elles ont été constamment dénoncées en doctrine. Les pouvoirs du président de la juridiction compétente doivent être renforcés afin de disposer d'un droit de convocation comme cela est le cas en droit français.

910. En revanche, pour la prévention traitement, les deux ordres juridiques peuvent s'apporter mutuellement. Au niveau des procédures contractuelles, en s'inspirant du droit français, la dernière réforme de l'acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif a introduit en droit Ohada la procédure de conciliation avec le même mécanisme à l'exception du critère d'ouverture¹⁶³⁶. Cela montre que le système de prévention Ohada avait besoin d'une procédure contractuelle de prévention comme en droit français. La voie de la négociation et donc de la contractualisation, est encouragée¹⁶³⁷. Elle est prometteuse au regard des résultats du mandat ad hoc du droit français.

911. Enfin, le droit Ohada peut également s'inspirer de la méthode du droit français qui consiste à instrumentaliser le droit des sûretés pour financer l'entreprise en difficulté. Le droit des sûretés dans le dispositif de droit Ohada n'est pas aligné sur l'acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif. Il en va ainsi de l'agent de sûreté de droit Ohada dont le régime peut constituer un obstacle au redressement de l'entreprise¹⁶³⁸. Il est regrettable que la nouvelle réforme de l'acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif ne se soit pas prononcée sur la question. Pourtant, une harmonisation des deux actes cités s'avère utile pour une plus grande efficacité du système de prévention Ohada.

¹⁶³⁶ V. sur cette divergence au niveau de l'ouverture de la procédure de conciliation, v. nos développements, supra. n°377.

¹⁶³⁷ La contractualisation du droit des entreprises en difficulté, Rév. proc. coll. mai-juin 2015, Table ronde 2. En droit Ohada, le législateur s'est engagé dans cette démarche avec l'institution de la nouvelle procédure de conciliation.

¹⁶³⁸ S. K. Evelamenou, Le concordat préventif, Thèse de doctorat Paris -Est Val De- Marne, p. 213 et s.

912. Par ailleurs, l'amélioration du système de prévention Ohada passe aussi nécessairement par la formation des magistrats. Ils jouent en effet un rôle prépondérant dans les procédures collectives d'apurement du passif, notamment le règlement préventif. Une bonne application des mécanismes de prévention organisée par le législateur suppose une bonne maîtrise du droit Ohada. Or d'après le professeur Michel Filiga Sawadogo¹⁶³⁹, le problème de la non maîtrise de l'acte uniforme demeure entier. Les juges africains demeurent très approximatifs dans les jugements qu'ils rendent. L'apport du droit français dans ce domaine peut contribuer à rendre efficace le dispositif Ohada. Les juges de la prévention des tribunaux de commerce de Paris¹⁶⁴⁰ en raison de leur expérience peuvent ainsi apporter leur expertise à leurs homologues africains.

913. Mais corrélativement, le droit Ohada peut inspirer le droit français relativement à la fonction de la cessation des paiements dans les procédures préventives. Au regard, du cafouillage de son rôle¹⁶⁴¹, la cessation des paiements peut constituer un frein dans le recours aux procédures judiciaires de prévention. La solution préconisée par le droit africain permet d'éviter ce brouillage de piste qui existe au niveau de la cessation des paiements. Par conséquent, le législateur français devrait s'en inspirer pour une meilleure cohérence des procédures.

914. La préférence du système français de prévention par rapport au droit Ohada est toutefois flatteuse. Qu'il s'agisse du droit français ou du droit Ohada, les systèmes de prévention prévus apparaissent à des degrés différents. Ils sont fortement lacunaires, avec une présence beaucoup plus importante en droit Ohada qu'en droit français. En conséquence de cette inefficacité, les disparitions d'entreprise sont en hausse aussi bien en droit français qu'en droit Ohada. Cette situation n'a pas échappé au Professeur Michel Filiga Sawadogo¹⁶⁴² qui souligne que « les entreprises en difficulté, on en trouve un peu partout en Afrique, les entreprises qui se redressent on en cherche ». Cette remarque de cet auteur montre bien que la dynamique de la prévention n'est pas encore suffisamment encrée dans le comportement des chefs d'entreprise.

¹⁶³⁹ M. Filiga Sawadogo, obs. sous TGI, Ouagadougou, 25 mai 2004, Ohadata J-05-249.

¹⁶⁴⁰ I. Rohart Messenger, « La prévention détection au tribunal de commerce de Paris », Gaz. Pal., 2010 n°11.

¹⁶⁴¹ F. Reille, « la procédure de sauvegarde accélérée issue de la réforme du 12 mars 2014 »

¹⁶⁴² M. Filiga Sawadogo, Commentaire de l'acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif in Code Ohada Juriscope 2014.

915. Pourtant les mesures instituées par les différents législateurs ne manquent pas d'atouts. Des mesures incitatives sont prévues non seulement à l'égard du débiteur mais aussi au profit des créanciers de l'entreprise en difficulté¹⁶⁴³. Pourquoi alors malgré cette magnanimité des différents législateurs, les dirigeants ne perçoivent pas encore l'intérêt de recourir à la prévention. L'une des raisons qui explique ce paradoxe, c'est qu'il existe encore une certaine ignorance et réticence des dirigeants dans l'utilisation de ces techniques de sauvetages des entreprises. En définitive, en matière de prévention, les mesures incitatives seules ne suffisent pas. Ainsi, pour reprendre l'affirmation des professeurs Paillusseau et Petiteau, la prévention est un concept culturel dont le succès dépend d'une volonté politique¹⁶⁴⁴.

916. La solution consiste donc à sensibiliser les dirigeants d'entreprise sur les enjeux de la prévention. L'information doit être l'axe majeur qui permettra à la prévention de jouer son rôle de sauvetage des entreprises. Cette solution doit être encouragée car les techniques de dépistage sont souvent inconnus des petites entreprises, des ouvriers, des artisans¹⁶⁴⁵. L'information sensibilisation doit se faire dans les deux ordres juridiques et doit concerner les acteurs et les partenaires de l'entreprise. L'accent devra être mis sur la culture de la prévention à travers des colloques, des séminaires, des ateliers ect... En droit Ohada par exemple, l'information doit viser les petites et les très petites entreprises, qui sont les plus nombreuses dans l'espace Ohada. Privées majoritairement de conseils juridiques, elles demeurent dans l'ignorance de l'existence de règles juridiques de prévention. En outre, l'information doit concerner toutes les personnes qui sont désormais éligibles aux procédures collectives Ohada et visées à l'article 1-1 de l'AUPCAP¹⁶⁴⁶.

917. L'information doit également concerner le financement de la prévention. Ainsi, le système de tontine, beaucoup utilisé en Afrique en marge des structures classiques de financement, a besoin d'être réorganisé afin de constituer une mesure de renflouement aux entreprises.

¹⁶⁴³ Il faut relever que le rôle des créanciers dans la procédure de règlement préventif demeure encore faible dans la prévention des difficultés en droit Ohada. Ils ne sont véritablement pas associés dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté, contrairement à ce qui se passe dans la procédure de sauvegarde de droit français.

¹⁶⁴⁴ Cités par C. Sawadogo, La prévention des difficultés dans les Etats d'Afrique francophones, thèse de doctorat, université Paris I-Sorbonne, 2006, p. 292.

¹⁶⁴⁵ Th. Montéran, Art. préc.

¹⁶⁴⁶ Ce texte étend désormais le champ d'application aux professions libérales indépendantes, les artisans, les agriculteurs.

918. Enfin, l'instauration d'une assurance obligatoire est une des solutions qui peut également permettre au débiteur de régler les frais de procédure et les honoraires de l'expert qui sera désigné pour conduire les négociations en cas de difficultés. Les dirigeants refusent souvent de recourir à la prévention faute de moyens. Or l'institution de cette assurance va résoudre le problème. Il suffira lorsque les conditions fixées par l'assureur seront réunies, que le débiteur signale la difficulté pour que l'assureur lui apporte l'aide nécessaire pour faire face à ses difficultés.

919. En définitive, la relative efficacité du système français de prévention par rapport au système Ohada n'est toutefois pas surprenante. Le droit français est très ancien et en perpétuelle évolution. Il connaît à chaque changement de régime une nouvelle réforme¹⁶⁴⁷. Le droit Ohada est encore jeune : il faut donc du temps pour parfaire son système de prévention des difficultés. En principe la comparaison entre ces deux ordres juridiques ne devrait pas se faire en raison du décalage historique entre ces deux droits. Mais comme le relève un auteur¹⁶⁴⁸, aucun système juridique ne peut se parfaire s'il ne rentre pas en comparaison avec d'autres systèmes. C'est de la confrontation que naissent des systèmes juridiques efficaces. Pour le droit africain un espoir est permis car la nouvelle réforme de l'acte uniforme portant procédure collective d'apurement du passif indique déjà la voie à suivre : s'inspirer du droit français pour se construire un dispositif de prévention harmonisé et adapté au contexte socio économique africain.

920. En tout état de cause, le droit ne peut à lui seul suffire pour garantir l'efficacité d'un système de prévention. Il peut en être l'instigateur par l'adoption de mécanismes juridiques adaptés, mais les solutions juridiques ne suffiront pas pour régler les difficultés économiques par exemple. Un système de prévention peut être attractif mais cela ne présage pas de son efficacité car celle-ci s'appréciera au regard de la potentielle influence que les règles de droit prévues par le français et le droit Ohada peuvent avoir sur la pérennité des entreprises. C'est pourquoi en plus de la sensibilisation, le droit des contrats¹⁶⁴⁹ doit être mis à contribution afin de contractualiser davantage le droit des entreprises en difficulté car la contractualisation est gage de confidentialité.

¹⁶⁴⁷ P.-M. Le Corre, « 1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite au droit de la sauvegarde des entreprises », *Gaz. Pal.*, 21 juil. 2007 n° 202, p. 3.

¹⁶⁴⁸ L.J. Constantinesco, *Traité de droit comparé*, t. I, Introduction au droit comparé, LGDJ, 1972, n° 10 ; M. Ancel, *le droit comparé instrument de compréhension et de coopération internationale*, Études offertes. à Alfred Jauffret, p. 11

¹⁶⁴⁹ S. Sabatier, *Le droit des obligations à l'épreuve des procédures collectives*, thèse doctorat, université Toulouse 2000, p. 198 et s.

BIBLIOGRAPHIE

Droit français

Ouvrages généraux, traités, manuels

Agostini (E), Droit comparé, PUF, 1988.

Bastin (J), La défaillance de paiement et sa protection, l'assurance-crédit, LGDJ, 2^e éd. 1993.

Baudu (A), Droit fiscal, Gualino 2012.

Bénabent (A), Droit des obligations LGDJ, 14^e éd., 2014.

Betch (M), Droit fiscal, Vuibert, 2012.

Bonneau (Th), Droit bancaire, LGDJ, 11 éd., 2015.

Cabrillac (M), Mouly (C), Cabrillac (S), Pétel (Ph), Droit des sûretés, LexisNexis, 9^e éd, 2010. .

Cauzian (M), Viander (A), Deboissy (F), Droit des sociétés, LexisNexis, 28^e éd. 2015.

Chaput (Y), Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés, PUF, 1986.

Chassagnon (Y), L'intervention judiciaire dans les entreprises en difficulté, Tec et Doc, 2^e éd., 1986.

Chauchard (J.-P.), Kerbouch (J.-Y.) Wilmann (C) Droit de la sécurité sociale, LGDJ, 7^e éd. 2015.

Cohen (M), Traité de droit des comités d'entreprise et de comité de groupe, LGDJ, 7^e éd., 2003.

Cohen (M) et Millet (L), Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe, LGDJ, 11^eéd. 2015

Constantinesco (L. J.), Traité de droit comparé, « Méthode comparative », LGDJ, t .II, 1974.

Couret (A), Mervilliers (N), Sautenac (De G. A) Le traitement amiable des difficultés des entreprises, Droit Poche, Economica, 1985.

De Belval (B), Gérer une entreprise en difficulté, Studyrama, 2009.

Derrida (F), Godé (P) et Sortais (J.-P), Redressement et Liquidation judiciaires des entreprises, Dalloz, 3^e éd., 1991.

Deschannel (J.-P) et Lemoine (L), L'assurance-crédit, PUF, 1996.

Desurvire (D), Histoire de la banqueroute et faillite contemporaine, L'harmattan, Paris, 1993

Farjat (G), Pour un droit économique, PUF, 2004.

Gavalda (Ch) et Stoufflet (J), Droit bancaire, Litec, 8^e éd, 2010.

Guéry (G), Prévention et Traitement des difficultés des entreprises, Dunod, Paris, 1995.

Guyon (Y), Droit des affaires, Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire, faillite, Economica, t.2, 9^e éd. 2003.

Hémard (J), Théorie et pratique des assurances terrestres, Sirey, 1924, t.1, n° 42.

Hilaire (J), Introduction historique au droit commercial, PUF, 1986.

Jacquemont (A), Droit des entreprises en difficulté, LexisNexis, 8^e éd, 2013.

Jeantin (M) et Le Cannu (P), Droit commercial, Entreprises en difficulté, Précis Dalloz, 7^e éd. 2007.

Keppenne (J.-P), « Guide des aides d'Etat en droit communautaire (Réglementation, jurisprudence et pratique de la commission)», Bruylant, Bruxelles, 1999.

Lambert-Faivre (Y) et Leveneur (L), Droit des assurances, Dalloz, 13^e éd, 2011.

Le Cannu (P) et Dondero (B), Droit des sociétés, LGDJ, 6^e éd., 2014.

Le Cannu (P), Prévention et règlement amiable, « U », Armand Colin, 1985.

Le Corre (P.-M), Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action 2014-2015.

Le Corre (P.-M), Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action 2015-2016.

Le Corre (P.-M.), Droit et pratique des pratiques collectives, Dalloz action, 7^e éd, 2013-2014

Le Corre (P.-M), Droit et pratique des pratiques collectives, Dalloz action, 8^e éd, 2014-2015

Le Corre (P.-M), Droit et pratique des pratiques collectives, Dalloz action, 9^e éd, 2015-2016

Léguévaques (Ch), Droit des défaillances bancaires, Economica, 2002.

Lethielleux (L), Droit des entreprises en difficulté, Gualino, 3^e éd., 2012

Lethielleux (L), Management des entreprises en difficulté, Gualino, 2008.

Lienhard (A), Procédures collectives, Delmas, 6^e éd., 2014.

Merle (P), Sociétés commerciales, Dalloz, 18^e éd., 2015.

Paillusseau (J) et Petiteau (G), Les difficultés des entreprises, A. Colin, 1985.

Perochon (F), Entreprises en difficulté, L.G.D.J, 9^e éd, 2012

Perochon (F), Entreprises en difficulté, LGDJ, 10^e éd, 2014.

Piedelièvre (S) et Putman (E), Droit bancaire, Economica, 2011.

Richard (E), (sous la direction de), Droit des affaires, questions actuelles et perspectives historiques, PUR, 2005.

Roussel-Galle (Ph), Réforme du droit des entreprises en difficulté, Litec, 2^e éd., 2007.

Saint Alary-Houin (C), Droit des entreprises en difficulté, LGDJ, 8^e éd. 2013

Saint-Alary-Houin (C), Droit des entreprises en difficulté, LGDJ, 9^e éd. 2014.

Sortais (J.-P), Entreprises en difficultés, les mécanismes d’alerte et de conciliation, L.G.D.J. 2010.

Szramkiewicz (R), Histoire du droit des affaires, Montchrestien, 1989

Vasseur (M), Le traitement des entreprises en difficulté, Les cours du droit, 1990, p.119

Vidal (D), Droit des procédures collectives, Gualino 2006

Voinot (D), Droit économique des entreprises en difficulté, LGDJ, 2007.

Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

Bachlouch (S), La prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises en droit comparé franco-marocain, thèse de doctorat, Université Paris Est 2012

Blanc (G) (sous de la dir. de), La prévention des difficultés des entreprises, Analyses des pratiques juridiques de PUAM, 2004.

Bourassin (M), L'efficacité des garanties personnelles, L.G.D.J, 2006.

Bouthinon-Dumas (V), Le banquier face à l'entreprise en difficulté, Revue Banque, 2008.

Couturier (G), Droit des sociétés et Droit des entreprises en difficulté, LGDJ, 2013.

Disa (L), Responsabilités et sanctions civiles du dirigeant d'entreprise en difficulté, Thèse de doctorat, Université de Toulouse, 2013.

Denis-Linton (M), L'assurance-crédit en droit interne, thèse de doctorat, Université Paris I, 1978.

Despax (M), L'entreprise et le droit, LGDJ, 1956.

Elia (J), La procédure de sauvegarde des entreprises, étude comparée de droit américain et français, thèse de doctorat, Université de Saint Etienne 2006.

Fontaine (M), Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit, thèse de doctorat, Bruxelles 1966.

Grynbaum (L), Le contrat contingent (l'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur), LGDJ, thèse, Paris II, 2004, tome 389, sous la direction de M. Jacques Ghestin, préface de Michelle Gobert.

Rizzi (A), La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives, LGDJ 2007

Robine (D), La sécurité des marchés financiers face aux procédures collectives, L.G.D.J, 2003

Sabatier (S), Le droit des obligations à l'épreuve des procédures collectives, Thèse de doctorat, Université Toulouse 2000,

Saintourens (B) et Zenaki (D), (sous la direction de), Droit des entreprises en difficulté, perfectionnement juridique et efficacité économique, PUB, 2015

Articles et Chroniques de doctrine

Ancel (M), Le droit comparé instrument de compréhension et de coopération internationale, Études offertes. à Alfred Jauffret, p. 11

Arcelin (M), « L'entreprise en difficulté face au droit de la concurrence », Rev. Lamy conc. 2004-1, p.106.

Arlix (P), « Appréciations critiques de la réforme du droit des procédures collectives, » LPA 1995, n°15, p. 14.

Armand-Prévost (M), « La prévention et ses risques », RJ com. 2003, n° spéc., p. 13.

Amingol (J. L), « Le rôle de l'expert comptable dans le cadre de la prévention des difficultés des entreprises », in la prévention des difficultés des entreprises, PUAM 2004, p. 21.

Arseguel (A) et Météyé (Th), « L'AGS : le prix d'un progrès social, la loi du 25 janv. 1985 a 20 ans ! Entre bilan et réforme », RLDA, n°80, mars 2005, p. 190

Arthuis (J), « La TVA sociale comme mode alternatif de financement de la sécurité sociale destiné à renforcer la compétitivité des entreprises françaises et l'emploi », Rapp. d'information, sénat, 22 fév. 2007.

Assaya (L), Day (J), Petitjean (M), « Réforme du droit des entreprises en difficulté: l'ordonnance du 12 mars 2014 », LPA, 18 avril 2014, n° 78, p. 6

Badillet (J), « Pratiques parisiennes en matière de traitement préventif des difficultés des entreprises », Gaz.Pal., 12 mai 2011, p. 7

Bailly-Masson (Cl), « L'autonomie de l'entreprise : enjeux et conditions », LPA, 13 septembre 1999, n° 182, p. 4.

Barbieri (J.-F.), « Le choix des techniques de traitement des difficultés des entreprises, Réflexions liminaires», Rev. proc. coll., 2005, n°4, p. 346

Barbièri (J.-F), « Code de déontologie et indépendance des commissaires aux comptes », BJS, 2006, n° 7, p. 409

Barbieri (J.-F), « Expert comptable du comité de groupe: pouvoir d'investigation et périmètre du groupe concerné », BJS, 01 mars 1995, n°3, p. 242

Barbièri (J.-F), « L'indépendance des commissaires aux comptes devant le conseil d'Etat », BJS 01 juin 2006, n°6, p. 711

Barbieri (J.-F), « Procédure d'alerte », BJS, 31 décembre 2006, n° 3, p. 463

Baret (M.- A), « Les acteurs des procédures : le comité des créanciers », LPA, 20 mars 2007 n°57.

Barreau (C), « Les dispositifs tendant à limiter le risque entrepreneurial », Defrénois, 30 mars 2011.

Bavard (Ch), « Les greffiers des tribunaux de commerce au centre du dispositif légal des sûretés mobilières- publicité et prévention » in Les réformes des sûretés et l'entreprise: développement du crédit et anticipation des difficultés ,121^e congrès du conseil national des greffiers in Rev des proc. coll. Sept-oct 2009, p. 71 et s.

Bayle (M), « L'enchaînement des procédures de prévention et de traitement de la cessation des paiements », LPA, 23 octobre 2008, n°213, p. 3

Bentegeat (H) et Bonazza (P), « Crédit Lyonnais : Le scandale bancaire du siècle », Le Point, 26 mars 1994.

Bernadini (L), L'excès de pouvoir dans les procédures collectives, LPA, 28 Nov. 2008, n°239, p. 21

Berthelot (G), « Les créanciers postérieurs méritants (1^{ère} partie) », Rev. proc. coll. mai-juin 2011, p. 84

Berthoud-Ribaute (H), « Le sort de la société civile immobilière dans la procédure collective », RTDcom. 2003, p. 29

Besse (J), « Réflexions critiques sur la formule "passif exigible et exigé », Rev. proc. coll. 2000, p. 39

Bigouroux (J.F), « L'expert comptable et la prévention des difficultés des entreprises » in La prévention des difficultés des entreprises, « Analyse des pratiques juridiques », PUAM, 2004, p. 65

Blanc (G), « Entreprise en difficulté, plan de sauvegarde et de redressement », D 2013, p. 3 et s.

Borga (N), « Privilège de conciliation et paiement provisionnel, à propos d'une affaire jugée par le tribunal de commerce de Paris », in LEDEN, 05 février 2012 n° 2, p. 5

Borgetto (M), « La sécurité sociale dans la campagne présidentielle: la double impasse », Dr.soc., 2007. p. 507

Bouchery (D), « Restructurations financières, Entreprises en difficulté : Nouvel essai, Moins de liquidations par plus de prévention, Mythe ou Réalité ? » Acte du colloque de Deauville les 3 et 4 avril 2004, in Revue de jurisprudence commerciale 2004, p. 49

Boukris (I), « Les groupements de prévention agréés », Gaz, Pal. 1984, Doctr. 338, p. 2

Bouloc (B), « Le renforcement de l'efficacité des contrôles effectués par les commissaires aux comptes », Rev. des sociétés, 2003, p. 87

Bouquet (B), « Le droit d'alerte des associés minoritaires », in La prévention des difficultés des entreprises. Analyses des pratiques juridiques, sous la direction de G. Blanc, Presses universitaires Aix-Marseille, 2004, p. 81

Bourbouloux (H), « Nouveaux contextes, nouveaux débiteurs », BJE, sept. 2012, n° 5, p. 314.

Bourbouloux (H), « Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés des entreprises », BJE 01 mai 2012. p. 56

Bourbouloux (H) et Couturier (G), « Eclairage – Première mise en œuvre de la procédure de sauvegarde financière accélérée », BJE 01 mai 2013 n° 3, p. 134.

Bourbouloux (H), et Hart de Keating (O), « Le système d'assurance-crédit en progrès », BJE, 01 septembre 2013 n°5, p. 270,

Bouychou (D), Sapin (B), Bouchery (D), « Le règlement amiable... Ou la conciliation, potion miracle ou placebo, Entreprises en difficulté : Nouvelle essai, Moins de liquidations par plus de prévention, Mythe ou Réalité ? » Acte du colloque de Deauville les 3 et 4 avril 2004, in RJcom 2004, p. 58

Bravard (C), « Les greffiers des tribunaux de commerce au centre du dispositif légal des sûretés mobilières, publicité et prévention », in Les réformes des sûretés et l'entreprise; développement du crédit et anticipation des difficultés, Rev. proc. coll, sept-oct 2009, art. 19, p. 71 et s.

Brémond (G) et Scolastique (E), « Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires », JCPE, 2006, p.466

Bricard (A), « Le point de vue des experts comptables et des commissaires aux comptes, Entreprises en difficulté : Nouvel essai, moins de liquidations pour plus de prévention, Mythe ou Réalité ? », Acte du colloque de Deauville les 3 et 4 avril 2004, in RJ com 2004, p. 23.

Brocard (E), « Les stratégies de restructuration des entreprises en difficulté », LPA, 11 mai 2011, p. 19

- Broussard (B)**, « Les clairs- obscurs de la continuité de l'exploitation », in Entreprises en difficultés, les mécanismes d'alerte et de conciliation, J. P. Sortais, p.19
- Brunet (A)**, « Sauvegarde, conciliation et redressement judiciaire : L'illusion diversification des procédures destinées à sauver les entreprises en difficulté. Etudes de droit privé offertes à Paul Didier », in Economica, 2008, p. 33
- Brunet (A) et Germain (M)**, « L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes », D. 1975, p. 76.
- Brunet (A)**, « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », in Etudes Roblot, 1984, p.473.
- Calendini (J.-M)**, « La loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable », LPA, 23 mai 1984, p. 16
- Calvo (J)**, « La notion de cessation des paiements dans les procédures collectives », LPA, avril 1999, n°3, p.7
- Campana (M.-J)**, « Le projet de réforme des procédures collectives », D. 1977, p. 273.
- Campana (M.-J.) et Téboul (G)**, « Les aides d'Etat aux entreprises en difficulté », LPA, 21 novembre 2003, p. 5
- Canin (P)**, « Du redressement et de la liquidation des entreprises (loi n°94-475 du 10 juin 1994) », RJcom, 1994, p. 352
- Caramalli (D)**, « Droit des entreprises en difficulté : quelques suggestions d'amélioration », D. 2013, p. 2417
- .
- Casson (Ph)**, « Assurance-crédit », Rép. Com. D., octobre 2010, p. 2 et s.
- Cerati-Gauthier (A)**, « Application de la loi de sauvegarde des entreprises aux professions libérales », JCP 2008, 2436, p. 31.
- Champaud (Cl)**, « Les responsabilités des organismes publics et parapublics », RJ com sept.-oct. 1976, p.368
- Champaud(O)**, Juge consulaire: un partenaire pour les chefs d'entreprise, LPA, 28 avril 2008 n°85, p. 484
- Chaput (Y)**, « Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises », Bull. Joly 1988. p. 89

Chaput (Y), « La liquidation amiable sous contrôle judiciaire d'une entreprise en difficulté », in Mél. Michel Cabrillac, Litec, 1999, p.50

Chaput (Y), « La réforme de la prévention et du traitement des entreprises en difficultés », JCP éd. G.1994, I, 3786, p. 254

Chaput (Y), « Le groupement de prévention agréé », LPA n°143, déc. 1985, n° 4, p. 2

Chaput (Y), « Prévention des difficultés des entreprises, Propos « partiels » sur le rapport Hyst », RLDA, mai 2002, p. 49

Chaput (Y), Synthèse du colloque « Procédures d'insolvabilité, aides publiques et droit de la concurrence », Strasbourg 2008, LPA 11 juin 2008, p.46

Chartier (Y) « Les formes d'intervention des autorités publiques dans les procédures collectives », in Les autorités publiques et l'entreprise privée, RJ com. 1983. p.120

.

Chauve (J.-L), « Le droit d'alerte du comité d'entreprise » in La prévention des difficultés des entreprises, « Analyse des pratiques juridiques », PUAM, 2004, p. 93.

Chemouli (H), « La sauvegarde » des cabinets d'avocats- ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », Gaz. Pal., 26 mars 2009, n° 85, p. 2

Colaert (C), « Le financement des sociétés en mandat ad hoc », RJcom. Mars-avril 2005, n° 2, p. 130

Corbion (L), « Le silence gardé par une partie sur sa mise en redressement judiciaire n'est pas en soi constitutif d'un dol », Revue Lamy droit Civil, 2004, n°3, p. 56

Cotton (M), « Les aides publiques aux entreprises en difficulté. Aspects pratiques », Rev. proc. coll. n°2, juin 2006, p. 133

.

Crédot (F.-J), « La réforme du droit des entreprises en difficulté », Dr. et patr. 1994, p. 53

Crocq (P), « Les sûretés mobilières: état des lieux et prospective », Rév. proc. coll., sept-oct 2009, art. 18 p. 67

Croze (H), « Loi de sauvegarde des entreprises : panorama général et procédure », Rév procédures, n° 10, octobre 2005, p. 9

Croze (H), «Mandat ad hoc et procédure de conciliation », Rév. procédures novembre 2005, p. 6.

Daigre (J.-J), «Le rôle du tribunal de commerce, bilan d'une enquête », JCP E 1987, II, 15066.

Dammam (R) et Podeur (G), Affaire «Cœur Défense»: exemple d'instrumentalisation de la procédure de sauvegarde, Dalloz, 2010.p. 579.

Dammam (R) et Podeur (G), « Sauvegarde financière express ; vers une consécration législative du prépack à la française ? », D. 2010, p. 2005.

Dammann (R) et Podeur (G), « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12mars 2014 », D. 2014, p. 752

Dammann (R) et Podeur (G), « Les enjeux de la réforme des comités de créanciers », JCP E, 2009, n° 47, p. 36

Dammam (R) et Podeur (G), « Editorial- Cœur Défense : une sauvegarde qui renaît de ses cendres », BJE, 01 mai 2011 n° 2, p.97

Dammann, (R), « La situation des banques titulaires de sûretés... », BD sept. 2005, p. 32

Deharweng (J), « Table ronde sur le droit en devenir », in La prévention des difficultés des entreprises, « Analyses des pratiques juridiques », Presse Universitaire d'Aix Marseille, mars 2004, p. 149

Delattre (C) « Le secret des affaires, La confidentialité des procédures », Dr.soc.2012, p.1et.2.

Deharweng (J), « La procédure de sauvegarde est l'anticipation du redressement judiciaire plutôt qu'un redressement judiciaire anticipé : théorie et pratique au terme d'une année d'application », LPA, 16 fév. 2007 n° 35, p. 4

Delattre (C), « Prévention et conciliation », Rev. proc. coll., nov.-dec. 2009, p. 65

Delattre (C) et Etienne-Martin (E), « Prévention : le mandat ad hoc et la conciliation plus efficaces et plus accessibles ? », Rev. proc. coll., mars-avril 2014, dossier 15.p. 5

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. 2

Delattre (Ch), « La prévention détection doit s'exercer dans le respect du cadre légal », Rev. proc. coll., juill.-août 2010. Dossier18, p. 2

Delattre (Ch), « La désignation de l'administrateur judiciaire et du mandataire judiciaire moins de 18 mois après une conciliation ou un mandat ad hoc », Rev. proc. coll. janv-fev. 2010, Etudes 4. p. 1

- Delattre (Ch)**, « Le pragmatisme économique est-il un nouveau fondement juridique ? », Rev. proc. col. Janv. Fév. 2012, p.1
- Deleneuveille (M)**, « L'entreprise et la loi du 25 janv. 1985 », Rev. proc. coll., 1998. p. 519
- Derrida (F)**, « Sur la notion de cessation des paiements », in Mélanges J.-P. Sortais, Université de Lausanne-Bruylant, 2003, p. 54
- Derrida (F), Godé (P), Sortais (J.-P)**, « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, avec la collaboration d'A. Honorat », D.1986. p. 265.
- Derrida (F), Godé (P), Sortais (J.- P)**, « La réforme du droit des entreprises en difficultés », D.1994, chr., p. 267
- Derrida (F)**, « La réforme du règlement judiciaire et de la faillite », étude de la loi n° 67-563 du 13 juillet et du décret-1120 du 22 décembre 1967, Défrénois^o3, p. 16 et s.
- Di Carlo (S)**, « Les mécanismes juridiques de l'alerte », in La prévention des difficultés des entreprises, « Analyse des pratiques juridiques », PUAM, 2004.p. 55
- Diesbecq (A) et Roussel-Galle (Ph)**, « La confiance, la confidentialité, la publicité et le rôle du juge dans les procédures collectives », Gaz. Pal. , 01 janv. 2013.p. 13.
- Diesbecq (A)**, « L'abus réprimé : la correction par le juge », Gaz. Pal., 19 déc. 2009.p. 24
- Douaioui (M.-D)**, « À propos de quelques difficultés d'application de la loi de sauvegarde des entreprises », LPA, 08 janv. 2007 n° 6, p. 4
- Donnette (A)**, « Exercice du droit d'alerte et étendue du pouvoir d'appréciation du comité d'entreprise : les doutes dissipés ? », Rev. Lamy Dr. Aff., avril 2011.p. 59
- Donnette (A)**, « Exercice du droit d'alerte du comité d'entreprise », LPA, 23 octobre 2013 n° 214, p. 13.
- Donnette-Boissière (A)**, « Le droit d'alerte du comité d'entreprise », cah. soc, 01 septembre 2015 n° 277, p. 455.
- Donnette-Boissière (A)**, « L'alerte du comité d'entreprise : une liberté surveillée ? », BJE 01 juil. 2012 n°4, p. 259
- Douhaire (E)**, « Les aspects pratiques de la conciliation- le rôle du conciliateur dans les négociations », RJcom 2008.21p.21.
- Driguez, (L.)**, « Les critères de concomitance dans les remises de dettes publiques et privées aux entreprises en difficultés », LPA 3 août 2007 n° 155, p.3

Dubois de Gaudusson (J), « Le statut de la justice dans les Etats d'Afrique francophone », in La justice en Afrique, Documentation française, 1990.p. 30

Duffour (O), « La cour d'appel rejette la demande d'expertise de Jérôme Kerviel », LPA, 03 février 2015. p. 4

Duffour (O), « Le bruyant rebondissement de l'affaire Kerviel », LPA, 28 mai 2015.p. 3

Duffour (O), « Le revirement inattendu de la cour de cassation dans l'affaire Kerviel », LPA, 03 avril 2014.p.4

Duffour (O), « Indépendance des commissaires aux comptes : création d'une commission de déontologie », LPA, 07 avril 1999. p. 3

Duplat (J. L), « Le service des enquêtes commerciales outil de prévention en matière de faillites en Belgique », Rjcom, 1989, p. 49

Du Pontavic (E), « Le nouveau rôle des commissaires aux comptes et l'alerte par le président du tribunal de commerce », RJ com 1985, p. 51

Eeckhoudt (M), « La prévention de la faillite bancaire », LPA, 14 janvier 2010, n° 10, p. 3.

Fabre (A), « Aspects sociaux de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficultés », Rev. dr. trav. 2014, p. 259

Farjat (G), « Une reconnaissance de l'entreprise en droit Français ? », Rev. int.dr.éco., 1987, p.521

Faure (B), « Remarques sur les mutations du principe de la liberté de commerce et de l'industrie », RFDA 2004, p. 299.

Faury (D), « La notion de cessation des paiements et la loi de sauvegarde des entreprises », Gaz. Pal. 2007, n° 3, p. 8.

Favario (T), « L'avocat en difficulté, (application de la loi de sauvegarde à l'avocat exerçant en nom) », BJS, 01 juin 2006, p. 45

Fombeur (P), « La procédure de sauvegarde est l'emblème de l'anticipation voulue par le législateur », LPA, 12 Févr. 2008.p. 3

Fournier (P), « Le traitement non judiciaire des difficultés » in La réforme du nouveau droit de l'entreprise, Montchrestien, 1995, p. 24

Fraimont, (J.J.), « Premières applications», Rev. proc. coll. 2006.

Frisson-Roche (M-A), « Le législateur des procédures collectives et ses échecs », Mél. A. Honorat. Ed. Frisson-Roche 2000, p. 109

Gailhbaud (C), « Les dispositions relatives aux salariés dans l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 », Gaz. Pal., 08 avril 2014, p. 52.

Gavalda (Ch), « Le renouveau de l'assurance cautionnement des marchés garantie des acheteurs dans le commerce international » in Mél. Azard, D. 2004, p. 269

Gibirila (D), « Redressement et liquidations judiciaires », Défrénois, 15 juin 2008, p. 21

Gorrias (S), « L'ordonnance du 12 mars 2014 et les modifications intéressant la nomination des organes de la procédure », Gaz. Pal., 08 avril 2014, p. 39

Grelon (B), « Prévention et cessation des paiements », in Mél. en l'honneur de Daniel Tricot, Litec, 2011, p. 423

Grelon (B), « La loi de sauvegarde revisitée par la loi n° 2010- 1249 dite de régulation bancaire et financière en date du 22 oct. 2010 », Rév. Sociétés, 2011, p.7.

Grelon (B), « Le temps de la prévention », Rj com, 2003, n° spéc. p. 48.

Guyon (Y), « Que reste-t-il du principe de la liberté du commerce et de l'industrie ? » in Dix ans de droit de l'entreprise, Librairies techniques, 1978, p. 39.

Guyon (Y), « L'indépendance des commissaires aux comptes », JCP. 1977, I, 2831, p. 56.

Guyon, (Y), « Le rôle de prévention des commissaires aux comptes », JCP E 1987, 15066, p. 622.

Habauzit-Detilleux, (M-C), et Michaud (P)., « La procédure de conciliation applicable à l'avocat en difficulté dans la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 », Gaz. pal, 28 janv. 2006, p. 2

Haehl, (J- Ph), « La consécration du droit d'alerte du président du tribunal », LPA,30 septembre 1994. n°117, p. 4

Haehl, (J-Ph.), « Le droit d'alerte du président du tribunal de commerce », LPA, 14 septembre 1994, n° spécial. p.45

Hael, (J-Ph), « Vers l'élaboration d'un droit économique de l'entreprise en difficulté, bilan et perspectives de l'ordonnance du 23 septembre 1967 », RJcom.1979, p. 1 et s.

- Hanachowicz (L)**, « L'homologation de l'accord amiable: un leurre pour les créanciers ? », Banque, juin 2006, n° 681.p. 52.
- Henry (L- C)**, « L'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 et l'ouverture des procédures », Gaz. Pal. , 08 avril 2014, n° 98, p. 15.
- Henry (L- C)**, « Harmonisation, vous avez dit harmonisation ? De l'influence du règlement insolvabilité révisé », BJE, 01 mai 2015 n°3, p. 133.
- Houin (R)**, « Les innovations », Rapp. Introductif, RTD com. 1986, p. 11.
- Houin (R)**, « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », in Aspects économiques de la faillite, Sirey, 1970, p. 135
- Houlette (E)**, « Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde », JCP E 2005, n°1514
- Houtcieff (D)**, « La notion d'entreprise ne connaît toujours pas la crise », Rev. contrat, 01 juill. 2005. P. 841
- Idot (L)**, « La notion d'entreprise », RTD com. avril 2006, p. 709
- Jeantin (M.)**, « La loi du 1^{er} mars relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises », Dr. Soc. 1984, p.599.
- Jeuland (E) et Manin (F.)**, «Les incertitudes du référé injonction de faire en droit des sociétés», Rev. Sociétés 2004.p. 1.
- Joly (P.-Y), et de Belval (B)**, « Pour un droit d'alerte du bâtonnier en cas de difficultés des avocats », Gaz. Pal. 31 juil. 2012, p.4
- .Kadir (M)**, Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie », Mythe ou réalité, D. 1984, p.. 30
- Kling (J)**, « Le commissaire aux comptes et la prévention », Rev. jur. com. 2001, p.10.
- Kopf (F) et Della Vittoria (M)**, « L'information financière des sociétés en difficulté : entre transparence de l'émetteur et protection du débiteur », Bull Joly bourse, 01 juin 2013, n° 6, p. 303.
- Lamarche, (T).**, « La notion d'entreprise », RTD com. 2006, p.709
- Laugier-Taillard (N)**, « L'anticipation judiciaire du risque de défaillance économique après l'ordonnance du 18 décembre », 2008, LPA, 15 septembre 2009, p. 3

Laurent (N) et Assant (O), « Bilan de l'efficacité du privilège de new money instauré par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, La publicité du jugement de conciliation homologué a-t-elle tué ce privilège? », JCP G, 2008, I. p. 1254

Label (C), « Etre ou ne pas être en cessation des paiements », Gaz. Pal., 2005, p.14

Le Cannu, (P), « L'amélioration de l'information au sein de l'entreprise », RJcom. 1986, p. 26.

Le Cannu, (P.), « La loi du 10 juin 1994 sur les entreprises en difficultés, Aspect du droit des sociétés », Bull. Joly 1994, p. 748

Le Cannu (P), « La notion juridique d'entreprise dans les lois du 1^{er} mars 1984 et du 25 janv.1985 », LPA, 14 mai 1986, p. 19.

Le Cannu (P), « Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises », GLN-Joly éd. 126, n° 155.

Le Corre, (P-M), « La notion de difficultés que le débiteur ne peut surmonter », Gaz. Pal. 17 avr. 2010. p. 13

Le Corre (P-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, p. 129

Le Corre (P-M.), « L'avènement prochain d'une procédure semi collective », Gaz. Pal. 15-16 oct. 2010, p. 3.

Le Corre (P-M), « La taxe foncière, une créance postérieure méritante ? », GPC, 16 oct. 2010, p. 12

Le Corre, (P-M), « Le privilège de conciliation : Questions-réponses », Gaz. Pal. 14 janv. 2014, n° 14 p. 44

Le Corre, (P-M), « Le privilège de la conciliation », Gaz.Pal., sept. 2005.,p. 50.

Le Corre, (P-M), « Les comités de créanciers », Rév. proc. coll. juill. 2011.

Le Corre, (P-M.) et Montéran (Th), « La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises : présentation », Gaz. Pal., 31 aout, 01 septembre 2005. n°243, p.244

Le Corre, (P-M), Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises, D.2005, supplément au n° 33, p. 1 et. s

Le Corre (P-M), Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté, Recueil Dalloz, 2014.p. 3 et s.

Le Corre (P.-M), « 1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite au droit de sauvegarde de l'entreprise », Gaz. Pal., 21 juill. 2007, p.3

Lecourt (A), « L'avocat, acteur et victime de la procédure collective », Dr. et patr., oct. 2011, p.42

Legrand (V), «Le nouveau règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité transfrontalières : premier aperçu », LPA, 22 janvier 2015, n° 16, p. 8

Legros, (J. P), «La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises : la nouvelle procédure de sauvegarde – 2^e partie, droit des sociétés », , novembre 2005, n°11, p. 6 et s.

Legros, (J.-P), « Association et droit des entreprises en difficulté», in Entreprises en difficulté, Ph. Roussel-Galle (dir), Lexis-Nexis, Droit 360°, 2012, p. 149

Leguevaques (C)., « Le sort des créanciers après la loi de sauvegarde des entreprises: entre renforcement des droits et allègement des devoirs? », LPA, 17 févr. 2006, p. 63

Léguévaques (Ch), « Panorama général de la loi de régulation bancaire et financière », LPA, 16 décembre 2010.p. 3

Lienhard, (A), « Ordonnance de réforme : mesures relatives à la sauvegarde, D. 20 mars 2014. p. 662

Lienhard, (A.), « Réforme du droit des entreprises en difficulté : la cour de cassation propose », D. 2003. p. 110

Lienhard, (A), « A propos de la notion de cessation des paiements », D. 2004. 1022., p. 1022.

Lienhard (A), « La responsabilité du commissaire aux comptes dans le cadre de la procédure d'alerte », Rev.proc.coll.1996, p.1

Lienhard,(A), « Réforme du droit des entreprises en difficultés: présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 » 5 janv. 2009, D 2009., p. 110.

Lienhard, (A), «Tous les artisans peuvent-ils encore être mis en faillite?» D. 2000, p.1524

Lize (A), « Les solutions vues par un mandataire judiciaire », Rév. proc. coll. 2006, p. 78

Lucas (F-X), « L'éligibilité des holdings à la sauvegarde », BJS, 01 avril 2011.p.221

- Lucas (F-X)**, « Aperçu de la réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », BJS, nov.2005.p. 1184
- Lucas (F- X)**., « Le plan de sauvegarde approuvé ou le prépackaged plan à la française », LEDEN, 01 juil. 2009, p.1
- Lucas (F. X)**, « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés et des procédures collectives », BJE, 01 mars 2014.p.111
- Lucas (F-X)**, « Les difficultés des LBO sont-elles solubles dans la sauvegarde? », Bull. Joly, 2010.p. 211
- Lucas (F.-X.)**, « L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises », Rev. des proc. coll., dossier 17, p. 12
- Lucas (F.-X)**, « Le prépackaged plan dans le droit français des procédures collectives », in Crises du crédit et entreprises, les réponses du droit, Lamy, 2010., p.11
- Lucas (F.-X)**, « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et les procédures collectives », BJE, 01 mars 2014.p.111
- Lucheux (J.-M)**, « Les innovations dans la détection des difficultés des entreprises et dans les modalités de leur traitement amiable » in Le nouveau droit des défaillances d'entreprise, Dalloz, 1995., p. 351
- Macorig-Venier (F)**, « Du règlement amiable à la conciliation », Rev. proc. coll. n°4, décembre 2005, p. 352
- Marcorig-Venier (F) et Saint-Alary-Houin (C)**, « La situation des créanciers dans la loi du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises », Rd bancaire et fin. 2006. p.42
- Macorig-Venier (F) et Saint-Alary-Houin (C)**, « La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises : entre transparence et confidentialité, efficacité et fragilité », Bulletin Joly Entreprise en difficulté, 01 Janv. 2014, p. 10
- Manceau (G)**, « La dualité des régimes juridiques », in La défaillance d'une banque, colloque de Deauville 8-9 juin 1996, Rev. jur. Com., n° 11, novembre 1996.,p. 8
- Manceau (G)**, « Le sort de l'agrément », Rev. dr. Banc. et bourse, mai/juin 1996, p. 25
- Marchi (J.-P)**, « Une création originale du Tribunal de commerce de Paris: Le mandataire ad hoc », Gaz.pal.1983, doct. 1, p. 123
- Marcorig-Venier (F)**, « Fiducie-sûreté... », in Entreprises en difficulté, Droit 360°, dir. Roussel Galle, Litec 2012, p. 405

Marcorig-Venier (F), « L'impartialité ou les limites de la prévention-détection informelle », RTD com. 2010, p.780

Marcorig-Venier (F), Entreprise en difficulté, « Créanciers, situations des créanciers », D. 2013, p. 9 et s.

Mariani-Riela (M.-C), « Cessation des paiements et ouverture de la conciliation : Ambivalence ou Ambigüité, Droit prospectif », Revue de la recherche juridique, PUAM 2007, p. 1273 et s.

Marliave (M. A de), « Les créanciers, Entreprises en difficulté : Nouvel essai, Moins de liquidations par plus de prévention, Mythe ou Réalité ? », Acte du colloque de Deauville les 3 et 4 avril 2004, in Revue de jurisprudence commerciale, 2004, p. 49

Martin (R) et Neveu (P), « L'application à la profession d'avocat de la loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises », JCP E 2006.p. 1764

Martin (J. F), « Première impression de la pratique sur la loi nouvelle », in Le nouveau droit des défaillances d'entreprises, Dalloz, 1995, p. 39

Martin-Serf (A), « La procédure de sauvegarde 2^e partie... Tout en restant chef dans son entreprise », LPA, 14 juin 2007, p. 21

Martin-Serf (A), « La liquidation judiciaire simplifiée : encore plus simplifiée mais en concurrence avec le rétablissement professionnel ? », Gaz. Pal., 03 janv. 2015, n° 3 p. 23

Martineau- Bourgninaud (V) « Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », D. 2005. 1356, n° 10. p. 1356

Martineau-Bourgninaud (V), « La cessation des paiements, notion fonctionnelle », RTD.com. 2002, p. 245.

Martineau-Bourgninaud (V), « L'éclipse de la cessation des paiements par le règlement amiable », Recueil Dalloz, 2003, p. 615

Massart (T), « Une grande réforme à petit budget : la SARL au capital de 1 euro », BJS, 2002, p. 1361

Matsopoulou (H), « Le contrôle légal des comptes sociaux », Rev des sociétés 2005, p. 49.

Matsopoulou (H), « Le renforcement de l'indépendance du commissaire aux comptes », Rev. des sociétés 2003, p. 813.

Mattout (J.-P.), « L'expérience du banquier dans les restructurations négociées », in Le contrat au secours de l'entreprise, RJ com, 1^{er} novembre 1999, n° spécial, p. 153

May. (J.-Cl.), « La triple finalité de la loi sur le redressement judiciaire », LPA, 1987, n° 141, p. 18

Meledo-Briand (D), « Notions comparatives de continuation de l'entreprise » Rev. intern. Droit économique 1995.

Mélin (F), « La protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur : la loi du 30 janv. 2008 transposant la directive n°2002/74/CE du 23 sept. 2002 », JCP E 14 févr. 2008.

Menjucq (M), « Les aides d'Etat, le droit de la concurrence et les entreprises en difficulté », RPC 2012-3, p. 68

Menjucq (M), « Adoption « de la sauvegarde financière » : Consécration du « prépacked plan » en droit français », Rév. proc. coll. nov.-déc. 2010, p.1

Menjucq (M), « Affaire Heart of la Défense : incertitudes sur le critère d'ouverture de la procédure de sauvegarde », Rev. proc. coll. mai-juin 2010, Etudes 11.

Menjucq (M), Le nouveau règlement insolvabilité : quelles évolutions ? Bulletins Joly Entreprises en difficulté, 01 juil. 2015 n°4, p. 259

Météyé (Th), « Les conditions d'intervention de l'AGS », Dr Soc, 1987., p.48

Minkcke (Ch), « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », R.I.E.J., 1998, p. 40

Modat (P), « Les cellules de prévention : l'efficacité n'est pas contraire à la loi », Rev. proc. coll. mars-avr. 2011, p. 181 et s.

Monpion (A), « Le contrôle de l'interventionnisme économique public : affaiblissement du principe de liberté du commerce et de l'industrie ? », AJDA 2008, p. 232.

Montéran (Th.), « La procédure d'alerte filante des commissaires aux comptes issue de la loi de simplification du droit », Gaz. Pal. 29 juil. 2011, n° 190, p. 7.

Monsérié-Bon (M.-H), Entreprises en difficulté « détection des difficultés », Rep. Sociétés Dalloz, mars 2012, p. 163

Monsérié-Bon (M.-H), « La diversification des liquidations judiciaires », Rév. proc. coll. 2005, p. 3 et.

Monsièrè-Bon (M.-H), « Le périmètre quant aux personnes des procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidations judiciaires », Rev. proc. coll., 2001, p.61

Monsièrè-Bon (M.-H), « Société holding et procédures collectives », Rev. proc. coll., 2013, dossier 15.

Monsirié-Bon, (M.-H), « Entreprises en difficultés » (détection des difficultés), D. 2008, p. 1

Monsirié-Bon, (M.-H), « la procédure de sauvegarde 1^{ère} partie : se mettre sous la protection de la justice », LPA, 14 juin 2007 n° 119 p. 14

Montéran (Th), « L'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 et la prévention », Gaz. Pal., 08 avril 2014, p. 50

Montéran, (Th), « La procédure filante des commissaires aux comptes issue de la loi de simplification du droit », Gaz. Pal., 9 juill. 2011, p.48

Montéran, (Th), « Présentation générale de la prévention et de la procédure de conciliation », Gaz.Pal., 7-8 sept. 2005, p. 41

Motemps (B), « Le rôle du greffier », in La prévention des difficultés des entreprises. Analyses des pratiques juridiques, sous la dir. de G. Blanc, PUAM, 2004, p. 47

Mouial-Bassilana (E) et Laurence-Caroline (H), L'agencement des différentes procédures instaurées par la loi de sauvegarde, LPA, 14 juin 2007, p. 39

Notte (G), Constitutionnalité de la loi de sauvegarde des entreprises, D. 29 juillet 2005 n°29.

Nougein (H.- J), « Le juge et la prévention », in Le juge et l'économie, RJ com. Nov. 2002.

Oppetit (B), « Les autorités publiques et les entreprises privées », Rj com. 1983, n° spéc., p. 9

Outin-Adam (A) et Bienvenu (S), « Relancer le réforme des textes sur la prévention et le traitement des difficultés des entreprises », Axes de réflexion préconisés par la CCIP, JCP E 2003, p. 3 et s.

Outin-Adam (A) et Bienvenu (S), « Sauvegarde des entreprises: Le point de vue de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP) », JCP E 2005, p. 2 et s.

Paillusseau (J), « Les vicissitudes de la loi du 25 janvier 1985 », LPA 12 janvier 1994, n°5.

Paillusseau J, « Qu'est-ce que l'entreprise ? », LPA, 19 avr. 1986, p. 4.

Paillusseau (J), Du droit de la faillite au droit des entreprises en difficultés(ou quelques réflexions sur la renaissance(?))... d'un droit en dérive), Mél. R. Houin, Sirey,1985. p. 109

Pansard (A.-D), « Le rôle de l'huissier de justice en matière de prévention des difficultés des entreprises » in La prévention des difficultés des entreprises, Analyses des pratiques juridiques, s. direction scientifique. G. Blanc, PUAM 2004, p. 30

Papazian (F), « Le rôle du banquier en matière de détection des difficultés », in La prévention des difficultés des entreprises, « Analyses des pratiques juridiques », PUAM, 2004, p. 37

Pérochon (F), « La liquidation judiciaire simplifiée », Rév. proc. coll. 2006, p. 42

Pérochon, « Procédures avec comités de créanciers, sauvegarde accélérée et SFA, après l'ordonnance du 12 mars 2014 », 01 mai 2014 n° 3, p. 180

Pérochon (F), « Les créanciers de la new money, le retour », BJE, 01 mai 2015, n° 3 p. 192

Pérochon (F) et Bourbouloux (H), « La sauvegarde accélérée et ses variantes », Rév. proc. coll. 2014. Etude 30.

Pérochon (F) et Xavier-Lucas (F), « Argent frais : paiement hors plan ou selon le plan ? – Controverse entre François-Xavier Lucas et Françoise Pérochon », BJE, 01 septembre 2012, p. 341

Perot-Reboul (C), « Les plans dans la loi de sauvegarde des entreprises », LPA, 17 févr. 2006, p. 4

Petiet (B.), et Reins, (A), « La prévention, plus d'information pour une meilleure détection, Entreprises en difficulté : Nouvel essai, moins de liquidations par plus de prévention, Mythe ou Réalité ? », Acte du colloque de Deauville les 3 et 4 avril 2004, in Revue de jurisprudence commerciale, 2004, p. 49

Peyramaure (Ph), « L'assistance des autorités publiques aux entreprises en difficulté », RJ com. 2006, p. 104.

Pez (T), « L'ordre public économique », Nouveaux cahier du cons. const., 01 oct. 2015 n°49, p. 43.

Picard (M), Comparaison des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, Entreprises en difficulté : Nouvelle essai, Moins de liquidations par plus de prévention, Mythe ou Réalité ? Acte du colloque de Deauville les 3 et 4 avril 2004, in Revue de jurisprudence commerciale 2004, p. 100

Piedelièvre (S), « La loi de sauvegarde des entreprises », JCP N, 30 sept. 2005, n°39.

Pierre (N), « Appréciation et pouvoirs du comité d'entreprise lors du déclenchement et de la poursuite de la procédure d'alerte », RTD com., 2006, p. 733

Pontavice (E. du), « Le nouveau rôle des commissaires aux comptes et l'alerte par le président du tribunal de commerce », RJcom 1985, p.51.

Porocho (D), « La prise en compte des difficultés dans les contrats d'audit », in La prévention des difficultés des entreprises, PUAM 2004, p. 26.

Prüm (A), « La CJCE admet l'irresponsabilité des autorités de contrôles des banques vis-à-vis des déposants », Rév. dr. Bancaire et financier, janv.-février 2005, p. 3.

Raibaut (J), « Une politique juridictionnelle : la prévention des difficultés des entreprises », Rev. proc. coll., dossier 20, 01 nov. 2009 p. 6

Réault (Ch), « Le risque zéro n'existe pas », Banque n° 558, avril 1995 p. 35.

Reille (F), « Conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde: la défense de la raison dans une affaire de «cœur» », Gaz. Pal., 02 avril 2011.

Reille (F), « La sauvegarde accélérée issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 », Gaz. Pal., 08 avril 2014 n°98, p.10

Reins (A), « Etat des lieux et propositions des acteurs de la prévention en France », RJ com. 2003, n° 5, p. 25

Renault (M- H), « La déconfiture du commerçant, du débiteur sanctionné au créancier victime », Rev. trim. dr. com. 2000, p. 53

Rétif (S), « L'extension des procédures collectives aux professions libérales », Dr. et patr. Mars 2006, p.95.

Ricol (R), « Le rôle des commissaires aux comptes », Rev. des sociétés, 2003, p.219

Rinciaux (Ph), « Droit communautaire de la concurrence, Actualités des aides d'Etat », LPA, 09 déc. 2004, p. 72

Robine (D), « La prévention des défaillances : de l'absence à l'hégémonie » in D'un code à l'autre : le droit commercial en mouvement, sous la direction de P. Le Cannu, L.G.D.J 2008, p. 54

Rohart-Messenger (I), « La prévention détection par les présidents des tribunaux de commerce », Gaz.pal., janv.2010. Etude, n°1 spec.n°8-9, p. 5

- Rokotovahiny (M.-A)**, « Les procédures collectives et les mutuelles, une rencontre bien insolite », RTDcom. 2006, n°1.
- Rolain (M)**, « Entre contractualisation et sujétions : le brouillage des pistes dans le traitement des difficultés », LPA, 17 déc. 2014, p. 7.
- Romani (A.-M)**, « Les techniques de prévention des risques de défaillance des entreprises », in Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat, Frison Roche, 2000, p. 47.
- Rouger (M.)**, « La prévention des difficultés des entreprises au tribunal de commerce de Paris », in Le nouveau droit des défaillances des entreprises, Dalloz 1995, p. 49
- Rouger (M)**, « Le règlement amiable par accord entre débiteurs et créanciers et le règlement amiable judiciaire par redressement ou liquidation », LPA, 12 janvier 1994 n°5.
- Roussel-Galle (Ph)**, « La procédure de sauvegarde - quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice », JCP E 2006, p. 1679
- Roussel-Galle (Ph)**, « Premier aperçu sur l'ordonnance du 18 décembre 2008 réformant le droit des entreprises en difficulté », LPA, 24 décembre 2008, p. 153
- Roussel-Galle (Ph.)**, « Premières vue sur la sauvegarde financière accélérée et les modifications apportées au droit des entreprises en difficulté par la loi du 22 oct. 2010 », JCP E 2010, p. 591
- Roussel-Galle (Ph.)**, « A propos du rapport d'activité 2006 du CIRI », Rev. proc. coll., 2007.
- Roussel-Galle (Ph.)**, « Bref aperçu sur le règlement du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité » LPA, 13 mars 2007, p. 153
- Roussel-Galle (Ph)**, « La réforme a commencé par voie de circulaire », Act. proc. coll. 21 janv. 2005, n° 1.
- Roussel-Galle (Ph)**, « Les « nouveaux » régimes des contrats en cours et du bail », Rév. proc. coll., 2009, p.1
- Roussel-Galle (Ph)**, « Les acteurs de la prévention des difficultés des entreprises », in Entretiens de la sauvegarde, 29 janv. 2007, Dict. perm. Diff. Ent. , Bull.n°279, 15 févr. 2007, p. 1446.
- Roussel-Galle (Ph)**, « Prévention, dynamique de l'anticipation : le mandat ad hoc et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005 », LPA, 12 juillet 2006 n°138, p. 10
- Roussel-Galle (Ph)**, « Redressement et liquidation judiciaires », in Dictionnaires permanent Droit des affaires, feuillets 16, 03 juin 2001.

Roussel-Galle (Ph), « Risques et responsabilités des cocontractants », in Actes du colloque de Caen du 15 octobre 2010 sur le thème « Loi de sauvegarde des entreprises. Risque et responsabilité en droit des procédures collectives », Rev. proc. coll. nov-déc. 2010, dossier 9.

Roussel-Galle (Ph), « Les aides publiques aux entreprises en difficulté, Les lignes directrices communautaires, Le CIRI et les CODEFI », Rev. proc. coll., n°2 juin 2006, p. 127

Saint-Alary Houin (C), « La loi de sauvegarde des entreprises: de nouvelles procédures pour de nouvelles stratégies », Rev. proc. coll., mars 2007, p. 13

Saint-Alary Houin (C), « La procédure de conciliation », Rev. proc. coll. n°2 juin 2006,

Saint-Alary Houin (C), « Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière ? », Droit et Patrimoine, janvier 2005, p. 25

Saint-Alary-Houin (C), « La procédure de sauvegarde accélérée », Rev. proc. coll. Juil. 2011, p. 35

Saint-Alary-Houin (C), « Les privilèges de la procédure », 14 juin 2007 n° 119, p. 70

Saint-Alary-Houin (C), « Variations sur le plan de cession d'une entreprise en difficulté » in Mélanges Champaud, Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle, Dalloz, 1998, p 539

Saint-Alary-Houin (C), et Houin-Bressand, (C), Plan de redressement, Fasc. J-Cl., Proc. coll. 2008 , p. 52

Saint-Alary-Houin (C), et Mercier, (J.-L), « L'application du droit des entreprises en difficulté à l'EIRL », Gaz. Pal., 19 mai 2011, p.7

Saintourens (B). « Ouverture des procédures : mise aux normes constitutionnelles et nouveautés procédurales », Rév. proc. coll., 2014, p. 56

Saintourens (B), « Conditions d'ouverture de la sauvegarde: le recadrage de la cour d'appel de Paris », Actualités des procédures collectives civiles et commerciales, 25 avril 2010, n°8, p. 5

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. 43

Saintourens (B), « L'ordonnance du 18 décembre 2008 : l'esprit et la lettre », Actualités des procédures collectives, n°1, 17 janv 2009, p. 15

Saintourens (B), « Simplification et amélioration de la qualité du droit des sociétés après la loi n°2011-525 du 17 mai 2011 », Rev. soc., 2011, p.467

Sautonie-Laguionie (L) et Toh (A), « Le Droit français de la prévention des difficultés des entreprises » in Droit des entreprises, perfectionnement juridique et efficacité économique, ouvrage collectif sous la direction de B. Saintourens et D. Zenaki, PUB, 2015, p.64.

Schiller (S), « La définition de l'entreprise au secours de la caution » RD Bancaire et Financier, 2002, p.154 et s.

Schmitt, (D) et Michel (F), « Le traitement amiable des difficultés judiciaires dans le cadre du mandat ad hoc », Banque et droit janv.1993, n°27, p. 14

Schodermeir (M.-D), et M^e Hazard, « La place de la prévention et des procédures d'insolvabilité en Europe et aux Etats-Unis », in La prévention des défaillances des entreprises, Le juge ou le marché ?, RJ com, 2003, p. 66 et s.

Schoetl (J. E), « La loi de sauvegarde des entreprises devant le conseil constitutionnel », LPA n°154, 04 août 2005, p. 5

Scholastique (E) et Brémont (G), « Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires », JCP E 2006, p.1405

Sénéchal (M), « La liquidation judiciaire simplifiée dans la loi de sauvegarde des entreprises », Journal des sociétés 7/8 sept. 2005, n°24

Snozzi (V. E), Le contrôle des entreprises commerciales en Allemagne et en Suisse, Cahiers I.F.E.C., 1978.

Soinne (B), « Brèves réflexions sur la nouvelle loi et son application au 1^{er} janvier 2006 », Rev. proc. coll., 2005.

Soinne (B), « La réforme des procédures collectives : la confusion des objectifs et des procédures, premier aspect : la prévention », Rev. proc. coll., mars 2004.

Soinne (B), « La rémunération des mandataires de justice », rév. proc. coll. avril 2008, p. 10.

Soinne (B), « Prolégomènes sur une refonte du droit de la faillite », D.1976, chr., p. 253

Sorlin (D), « Complémentarité de l'assurance-crédit », LPA, 22 juillet 1996, p. 2

Staes (O), « Les aspects procéduraux de la réforme », Dr. et patr. Juill. 2014.

Tardieu-Naudet (V), « Les CODEFI, un exemple d'intervention des pouvoirs publics en faveur des entreprises en difficulté », JCP CI 1978, p. 12823.

Téboul (G), « La réforme du père Noël : La prévention et la sauvegarde », Gaz. Pal., 06 janv 2009, n°6 p. 6

Téboul (G), « Le financement des entreprises en difficulté pendant la période de prévention: constat et perspectives », RJcom, mars- avril 2005, n°2, p. 114

Téboul (G), « Petit bréviaire de la loi de sauvegarde pour ceux qui souhaitent une information pratique sur la prévention », LPA 19 oct. 2005 n°208, p. 3

Téboul (G), « L'entreprise éligible : la cessation des paiements, point de convergence des intérêts contraires ? », Gaz. Pal. , 26 juin 2008, n°178, p. 19

Téboul (G.), « L'ordonnance du 12 mars 2014 sur la réforme du droit des entreprises en difficulté : un duel créanciers/débiteurs à armes égales ? », Gaz. Pal. , 27 mars 2014, n°86 p. 6

Téboul (G), « La cessation des paiements : une définition sans avenir ? », Gaz. Pal. 15 nov. 2007, n° 319, p.2

Téboul (G), « Les évolutions récentes provoquées par la crise sur les entreprises en difficulté », LPA 3-4 sept. 2009, p. 4

Téboul (G), « Secret et transparence dans la prévention des difficultés des entreprises », in n°spéc. RJC, sept. 2001, p. 17

Téboul (G), « Les remises de dettes publiques : mythe ou réalité ? », LPA 30 mars 2009, n° 63, p. 3

Téboul (G), « Un nouveau coup de balancier : le projet de sauvegarde financière expresse », Gaz. Pal. 15-17 sept. 2010, p. 10

Téboul (P), « La procédure de sauvegarde : Le nouveau Janus. Le nouveau texte : espoir ou perplexité ? », Journal des sociétés, n° 24 septembre 2005, p. 10

Terré (F), Droit de la faillite ou faillite du droit, Rev. jurisp. Com. 1991, p. 1

Teyssié (B), « L'alerte par le comité d'entreprise », RJ com, 1986, p. 69 et s.

Teyssié (B), « L'expert-comptable du comité d'entreprise », JCP E 2003, p. 1745.

Thévenot (Ch), « Mandat ad hoc et conciliation: de nouveaux outils pour une meilleure prévention » LPA, 17 fév. 2006, p. 14

Thuiller (B), La conciliation après l'ordonnance du 12 mars 2014 : jamais pareille mais toujours plus proche des procédures collectives », BJE, 01 mai 2014 n° 3, p. 174

Tomassin (N), « Une sauvegarde au cœur de la défense », LPA, 19 juil. 2011 n° 142, p.7.

Tricot (D), « La cessation des paiements, une notion stable », Gaz.Pal., 30 avril 200, p. 68

Valdeman (D), « La loi de sauvegarde : quelle procédure pour quelles difficultés des entreprises », Gaz. Proc. coll. 2008/1, in Gaz. Pal. 2008 janv. 2008, n° 23 à 24, p. 14

Vallansans (J), « Que reste-t-il de la cessation des paiements ? », in Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ?, Colloque CERDCACE Univ. Paris Ouest – Nanterre – La Défense, Rev. proc. coll. mai/juin 2012, Dossier n°12.

Vallansans (J), « Le créancier oublié », RJ com. 2000, p. 50.

Vallans (J), « La conciliation, rapidité, souplesse et confidentialité ? », LPA, 14 juin 2007 n° 119, p. 9.

Vallens (J) « Les tribunaux de commerce peuvent-ils instituer des cellules de « prévention-détection » ? », D. 2004, p. 1723.

Vallens (J.-L), « Le redressement judiciaire et les professions libérales », LPA, 1998, n°87, p. 15

Vallens, (J.-L), « L'insolvabilité des entreprises en droit comparé », Joly, Lextenso éditions, 2011, n° 20, p. 23

Vallens (J.-L), « Les remises de dettes », LPA, 11 juin 2008, n°117, p. 10

Vallens (J.-L), « Réviser le règlement communautaire CE 1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité », Rev. proc. coll. mai-juin 2010, études 13.

Valliot (R), « La loi du 26 juillet 2005 portant réforme du droit des entreprises en difficultés: le point de vue de l'administrateur judiciaire, mandataire ad hoc et conciliateur », JCP E 2005, p. 1532

Vaillet (R), « Mandat ad hoc et conciliation », JCP E 2005, n° 42, p. 1775

Varin (O), « Les professions libérales, aspects pratiques », Rev. proc. coll. 2006, p. 1750

Venier (M), « L'impartialité ou les limites de la prévention informelle », RTC com 2010, p. 780

Verdot (R), « Faut-il supprimer le règlement judiciaire » ?, in Mél. Kayser, p. 54

Vidal (D), « Les modifications apportées par la loi du 10 juin 1994 au droit des entreprises en difficulté », Rév. huissiers 1994, p. 63

Vidal (D), « Libres propos sur l'indépendance du commissaire aux comptes après la LSF » in Mél. D. Schmidt, Bull Joly, 2005, p. 475

Vidal (N), « Les pouvoirs du juge résultant de la procédure de prévention des difficultés des entreprises régie par le code de commerce », in La prévention des difficultés des entreprises, sous la direction de G. Blanc, PUAM, 2004, p. 105

Vierkandt, (P.-Y.), « Le droit d'alerte économique du comité d'entreprise et l'étendue de la mission de l'expert désigné », BJS, 01 janvier 2010, n°1, p. 16

Vinckel (F), « L'exécution forcée du plan de sauvegarde », RPC 2009, p. 13.

Vinckel (F), « L'option entre les procédures préventives du nouveau droit des entreprises en difficulté : analyse des risques », LPA 12 juin 2006, p. 7

Voinot (D), « La nouvelle procédure de sauvegarde », Gaz. Pal.7-8 sept.2005, p. 24

Zabala (B), « Prévention des difficultés des entreprises et obligation d'information du public », JCP E 2008. 1598, p. 39

Zeidenberg (S), « Le renouveau des injonctions de faire », Dr.et patrim., nov. 2001, p. 56

Divers : Dictionnaire, Rapports, Exposé des motifs

« Le CIRI, un médiateur entre l'entreprise et l'ensemble de ses partenaires financiers, Entretien avec **Sellam (B)**, secrétaire général du CIRI », LPA 11 déc. 2008, n° 248.

Dictionnaire historique de la langue française, Le Robert, 2014

Petit dictionnaire de l'entreprise en difficulté, La documentation française, 2010.

Rédaction Lextenso, « Etude comparative des différentes procédures d'insolvabilité », Gaz. Pal., 5 mai 2015.

Prévention, Point de vue de Monsieur **Soutumier (B)** président de la chambre honoraire du tribunal de commerce de paris, ancien délégué général à la prévention des difficultés des entreprises in Lamy droit commercial 2010, Entreprises en difficultés,

Défaillances d'entreprise en France : statistiques de la banque de France, BJE, 01 juill. 2013 n°4.

La détection précoce des difficultés des entreprises, table ronde, Rév. proc. coll. Janv.-fév. 2010.

La lettre de l'observatoire consulaire des entreprises en difficulté, févr. 2007, n°6.

La réforme de l'entreprise, rapport du comité présidé par P. Sudreau, La documentation française, 1975.

Etudes Déloitte et Altares, L'entreprise en difficulté en France, septembre 2007: févr. 2007, n°6.

Deloitte et Altares, communiqué, 30 mars 2011

Deloitte et Altares, communiqué, 13 mars 2012

Le grand Robert, 2014

JO déb., Ass.nat., séance du 5 déc.1984,p.1186, et 6 déc. 1984,p.6752.

Cir. 25 nov. 2004, relative à l'action de l'Etat dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises, JO n° 279, 1er déc. 2004.

Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises

Ordonnance n° 2008-1345 du 15 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficultés

Loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière (Warsman II)

Ordonnance 2014- 326 du 12 mars 2014 relative à la prévention des difficultés des entreprises et au droit des procédures collectives

Les commissaires au redressement productif in Rapport annuel 2012, Mars 2013.

Notes, observations et commentaires de jurisprudence

Alexis (A)

- obs sous TPICE, 15 juin 2005, aff. T-249/03, Rev. Concurrences, n°3/2005, p.111.

Amseleck (P)

- note sous T. com. Rouen, 10 mars 198, D. 1982, p. 391.

Amseleck (P) et Derrida (F)

- note sous T. confl. 2 juill. 1984, D. 1989, p. 367.

Auzero (G)

- note sous cass.soc. 12 oct.2005, n°04-15794, Bull. Joly 01 Mars 2006, n°3, p.321.

Barbieri (J.F)

- note sous Cour d'appel de Paris, 25 févr. 1998, Bull. Joly 1998, n° 6, p.617.

- obs sous Cass. com.,3 déc. 1991, Bull. Joly 1992, p. 171.

- note sous Cour d'appel de Toulouse, 1ère CH. Sect. A, 17 mars 2008, n!07/00311, Bull

Joly,Sociétés, 01 octobre 2008, n°10, P0774.

Berlaud (C)

- obs sous Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 10-30126, Gaz. Pal., 10 févr. 2011, n° 41, p. 24.

Bonneau (Th)

- note sous Cass. com., 3 déc. 1991, Dr. Sociétés 1992, n° 24.

- note sous Cass. ass. plén., 4 mars 2005, n°03-11.725 : JCP E 2005, II, 690.

- note sous CE 30 novembre 2001, banque et droit n° 82, mars-avril 2002. 56

Bonhomme (R)

- obs. sous Cass. com., 5 févr. 2013, n°11-28194, BJE 2013, n°68, p. 136.

- obs. sous Cass. com., 5 févr. 2013, n°11-28194, BJE mai 2013, n°68, p. 136.

Boubli (B)

- obs sous Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 10-30126, Gaz. Pal., 5 mars 2011, n° 64, p. 39

Bourel (A)

- note sous CE 30 novembre 2001, Petites affiches, 08 novembre 2002 n° 224, p.11.

Bruguier (T)

- note sous Cass. com. 19 mars 1996, Rev. sociétés 1996, p. 840.

Cabrillac (R)

- obs sous CE 30 novembre 2001, Rév. trim. dr. Com. 2002. 353.

Chaput (Y)

- obs sous Cour d'appel Chambéry 3 Juin 1986, Rev. proc. coll. 1987, p.8, n°3.

Cohen (M)

- obs sous CA Lyon, ch.soc. 2 sept.2002, RPDS, 2002, p.187

- obs sous TGI Lisieux, 23 novembre 2001: RPDS, 2002, p.187.

Couret (A)

- note sous Cass. com., 13 nov. 2003, BJS 2004, p. 39.

Couturier (G)

- obs sous Cass.soc., 1er juillet 2005, Dr.soc.2005, p.587.

Crocq (P)

- obs sous cass. com., 5 mai 2004, RTD civ. 2004, p. 534.

Damman (R) et Podeur (G)

- obs. sous cour d'appel paris 25 février 2010

- obs. sous Cass. com. 21 févr. 2012, n°11-11693, BJE mars 2012, p. 78, n° 63.

Delattre (Ch.)

- comm. sous Cour d'Appel de Paris, 3è ch., sect B, 29 mars 2007, jurisData n°2007-332240,

Rev. proc. coll. 2008, comm. n° 99.

- comm. sous Cour d'Appel Versailles, 13^e ch., 29 oct. 2009, RG n° 09/030028: JurisData

n°2009-380258: Rev. proc. Coll. Com. 209.

- Etudes sous T. Com. Evry, 1^e ch., 7 sept.2009, n° 20009P00698, Rev. proc. coll. janv-fev. 2010, Etudes 4.

Deleneuveville (J.-M.),

- obs. sous Cass. com., 12 nov. 1997, n°290, Rev. proc. Coll. 2000, p. 46, n°7.

Delville (J.-P)

- note sous Cass com., 2 juillet 2002, n°1290, Bull. Joly Bourse, 01 novembre 2002, n° 6, p. 557.

Derrida (F)

- note sous T. confl. 2 juill. 1984, D. 1984, p. 545.

- obs. sous Rennes, 21 mai 1986, D. 1987, p. 10.

Didier (P)

- obs. sous Cass. soc. 1er juin, 1978, Rev. proc. coll. 1988, p. 345.

Donnette (A)

- Obs sous Cass. soc., 27 nov. 2012, n° 11-21566, LPA 25 oct. 2013, p. 13,

- note sous Cass. soc. 18 janv. 2011, n° 10-30126 , RLDA 2011/59, n° 3400, p. 51.

- obs sous Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 10-30. 126, RLDA , n° 59.

Faber (M) et Bouchène (S)

- obs sous Cour d'appel de Versailles, 14^e ch., 6 nov. 2014, n° 14/02 366 : JSL 2015, n° 380-12, p. 24.

Fraimout (J.-J)

- obs. sous Cour d'appel Versailles, 15 juin 2006, n°341, Rev. proc. coll. 2006, p. 225.

- obs. sous Cass. Com., 3 Oct. 2006, n°05-16281, Rev. proc. coll. Janv. 2009, n°8, p. 25.

Gorrias (S) et Thévénot (Ch.)

- obs. sous Cass.com., 8 mars 2011, n°10-13989, l'essentiel du droit des entreprises en difficulté, 20 nov. 2011, n°4, p.1.

Granier (Th.)

- note sous cass.com., 23 févr.2007, Rev. Soc.2007.571.

Guyon (Y)

- note sous Cass. com., 5 juill. 2005, n°666, 18 juin 1985 , Rev. sociétés 1986 , p. 282.

Henry (L.-C)

- obs sous Cass. com., 22 mai 2013, n° 12-18. 509, Rev. Sociétés 2013, p. 519.

Honorat (A)

- obs. sous Cass. com., 22 juin 1993, RIDA 1/94, n°87, p.75, D. 1993, p. 167.

Houtcieff (D)

- obs sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 mars 2002, Bull. civ. I n° 86, arrêt n° 3, LPA 09 oct. 2002, n° 202, p. 9.

- obs cass. civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, pourvoi n° 02-20335, Revue des contrats, 01 juill. 2005 n°3, p.841.

Kerbourec'h (Y)

- note sous Cass. soc., 29 sept. 2009, n° 08-15035, JCP S 2009, 1598,

- Lebel (C)

- obs. sous cour d'appel Paris, 20 nov. 2007, JCP éd. E, 2008, 1045, p.35.

- obs. sous T.com Nanterre, 30 nov. 2009, JCP E 2009, p. 601.

- obs. sous Cass. com., 25 nov. 2008, n°07-20972, GPC 28 avr. p. 15
- note sous cour d'appel de Lyon, 31 mai 2006, Gaz. Pal. 07 octobre 2006 n° 280, p. 5.

Labetouille (E)

- T. confl. 2 juill. 1984, JCP 1984, II, p. 20306.

Le Cannu (P)

- obs. sous Cass. com. 19 mars 1996, Defrénois 1996, p. 835.

Leclerc (O)

- Obs sous Cass. soc., 29 sept. 2009, n° 08-15035, RDT 2010, p. 46.

Le Corre (P.-M.)

- obs. sous Cour d'appel Paris, 25 févr. 2010, Gaz. Pal. 17 avr. 2010, p. 13.
- obs. sous Cour d'appel Chambéry, 14 mai 2007, Gaz. proc. coll. 2007/3, p. 21.
- note sous Cass. com, 1er déc. 2009, n°08-17187 : BJS, 01 mars 2010 n°3, p. 256.

Lienhard (A)

- obs sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 mars 2002, D. 2002, p. 1199 .
- obs sous Cass. Com., 5 mai 2004, D. 2004, p. 1594 et s.
- obs sous Cass. Com., 5 mai 2004, D. 2004, jur., p. 1594.
- Cass. Com., 14 mai 2002, D. 2002, act. Jurispr. p. 1837.
- obs sous Cass. Com., 5 mai 2004, D. 2004, jur., p. 1594.
- obs sous Cass. Com., 14 mai 2002, D. 2002, act. Jurispr. p. 1837.
- obs sous Cass. com., 22 mai 2013, n° 12-18. 509, D. 2013. p. 1343.
- obs. sous cour d'appel Paris 20 nov. 2007, D. 2007, p.3074.
- obs. sous Cour d'appel de Versailles, 18 nov. 2010, D. 2010, p. 2767.

- obs. sous Cass. com., 19 juin 2007, n°06. 12101, D. 2007, p. 1965.
- obs. sous Cass. com. 18 déc. 2007, n° 06-16350, D. 2008, p. 83.
- obs. sous Cass. com., 27 févr. 2007, n° 0610170, D. 2007, p. 872.

Lucas (F.-X.)

- obs. sous cour d'appel de paris 25 février 2010, Bull. Joly Sociétés 2010, p.211.
- obs. sous Cass. com., 19 juin 2007, n°06. 12101, D. 2008, p. 575.
- obs. sous Cass. com., 19 juin 2007, n° 06. 12101, RD bancaire et fin. 2007, n°157.

Macorig-Venier (F)

- obs sous Cass. soc. 19 févr. 2002, n° 00-14776, RTD com. 2002, p. 720.
- obs sous Cass. Com., 5 mai 2004, RTD com. 2004, p. 590.
- obs sous Cass. soc. 19 févr. 2002, RTD com. 2002, 720, n°1.
- obs sous Cass. Soc. 11 mars 2003, n° 01- 13, 434, RTD com. 2003, p. 133.
- obs sous Cass. Com., 5 mai 2004, RTD com. 2004, p. 590.
- obs sous Cass. soc. 11 mars 2003, n° 01-13.434, RTD com. 2003, p. 807.
- obs sous CA Paris, 9 avr. 1999: RJDA 8-9, 1999, n° 957, p. 761 RDT com. 2000, p.170
- obs sous Paris, 3 è ch. B, 9 avr. 1999, RTD com. 2000, p. 170.
- obs sous Cass. Com., 5 mai 2004, RTD com. 2004, p. 590.
- obs sous Cass. com., 22 mai 2013, n° 12-18. 509 RTD com. 2013, p. 803.

Marchi (J.-P)

- obs sous Cour d'appel Chambéry, 3 Juin 1986, 3 Juin 1986, Gaz. Pal., 1988, I, p. 133.
- note sous TA Paris, 28 mai 1985, Gaz. Pal., 14-16 mars 1986, p. 120.

Martin -Serf (A)

- note sous Cass.com., 23 févr.2007, Rev. proc. coll. 2008/4, p.59, n°172.
- obs sous Rouen, 31 janvier 2008, Rev. proc. coll. 2008/4, n°171, p.58.
- obs. sous cour d'appel Lyon, 31 mai 2006, RTD com. 2006, n°12, p. 625.
- obs. sous cour d'appel de Versailles, 5 janv. 1988, JCP E 1988, II, 15280 et JCP G 1988, p. 21002.
- obs. sous Cass. com. 19 mars 1996, Rev. proc. coll. 1997, p. 102.

Merle (Ph.)

- note sous T. com. Rouen, 10 mars 1981RTD com., 1982 p. 468.

Mestre (J)

- note sous T. com. Rouen, 10 mars 1981, RJ com.1982, p.153.

Monsière (M.-H.)

- note sous cour d'appel Paris, 20 nov. 2007, Dr. et patr. Juill. 2008, p. 110.

Montégudet (G)

- obs. sous Cass. Com., 13 oct. 1998, n° 96-16577, Rév. Lamy dr. Aff. 1998, n° 11, p. 683.

Pansier (F.-J)

- obs sous Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 10-30126 , Cah. soc., 2011, n° 229, p. 94.

.

Perdriau (A) et Derrida (F)

- obs. sous Cass. com., 11 févr. 2001, D. 2002, p. 2523.

Petel (Ph)

- obs sous TGI Paris, 27 févr. 1989, JCP 1989. E. II. 15587, n° 14.

- obs sous TGI Paris 3 mai 1989, JCP 1989. II. 15623 , n° 4.
- obs. sous CA Versailles, 15 juin 2006, JCP 2007, p.1004.
- obs. sous cour d'appel Paris 25 février 2010, JCP E 2010, p. 742.
- note sous Cass. com., 23 mai 2006, n°5-11989 : BJS, 01 oct. 2006 n°10, p. 1138.
- obs. sous Cass. com. 21 févr. 2012, n°11-11693, JCP E 2012, n° 3, p. 1227.

Pollaud-Dulland (F)

- note sous Ass. plén., 9 juillet 1993, JCP, éd., Gén.,1993,II, p.368.

Reille (F)

- obs sous Cass. com., 22 mai 2013, n° 12-18. 509, Gaz. Pal. 13 Juill. 2013, n° 194, p. 12.
- Cass.com., 8 mars 2011, n°10-13989, LPA 19 juill. 2011, n°142, p.7.

Renault-Moutier (C)

- obs. sous Cass.com. 26 juin 2007, n°06-17821, BJS, 01 nov. 2007 n°11, p.1167.

Rontchevsky (N)

- note sous CA Paris, P. 5- Ch. 12, 24 oct. 2012, n° 11/ 404, Bulletin Joly Bourse, 01 février 2013, n°2, p. 87.
- note sous Cass. crim. , 19 mars 2014, n° 12-87416, Bulletin Joly Bourse, 01 mai 2014 n° 5, p. 265.
- note sous TGI Paris 11è Ch. 3è sect., 5 oct. 2010, n° 0802492011, Bulletin Joly Bourse, 01 janv. 2011 n° 1, p. 37.

Rouret (A)

- obs. sous Cass. com. 19 mars 1996, Bull. Joly Société 1996, p. 613.

Roussel Galle (Ph.)

- obs sous Cass. com., 22 mai 2013, n° 12-18. 509, JCP E 2013, p. 638.

- obs. sous Cour d'appel Lyon, 3è ch. Civ. 31 mai 2006, Rév. proc. coll. 2006, n°3, p.255.
- note sous Com. 12 juill. 2011, n°10-21882, Rev. soc. 2011, 525.
- note sous Cass. com., 27 févr. 2007, n° 0610170, RJ com. 2007, p. 365.

Saint-Alary-Houin (C)

- obs. sous Cour d'appel Lyon, Droit et Patrimoine 2007, p.1.
- obs. sous Cass. soc., 27 nov. 2001, n°00-40771, Juris-Data n°2001-011906,RTD com.2002, p. 154.
- obs. sous Cour d'appel de Paris, RTDcom. 2005, p. 594.

Saintourens (B)

- obs sous Cass.soc., 1er juillet 2005, Bull. Joly 2005, p.846.
- obs. sous Cass.soc., 1er mars 2005, n°03-20429, BJS, 01 juillet 2005, p.846.
- note sous cass.soc.17 fev. 2004, n°02-11404, BJS 01 Juillet 2004, n°7, p.977.
- comm sous Cass. com., 22 mai 2013, n° 12-18. 509, Rev. proc. coll. 2013, n° 2, p. 121.
- obs. Sous cour d'appel paris 25 février 2010, JCP E 2010, p. 1475.
- note sous cour d'appel Paris, Rev. proc. coll. 2008, p. 110.
- obs. sous Cass. com., 20 sept. 2011, n°10-15068, Rev. proc. coll. Mars 2012., n°15, p.44.
- obs. sous Cass. com., 27 févr. 2007, Rev. proc. coll. 2007, p. 221.

Soinne (B)

- obs. sous cour d'appel de Versailles, 5 janv. 1988Rev. proc. coll. 1989, n° 2, p. 178.
- obs. sous cour d'appel Nancy, 10 juin 1987, Rev. proc. coll. 1988, p. 316.

Sortais (J.-P)

- obs. sous Cass. com., 22 mai 2013, n° 12-18. 509, BJE, sept. 2013, n° 5, p. 272

Stoufflet (J)

- obs. sous CE 30 novembre 2001, JCP 2003, p. 396, n° 1.

- note sous T.com Nancy 15 déc 1977, JCP 1978, II, p. 18912.

Téboul (G)

- obs. sous cour d'appel Paris 25 février 2010, LPA9 mars 2010, n°48, p.12.

Thomassin (N)

- note sous Cass. com., 8 mars 2011, LPA 19 juil. 2011 n° 142, p. 7

- obs

Vallasan (J)

- obs. sous Cass. Com., 5 mai 2004, Act. pr. coll. 2004, n° 132.

Vallens (J.-L)

- obs. sous cour d'appel Lyon, JCP 2007, p. 1004.

- obs sous Cass. com., 11 févr. 2001, 19 févr. 2002, RTDcom. 2002, p. 376.

Varsseur (M)

- obs. sous T. com Rennes 17 juin 1977, D. 1977, IR p.449.

Veverka (M.-M)

- obs sous Cass. ass. plén., 4 mars 2005, n°03-11.725, LPA n° 113, 8 juin 2005, p. 15.

Winckel (F)

- note sous Cass. Com., 14 mai 2002: JCP E 2002, p. 131

- note sous Cass. Com., 14 mai 2002: JCP E 2002, p. 131.

Ressource internet et autres sources

www.assemblée-nationale.fr

www.ags-garantie-salaires.org

www.redressement-productif.gouv.fr,

Droit Ohada

Ouvrages généraux, traités, manuels

Pedro Santos (A) et **Toé Jean (J. Y)**, OHADA, droit commercial. Bruylant Bruxelles, 2002

Assi-Esso (A.-M. H), **Issa-Sayegh (J)**, **Lohoues-Obles (J)**, CIMA, Droit des assurances, Bruylant, Bruxelles, 2002

Anoukaha (F), **Cissé (A)**, **Diouf (N)**, **Toukam Nguebou (J)**, **Pougoué (P.-G)**, **Moussa (S)**, Sociétés commerciales et G.I.E, Bruylant Bruxelles 2002.

Bach (D), (sous la direction de), Régionalisation, mondialisation et fragmentation en Afrique subsaharienne, Karthala 1999.

Boris (M), **Pilkington (N)**, **SELLERS (D)**, **Thouvenot (S)**, Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, Litec 2002 Collection droit uniforme africain

Boris (M), **Pilkington (N)**, **SELLERS (D)**, **Thouvenot (S)**, Le droit uniforme africain des affaires issu de l'Ohada, « Jurisclasseur affaires finances », Litec, 2004.

Sawadogo (F.M), Droit des entreprises en difficultés, collection droit uniforme africain, Bruylant Bruxelles, 2002.

Tcheumalieu Fansi (M.R), Droit et Pratique bancaire dans l'espace Ohada, harmattan, 2004.

Tanger (M), La faillite en Droit Fédéral des Etats-Unis, Economica, 2002.

Tiger (Ph), Le droit des affaires en Afrique (OHADA), « Que sais-je ? », PUF, Paris, 2^e éd., 2000.

Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

Aggrey (A), Guide de la faillite, Juris-Editions, éditions juridiques de Côte d’ivoire, 1989.

ALGADI (A.S), Contrat et droit Ohada des procédures collectives, analyse au regard du droit français, éd.L’harmattan, 2009.

ALGADI (A.S), Algadi, A. S., Perfectible droit, contribution à la réforme du droit Ohada des procédures collectives, éd. Universitaires Européennes, 2012.

Bako-Ebe (B), Intégration et relations économiques interafricaines, Thèse de doctorat, Paris, 1977

Barre (R), et Schaeffer (E), (sous la direction de), Droit des entreprises en difficulté, Actes du congrès de l’Institut international des droits d’expression et d’inspiration françaises tenu au Gabon, Bruylant, Bruxelles, 1991.

Abarchi (D), Pour une adaptation du droit Nigérien des procédures collectives à l’évolution socio-économique, thèse doctorat en droit, Université Orléans, 1990.

Gomez (J.R), OHADA : Entreprises en difficulté, lecture de l’acte uniforme des procédures collectives d’apurement du passif, Bajag-Meri- Le droit en Afrique, 2002.

Kouassi (C), Traité des faillites et liquidations judiciaires en Côte d’Ivoire, études juridiques et formulaires, « Espace entreprise », SOCOGEC, Abidjan, 1987.

Kokou Evelamenou (S), Le concordat préventif en droit Ohada, Thèse de doctorat, 2012, Paris-Est Val de Marne.

Koné (M), Le nouveau droit commercial des pays de la zone Ohada, comparaison avec le droit français, LGDJ, 2003.

Koumba (E.M), Droit de l’Ohada : prévenir les difficultés des entreprises, L’harmattan, 2013.

Coulibaly (S), La pratique du contentieux administratif Malien de l'indépendance à nos jours, Thèse de doctorat, Nice, 2007.

Sawadogo (C), La prévention des difficultés des entreprises dans les Etats d'Afrique francophones, thèse de doctorat, Université Paris I- Panthéon-Sorbonne, 03 mars 2006, 297 pages.

Sawadogo (F.M), « Acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif » in Code Ohada, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2012.

Sawadogo (F.M), « L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone, à partir de l'exemple du Burkina Faso », Revue Burkinabé de droit, n°26-Juillet 1994.

Articles et chronique de doctrine

A. S. Algadi (A.S), « Commissaire aux comptes et prévention des difficultés des entreprises dans l'espace Ohada », Recueil Penant 2010, n°870-873, pp.5 et s.

Assogbavi (K), « Les procédures collectives d'apurement du passif dans l'espace OHADA », Révue burkinabé de droit, n° 43- 44, 1^{er} et 2^e semestre 2003.

Abou Said (C), « Le droit de la concurrence de l'union économique et monétaire ouest africaine », Revue burkinabé de droit, n°43-44, 1^{er} et 2^eme semestres 2003.

Carton (A.M) et Mator (B), « L'associé minoritaire dans les sociétés régies par le droit OHADA », Cah. dr. entr, 2000

Cisse (A) et Diallo (B), « L'informatisation du registre du commerce et du crédit mobilier et des fichiers connexes », Droit et patrimoine, Dossier n° 201, mars 2011.

Delabrière (A), « Le registre de commerce et du crédit mobilier, instrument d'information et de sécurité des créanciers dans l'espace Ohada », Revue Penant 2002, p.369 et s.

Delabrière (A), « L'article 11 de l'Acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif : outil de sauvegarde ou de discrimination ? », Revue Penant 2010, n°870-873, pp.53 et s.

Bach (D), « Les dynamiques paradoxales de l'intégration en Afrique subsaharienne : le mythe du hors-jeu », Revue française de science politique, vol.45, n°6, déc. 1995.

Fénéon (A), « Le règlement préventif : Analyse critique », Revue Penant 2010, n°870-873, pp.15 et s.

Fénéon (A), « Le droit des actionnaires minoritaires dans les sociétés commerciales de l'espace Ohada », Revue Penant 2002, p.153
« Sécurité des créanciers dans l'espace Ohada », Revue. Penant 2002, p.369 et s.

Adda (F.P.), « L'expérience camerounaise de la tontine », in Actes du colloque international de Kinshasa du 19 septembre 2008 : d'une économie populaire à une économie fiscalisée, Larcier, Bruxelles, 2010.

Blanc (G), Ohada et prévention des difficultés des entreprises, Rev. Lamy dr. civ., janv. 2010.

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 », Revue. Penant, n° sp. 827, OHADA, mai-août 1998

Issa Sayegh (J), « Le sort des travailleurs dans les entreprises en difficulté : Droit Ohada », Revue penant 2010, pp.80 et s.

Issa Sayegh (J), Répertoire quinquennal Ohada 2000-2010, « OHADA », UNIDA.

Issa Sayegh (J), « L'intégration juridique des Etats africains dans la zone Franc (deuxième partie) l'unification du droit des assurances en Afrique zone Franc », MTM, 11 septembre 1992.

Mbaye (K), « L'historique et les objectifs de l'OHADA », LPA, n°205, 13 octobre 2004.

Kenmogne Simo (A), « La spécificité de la prévention des difficultés en matière bancaire dans les pays africains de la zone franc », Rev. proc.coll., décembre 2005

Lohoues-Oble (J), « Innovation dans le droit général », Petites affiches, n° 205, 13 oct. 2004, n° 205.

Le Bars (B) et Martor (B), Management et financement de la société anonyme de droit OHADA, La semaine juridique, entreprises et affaires N°5 supplément à la semaine juridique du 28 octobre 2004

Mator (B) et Thouvenot (S), « L'uniformisation du droit des affaires en Afrique par l'OHADA », La semaine Juridique n°44 du 28 octobre 2004, supplément n°5.

Mattaya N'diaye (M), Réflexions sur la modification du concordat préventif en droit Ohada, Recueil Penant 2010, n°870-873, pp.28 et s.

MOHO (A.E), Réflexions critiques sur le système de prévention des difficultés des entreprises OHADA, mémoire de DEA, Université DSCHANG de Yaoundé 2006

Mudimba (M), « L'économie populaire en Afrique : les contours du concept », in Actes du colloque internationale de Kinshasa : d'une économie populaire à une économie fiscalisée, Larcier, Bruxelles, 2010

Nguihe Kanté (P), Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif, revue Penant 2002, p.5.

Ngwe (M.-A), et Jokung (S), « La réforme du registre du commerce et du crédit mobilier dans la zone Ohada », Droit et patrimoine, Dossier, n°201, mars 2011.

Pailusseau (J), « Le droit de l'Ohada, Un droit très important et original », La semaine juridique, n° 44, 28 octobre 2004.

Ponanam (M.), « Réflexions sur quelques aspects du droit de la faillite au Togo », Penant, n° 812, mai à septembre 1993.

Roussel Galle (Ph.), « OHADA et Difficultés des entreprises, Etude critique des conditions et effets de l'ouverture de la procédure de règlement préventif », Revue de jurisprudence commerciale, numéro spécial janvier 2001, p.9 à p.19 ; p.62 à p.69.

Tiger (Ph), « Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'OHADA », Petites affiches, 13 Octobre 2004, n° 205.

Tricot (D), « Statut du commerçant et de l'entrepreneur », Droit et Patrimoine n° 201, dossier, Mars 2011.

Samen (S), « Intégration économique dans les pays de l'UDEAC et de l'UEMOA, leçons de l'histoire, fondement théorique et perspectives pour les années 90 », Bull. BEAC, n°201, 4/1993.

Notes et observations

Sawadogo (F.M.), note sous Article 18 de l'AUPCAP, Juriscope 2002, Traités et Actes uniformes commentés et annotés Ohada, 3^e éd. 2012.

Sawadogo (M. F.), obs. sous art. 131, AUPC, Ohada, Traité et Actes uniformes, commentés, 3^e éd. 2012.

Ressources électroniques et autres sources

- www.ohada.com
- Règlement n°02/2002/CM/UEMOA relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'union économique et monétaire ouest africaine;
- Règlement n°03/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et aux abus de position dominante à l'intérieur de l'Union économique et monétaire ouest africaine;
- Directive n°01/2002/CM/UEMOA relative à la transparence des relations financières entre d'une part les Etats membres et les entreprises publiques, et d'autre part entre les Etats membres et les organisations internationales ou étrangères ;
- Directive n°02/2002/cM/UEMOA relative à la coopération entre la commission et les structures nationales de concurrence des Etats membres pour l'application des articles 88,89 et 90 du traité de l'UEMOA)

ANNEXE :

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

Télécharger

Adopté le 10/09/2015 à Grand-Bassam (COTE D'IVOIRE)

Date d'entrée en vigueur : 24/12/2015

Préambule

Le Conseil des Ministres de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA),

Vu les articles 8 et 19 du Traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique ;

A délibéré et adopté à l'unanimité des États Parties présents et votants, le Règlement modifiant et complétant le Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage du 18 avril 1996 ci-après :

Le Conseil des Ministres de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA),

Vu le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, signé à Port-Louis le 17 octobre 1993, tel que révisé à Québec le 17 octobre 2008, notamment en ses articles 2, 5 à 10 et 12 ;

Vu le Rapport du Secrétariat Permanent et les observations des Etats Parties ;

Vu l'Avis n° 001 en date du 17 juin 2015 de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ;

Après en avoir délibéré, adopte à l'unanimité des Etats Parties présents et votants, l'Acte uniforme dont la teneur suit :

TITRE PRELIMINAIRE – DISPOSITIONS GENERALE

Article 1

Le présent Acte uniforme a pour objet :

d'organiser les procédures préventives de conciliation et de règlement préventif ainsi que les procédures curatives de redressement judiciaire et de liquidation des biens afin de préserver les activités économiques et les niveaux d'emplois des entreprises débitrices, de

redresser rapidement les entreprises viables et de liquider les entreprises non viables dans des conditions propres à maximiser la valeur des actifs des débiteurs pour augmenter les montants recouvrés par les créanciers et d'établir un ordre précis de paiement des créances garanties ou non garanties ;

- de définir la réglementation applicable aux mandataires judiciaires ;
- de définir les sanctions patrimoniales et professionnelles ainsi que les incriminations pénales relatives à la défaillance du débiteur, applicables aux dirigeants de toute entreprise débitrice et aux personnes intervenant dans la gestion de la procédure.

Article 1-1

Le présent Acte uniforme est applicable à toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole, à toute personne morale de droit privé ainsi qu'à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé.

Les procédures de conciliation, de règlement préventif, de redressement judiciaire et de liquidation des biens sont applicables aux personnes morales de droit privé qui exercent une activité soumise à un régime particulier lorsqu'il n'en est pas disposé autrement dans la réglementation spécifique régissant ladite activité. Les activités soumises à un régime particulier au sens du présent Acte uniforme et des textes les régissant sont, notamment, celles des établissements de crédit au sens de la loi bancaire, des établissements de micro finance et des acteurs des marchés financiers ainsi que celles des sociétés d'assurance et de réassurance des États parties au Traité de l'OHADA.

Article 1-2

Sans préjudice de l'application des procédures visées à l'article 1er ci-dessus, toute entreprise a la faculté de demander, avant la cessation de ses paiements, l'ouverture d'une procédure de médiation selon les dispositions légales de l'État partie concerné.

Par ailleurs, les petites entreprises, telles que définies à l'article 1-3 ci-dessous, peuvent demander à bénéficier d'une procédure simplifiée de règlement préventif, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens.

Article 1-3

Aux fins du présent Acte uniforme, les expressions suivantes s'entendent comme suit :

- « cessation des paiements » : l'état où le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, à l'exclusion des situations où les réserves de crédit ou les délais de paiement dont le débiteur bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face à son passif exigible ;
- « différend » : toute difficulté, conflit, contestation, contentieux, litige, réclamation ou demande de nature commerciale ou civile, notamment en matière contractuelle, survenant entre les parties à l'égard de leur relation juridique ;
- « entreprise » : toute personne physique ou morale soumise aux dispositions du présent Acte uniforme conformément à l'article 1-1 ci-dessus ;
- « établissement » : tout lieu d'exploitation ou d'opérations où le débiteur exerce de façon non transitoire une activité économique de production, de transformation, de

commercialisation ou de fourniture de biens ou de services avec des moyens humains et matériels ;

- « État étranger » : tout État non partie au Traité de l'OHADA ;
- « État partie » : tout État partie au Traité de l'OHADA ;
- « journal d'annonces légales » : d'une part, le journal officiel, les journaux habilités à cet effet par les autorités compétentes, le Bulletin national des registres du commerce et du crédit mobilier, et, d'autre part, les quotidiens nationaux d'information générale justifiant d'une vente effective par abonnement, dépositaires ou vendeurs, sous les conditions supplémentaires de paraître depuis plus de six (06) mois et de justifier d'une diffusion à l'échelle nationale ;
- « juridiction étrangère » : autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler, surveiller ou connaître d'une procédure collective ouverte dans un État étranger ;
- « mandataire judiciaire » : l'expert au règlement préventif et le syndic de redressement judiciaire ou de liquidation des biens ;
- « petite entreprise » : toute entreprise individuelle, société ou autre personne morale de droit privé dont le nombre de travailleurs est inférieur ou égal à vingt (20), et dont le chiffre d'affaires n'excède pas cinquante millions (50.000.000) de francs CFA, hors taxes, au cours des douze (12) mois précédant la saisine de la juridiction compétente conformément au présent Acte uniforme ;
- « procédure collective étrangère » : une procédure collective judiciaire, administrative ou autre, y compris une procédure provisoire, régie par la loi relative à l'insolvabilité ou aux procédures collectives d'un État étranger, dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont soumis au contrôle ou à la surveillance d'une juridiction étrangère aux fins de redressement du débiteur ou de la liquidation de ses biens ;
- « procédure collective étrangère non principale » : une procédure collective étrangère, autre qu'une procédure collective étrangère principale, ouverte dans un État étranger où le débiteur dispose d'un établissement, tel que défini ci-dessus, et qui n'est pas le centre de ses intérêts principaux ;
- « procédure collective étrangère principale » : une procédure collective étrangère ouverte dans un État étranger où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux, y compris son siège, son centre d'exploitation, son principal établissement ou, le cas échéant, sa résidence habituelle ;
- « procédure collective principale » : une procédure collective ouverte conformément au présent Acte uniforme sur le territoire d'un État partie où le débiteur a son principal établissement ou, la personne morale, son siège ;
- « procédure collective secondaire » : une procédure collective ouverte en application du présent Acte uniforme sur le territoire d'un État partie où le débiteur n'a pas son principal établissement ou la personne morale son siège, après l'ouverture d'une procédure collective principale sur le territoire d'un État partie ;
- « procédure collective territoriale » : une procédure collective ouverte, conformément au présent Acte uniforme, sur le territoire d'un État partie où le débiteur n'a pas son principal établissement ou la personne morale son siège tant que la procédure collective principale n'est pas ouverte sur le territoire d'un État partie ;

- « représentant étranger » : une personne ou un organe, désigné même à titre provisoire, autorisé dans une procédure collective étrangère à administrer le redressement ou la liquidation des biens ou des affaires du débiteur, ou à agir en tant que représentant de la procédure collective étrangère ;
- « salaires super privilégiés » : les rémunérations de toute nature, quelle que soit leur appellation, qui, dans la limite de la fraction insaisissable définie par les lois et règlements de chaque État partie, sont dues aux travailleurs et apprentis au titre des douze (12) mois de travail précédant la décision d'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens.

Article 2

La conciliation est une procédure préventive, consensuelle et confidentielle, destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice afin d'effectuer, en tout ou partie, sa restructuration financière ou opérationnelle pour la sauvegarder. Cette restructuration s'effectue par le biais de négociations privées et de la conclusion d'un accord de conciliation négocié entre le débiteur et ses créanciers ou, au moins ses principaux créanciers, grâce à l'appui d'un tiers neutre, impartial et indépendant dit conciliateur.

Le règlement préventif est une procédure collective préventive destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif.

Le redressement judiciaire est une procédure collective destinée au sauvetage de l'entreprise débitrice en cessation des paiements mais dont la situation n'est pas irrémédiablement compromise, et à l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement.

La liquidation des biens est une procédure collective destinée à la réalisation de l'actif de l'entreprise débitrice en cessation des paiements dont la situation est irrémédiablement compromise pour apurer son passif.

Article 3

La conciliation, le règlement préventif, le redressement judiciaire et la liquidation des biens relèvent de la juridiction compétente en matière de procédures collectives.

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 de la compétence des juridictions administratives, pénales et sociales.

Il appartient à chaque État partie, le cas échéant, de désigner la ou les juridictions qui ont seules compétence pour connaître des procédures régies par le présent Acte uniforme.

Article 3-1

La juridiction territorialement compétente pour connaître de toutes les procédures visées par le présent Acte uniforme est celle dans le ressort de laquelle :

- le débiteur personne physique a son principal établissement sur le territoire national ;
ou
- le débiteur personne morale a son siège social sur le territoire national.

Si le principal établissement ou 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 du débiteur personne physique ou personne morale 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.

Article 3-2

Toute contestation sur la compétence de la juridiction saisie doit être tranchée par celle-ci dans les quinze (15) jours de sa saisine et, en cas d'appel, dans le délai de trente (30) jours par la juridiction d'appel.

La juridiction, si elle se déclare compétente, doit statuer aussi sur le fond dans la même décision, qui ne peut être attaquée sur la compétence et sur le fond que par la voie de l'appel.

TITRE I – MANDATAIRES JUDICIAIRES

Article 4

Chaque État partie adopte, en tant que de besoin, les règles d'application des dispositions du présent Titre. Il prévoit, selon des modalités appropriées, la régulation et la supervision des mandataires judiciaires agissant sur son territoire, au besoin en mettant en place à cet effet une autorité nationale dont il fixe l'organisation, la composition et le fonctionnement.

CHAPITRE II – ACCÈS AUX FONCTIONS DE MANDATAIRE JUDICIAIRE

Article 4-1

Nul ne peut être désigné en qualité d'expert au règlement préventif ou de syndic dans une procédure de règlement préventif, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens s'il n'est inscrit sur la liste nationale des mandataires judiciaires.

Article 4-2

Pour être inscrit sur la liste nationale des mandataires judiciaires d'un État partie, toute personne physique doit remplir les conditions ci-dessous :

- 1°) avoir le plein exercice de ses droits civils et civiques ;
- 2°) n'avoir subi aucune sanction disciplinaire autre que l'avertissement ou une condamnation définitive à une peine privative de liberté pour un crime de droit commun, ou à une peine d'au moins trois (03) mois d'emprisonnement, non assortie de sursis, pour un délit contre les biens

ou une infraction en matière économique ou financière qui est incompatible avec l'exercice de la fonction de mandataire judiciaire ;

3°) être expert comptable ou être habilitée par la législation nationale ;

4°) justifier d'un domicile fiscal dans l'État partie dans lequel elle sollicite son inscription et être à jour de ses obligations fiscales ;

5°) présenter des garanties de moralité jugées suffisantes par l'autorité ou la juridiction compétente de l'État partie.

Chaque État partie peut ajouter à la liste ci-dessus des conditions supplémentaires.

Article 4-3

La liste nationale des mandataires judiciaires est publiée au journal officiel de chaque État partie et au journal officiel de l'OHADA. Elle est communiquée sans délai aux juridictions de l'État partie concerné.

Les décisions d'admission ou de refus d'admission doivent préciser le ou les motifs qui les justifient et peuvent faire l'objet d'un recours formé devant la juridiction compétente dudit État.

CHAPITRE III – CONDITIONS D'EXERCICE DES FONCTIONS DE MANDATAIRE JUDICIAIRE

Article 4-4

Les mandataires judiciaires désignés doivent présenter toutes les garanties d'indépendance, de neutralité et d'impartialité dans toute procédure collective. Ils ne doivent pas avoir ou tirer un intérêt personnel, moral ou financier dans le mandat qui leur est confié, en dehors des dispositions expressément prévues par le présent Acte uniforme.

En dehors de sa mission telle que réglementée par le présent Acte uniforme, aucun mandataire judiciaire ne peut représenter, ni conseiller l'une des parties, y compris le débiteur et ses créanciers, dans une procédure collective dans laquelle il est désigné.

Ne peuvent notamment être désignées expert au règlement préventif ou syndic dans une procédure collective les personnes physiques suivantes :

1°) les parents ou alliés du débiteur ou des créanciers jusqu'au quatrième degré inclusivement, ainsi que des dirigeants de la personne morale en procédure collective ;

2°) l'expert-comptable, l'avocat, le comptable agréé ou le commissaire aux comptes du débiteur ou d'un de ses créanciers ;

3°) les personnes physiques qui ont eu précédemment ou qui ont actuellement un différend avec le débiteur ou un de ses créanciers ;

4°) les personnes physiques qui, au cours des trois (03) années précédant leur nomination, ont perçu, à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement, une rémunération de la part du débiteur ou d'un de ses créanciers ;

5°) les personnes physiques qui se trouvent en situation de subordination ou ayant des liens économiques avec le débiteur ou un de ses créanciers.

Lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité de mandataire judiciaire dans une procédure collective, elle signale au président de la juridiction compétente, sans délai, toute circonstance de nature à soulever des doutes légitimes sur son indépendance, sa neutralité et son impartialité en vertu des incompatibilités énoncées au présent article ainsi que celles visées à l'article 4-5 ci-dessous.

A cet égard, tout mandataire judiciaire doit signer une déclaration d'indépendance, de neutralité et d'impartialité avant d'entrer en fonction dans une procédure collective, et s'engager à l'assumer en toute responsabilité.

Avant d'entrer en fonction, le mandataire judiciaire prête, devant le président de la juridiction désignée à cet effet, le serment suivant :

« Je jure d'accomplir ma mission avec honneur, conscience, loyauté et probité, d'observer le respect dû aux magistrats et aux autorités publiques, de me conformer en toute occasion au droit applicable et de tout mettre en œuvre pour l'atteinte des objectifs de ma mission ».

Article 4-5

L'exercice de la mission d'expert au règlement préventif ou de syndic est incompatible avec toute autre activité de nature à porter atteinte à son indépendance, sa neutralité et son impartialité.

CHAPITRE IV – CONTROLE ET DISCIPLINE DES MANDATAIRES JUDICIAIRES

Article 4-6

Chaque Etat partie fait procéder au contrôle des mandataires judiciaires dans l'exercice de leurs fonctions. Ce contrôle implique un pouvoir général d'investigation et de vérification permettant notamment de procéder au contrôle de la comptabilité et de tout document détenu par un mandataire judiciaire, sans que ce dernier ne puisse opposer le secret professionnel.

Le mandataire sous contrôle peut se faire assister par toute personne de son choix.

Article 4-7

Toute violation des lois et règles professionnelles ou tout fait contraire à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse commis par un mandataire judiciaire, dans l'exercice de ses fonctions, expose celui-ci à des poursuites disciplinaires.

L'action disciplinaire se prescrit par trois (03) ans à compter de la découverte des faits.

Article 4-8

Le débiteur et les créanciers, dans toute procédure collective, peuvent communiquer à l'autorité ou à la juridiction compétente ou au ministère public de l'État partie concerné tout document ou information susceptible de conduire à l'ouverture de poursuites disciplinaires à l'encontre d'un mandataire judiciaire.

Article 4-9

Outre l'interdiction provisoire qui peut être prononcée à l'encontre du mandataire judiciaire, les mesures disciplinaires suivantes peuvent être prises :

1°) avertissement ;

2°) blâme avec inscription au dossier ;

3°) suspension d'exercer pour une durée qui ne peut excéder trois (03) années ;

4°) radiation de la liste nationale des mandataires judiciaires emportant interdiction définitive d'exercer.

Ces sanctions sont notifiées au mandataire judiciaire concerné ainsi qu'à son instance représentative, à l'ordre national des experts comptables et, le cas échéant, à l'ordre auquel il est inscrit, ainsi qu'à toute autre organisation professionnelle dont le mandataire judiciaire fait partie et au ministère public de l'État partie concerné.

Article 4-10

Il est pourvu au remplacement du mandataire suspendu ou radié dans les formes suivies pour sa désignation.

Article 4-11

Sont nuls et de nul effet tous actes ou conventions tendant à permettre directement ou indirectement l'exercice des fonctions du mandataire judiciaire pendant la durée de sa suspension ou après sa radiation.

CHAPITRE V – RESPONSABILITÉ ET ASSURANCE PROFESSIONNELLES DES MANDATAIRES JUDICIAIRES

Article 4-12

Le mandataire judiciaire engage sa responsabilité civile à l'égard du débiteur, des créanciers et des tiers, sans préjudice de sa responsabilité pénale.

Lorsque le mandataire judiciaire sollicite, dans l'exercice de ses attributions, l'intervention d'un tiers, il demeure solidairement responsable des fautes et négligences commises par ce dernier.

Article 4-13

L'action en responsabilité civile engagée à l'encontre du mandataire judiciaire relève de la compétence de la juridiction de l'État partie en charge des procédures collectives du lieu où ce mandataire est établi. Cette action est exercée au cours de la procédure ou dans un délai de trois (3) ans à compter de la clôture de la procédure ou de la fin de l'exécution du concordat.

Article 4-14

Toute personne inscrite sur la liste nationale des mandataires judiciaires est tenue de contracter, auprès d'une compagnie d'assurance régulièrement établie dans l'État partie concerné, une assurance destinée à garantir la réparation des préjudices causés dans l'exercice de ses fonctions conformément au présent Acte uniforme.

Elle doit pouvoir justifier à tout moment de la validité et de l'effectivité de cette assurance.

Article 4-15

Tout mandataire judiciaire tient une comptabilité distincte de sa comptabilité personnelle pour chacune des procédures collectives dans laquelle il est désigné.

Il est tenu à tout moment de présenter, à la personne chargée de son contrôle, tant sa comptabilité personnelle que cette comptabilité distincte.

CHAPITRE VI – RÉMUNÉRATION DES MANDATAIRES JUDICIAIRES

Article 4-16

Les mandataires judiciaires sont rémunérés sur le patrimoine du débiteur pour les diligences effectuées dans le cadre des procédures collectives dans lesquelles ils sont désignés.

La rémunération des mandataires judiciaires est exclusive de toute autre rémunération et remboursement de frais pour les mêmes diligences.

Article 4-17

La rémunération de l'expert au règlement préventif est déterminée par la juridiction compétente dans la décision homologuant ou rejetant le concordat préventif ou, le cas échéant, mettant fin au règlement préventif en l'absence de concordat, selon le barème fixé par la réglementation de chaque Etat partie.

Ce barème tient compte notamment :

- du temps passé et des difficultés éventuellement rencontrées ;
- du nombre de créanciers concernés par le règlement préventif.

Chaque Etat partie peut ajouter à cette liste des critères supplémentaires.

Pour le règlement préventif simplifié, l'Etat partie peut fixer un montant forfaitaire pour la rémunération de l'expert au règlement préventif.

Article 4-18

La juridiction compétente peut accorder à l'expert au règlement préventif, dans la décision désignant ou dans une décision ultérieure, une provision sur sa rémunération qui ne saurait excéder quarante pour cent (40%) du montant prévisionnel de celle-ci. En tout état de cause, une partie de cette rémunération au moins égale à soixante pour cent (60%) ne peut être versée qu'à compter de la remise du compte-rendu prévu à l'article 19 ci-dessous.

Article 4-19

La rémunération du syndic, soit en qualité de contrôleur de l'exécution du concordat préventif, soit en tant que syndic de redressement judiciaire, soit en tant que syndic de liquidation des biens, est fixée par la juridiction compétente dans sa décision de clôture de la procédure collective, ou homologuant le concordat, selon le barème fixé par la réglementation de chaque Etat partie.

Ce barème tient compte notamment :

- du chiffre d'affaires réalisé par le débiteur au cours de l'exercice précédant l'ouverture de la procédure collective ;
- du nombre de travailleurs employés par le débiteur au cours de cette même période ;
- du ratio de recouvrement des créances ;
- du temps passé et des difficultés éventuellement rencontrées ;
- de la célérité des diligences accomplies.

Chaque Etat partie peut ajouter à cette liste des critères supplémentaires.

En cas de liquidation des biens, sauf lorsque la rémunération a été fixée forfaitairement en application du dernier alinéa du présent article, le montant total de la rémunération du syndic ne peut excéder vingt pour cent (20%) du montant total résultant de la réalisation de l'actif du débiteur. Sont incluses dans le calcul de ce plafond de vingt pour cent (20%) les rémunérations versées par le syndic à des experts comptables, financiers ou à tout autre intervenant qui aurait été missionné par le syndic, sauf si la juridiction compétente en a disposé autrement lors de la désignation de cet intervenant.

Pour le redressement judiciaire simplifié et la liquidation des biens simplifiée, l'Etat partie peut fixer un montant forfaitaire pour la rémunération du syndic.

Article 4-20

La juridiction compétente peut accorder au syndic, dans la décision le désignant ou dans une décision ultérieure, une provision sur sa rémunération qui ne saurait excéder quarante pour cent (40%) du montant prévisionnel de celle-ci. En tout état de cause, une partie de cette rémunération au moins égale à soixante pour cent (60%) ne peut être versée qu'à compter de l'homologation du concordat de redressement judiciaire ou, le cas échéant, de la clôture de la procédure de liquidation des biens.

CHAPITRE VII – OUVERTURE ET PRODUITS DU COMPTE SPECIAL

Article 4-21

Les décisions rendues par la juridiction compétente au titre des articles 4-17 à 4-20 sont susceptibles d'appel devant la juridiction compétente de l'État partie dans les quinze (15) jours de leur prononcé à la requête du débiteur, du mandataire judiciaire ou du ministère public.

Article 4-22

Chaque Etat partie peut prévoir que l'autorité ou la juridiction compétente désigne la ou les banques auprès desquelles les syndics ont l'obligation d'ouvrir un compte spécial aux fins d'y domicilier les opérations afférentes aux procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens. Sauf autorisation du juge-commissaire en cas de complexité de la procédure collective, il est ouvert un (01) seul compte spécial pour chaque procédure collective distincte.

Article 4-23

Les produits financiers générés par le ou les comptes de chaque débiteur sont utilisés, selon le cas, au sauvetage de l'entreprise ou au paiement des créanciers, sous le contrôle du juge-commissaire.

TITRE II – PROCÉDURES PRÉVENTIVES

Article 5

Le présent titre régleme les procédures préventives que sont la conciliation et le règlement préventif, destinées à sauvegarder les entreprises en difficulté et à apurer leur passif avant la cessation des paiements, conformément aux dispositions du présent Acte uniforme.

CHAPITRE I – CONCILIATION

Section 1 – Ouverture de la conciliation

Article 5-1

La conciliation est ouverte aux personnes visées par l'article 1-1 ci-dessus, qui connaissent des difficultés avérées ou prévisibles mais qui ne sont pas encore en état de cessation des paiements.

Elle a pour objectif de trouver un accord amiable avec les principaux créanciers et cocontractants du débiteur, en vue de mettre fin à ses difficultés.

Toute personne qui a connaissance de la conciliation est tenue à la confidentialité.

Article 5-2

Le président de la juridiction compétente est saisi par une requête du débiteur ou par une requête conjointe de ce dernier avec un ou plusieurs de ses créanciers. Cette demande expose ses difficultés ainsi que les moyens d'y faire face.

La requête est accompagnée des documents suivants, datant de moins de trente (30) jours :

1°) une attestation d'immatriculation, d'inscription ou de déclaration d'activité à un registre ou à un ordre professionnel ou, à défaut, tout autre document de nature à prouver la réalité de l'activité exercée par le débiteur ;

2°) le cas échéant, les états financiers de synthèse comprenant le bilan, le compte de résultat, un tableau financier des ressources et des emplois, l'état annexé et, en tout état de cause, le montant du chiffre d'affaires et des bénéfices ou des pertes des trois derniers exercices ;

3°) un état de la trésorerie et un état chiffré des créances et des dettes avec indication des dates d'échéance ;

4°) un document indiquant le nombre de travailleurs déclarés et immatriculés, à la date de la demande ;

5°) une attestation émanant du débiteur par laquelle il déclare sur l'honneur ne pas être en état de cessation de paiements et précise, en outre, qu'il n'est pas soumis à une procédure de règlement préventif, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens qui ne serait pas clôturée ;

6°) si le débiteur propose un conciliateur, un document indiquant les noms, prénoms, qualités et domicile de la personne proposée et une attestation de cette dernière indiquant ses compétences professionnelles ;

7°) le cas échéant, un document indiquant les noms, prénoms et domicile des créanciers qui se joignent à la demande du débiteur et le montant de leurs créances et des éventuelles sûretés dont elles sont assorties.

Ces documents sont datés, signés et certifiés conformes et sincères par le requérant. Dans le cas où l'un des documents visés ci-dessus ne peut être fourni, ou ne peut l'être qu'incomplètement, la requête doit contenir l'indication des motifs de cet empêchement.

Article 5-3

La procédure de conciliation est ouverte par le président de la juridiction compétente, statuant à huis clos, pour une durée n'excédant pas trois (3) mois mais qu'il peut, par une décision spécialement motivée, proroger d'un mois au plus à la demande du débiteur, après avis écrit du conciliateur. A l'expiration de ces délais, la conciliation prend fin de plein droit et il ne peut être ouvert une nouvelle procédure de conciliation avant expiration d'un délai de trois (3) mois.

La décision ouvrant la conciliation ou rejetant la demande d'ouverture ne fait l'objet d'aucune publicité.

Article 5-4

Dans la décision d'ouverture, le président de la juridiction compétente désigne un conciliateur.

Le conciliateur doit avoir le plein exercice de ses droits civils, justifier de sa compétence professionnelle et demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties concernées par la conciliation. En particulier, il ne doit pas avoir perçu, à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement, une rémunération ou un paiement de la part du débiteur intéressé, de tout créancier du débiteur ou d'une personne qui en détient le contrôle ou est contrôlée par lui, au cours des vingt-quatre (24) mois précédant la décision d'ouverture. Aucun parent ou allié du débiteur, jusqu'au quatrième degré inclusivement, ne peut être désigné en qualité de conciliateur. Il en va de même pour tout magistrat en fonction ou ayant quitté ses fonctions depuis moins de cinq (5) ans.

Dès qu'il est informé de sa désignation, le conciliateur atteste qu'il remplit, à sa connaissance, les conditions énoncées ci-dessus. A tout moment, durant le déroulement de la conciliation, s'il lui apparaît qu'il ne remplit plus ces conditions, il en informe sans délai le président de la juridiction compétente qui, s'il y a lieu, peut mettre fin à sa mission et nommer un remplaçant.

Les modalités de rémunération du conciliateur sont déterminées par le président de la juridiction avec l'accord du débiteur au jour de l'ouverture de la conciliation. Les critères sur la base desquels elle est arrêtée, son montant maximal chiffré et le montant des provisions

sont précisés dans un document signé par le débiteur et le conciliateur et annexé à la décision d'ouverture. Si au cours de sa mission, le conciliateur estime que le montant initialement déterminé est insuffisant, il doit en informer sans délai le président de la juridiction qui fixe les nouvelles conditions avec l'accord du débiteur. A défaut d'accord, il est mis fin à la mission du conciliateur. La rémunération du conciliateur est à la charge du débiteur et fait l'objet d'une ordonnance de taxe.

Section 2 – Déroulement et issue de la conciliation

Article 5-5

Le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion, entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise.

Le conciliateur peut, à cette fin, obtenir du débiteur tous renseignements utiles.

Article 5-6

Le conciliateur rend compte régulièrement, au président de la juridiction compétente, de l'état d'avancement de sa mission et formule toutes observations utiles. S'il a connaissance de la survenance de la cessation des paiements, il en informe sans délai le président de la juridiction compétente.

En cas de survenance de la cessation des paiements, le débiteur en informe sans délai le président de la juridiction compétente.

A tout moment, s'il est informé de la survenance de l'état de cessation des paiements dans les conditions prévues par les deux alinéas précédents ou par tout autre moyen, le président de la juridiction compétente met fin sans délai à la conciliation et à la mission du conciliateur, après avoir entendu le débiteur et le conciliateur.

Article 5-7

Si le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par un créancier appelé à la conciliation pendant la période de recherche de l'accord, telle que définie à l'article 5-3 ci-dessus, le président du tribunal peut, à la demande du débiteur, et après avis du conciliateur, reporter le paiement des sommes dues et ordonner la suspension des poursuites engagées par un créancier. Ces mesures prennent fin de plein droit lorsque la conciliation prend fin et, en tout état de cause, à l'expiration du délai prévu à l'article 5-3, alinéa 1er, ci-dessus. L'ordonnance du président du tribunal prononçant ces mesures est déposée au greffe et ne fait l'objet d'aucune publicité. Elle est communiquée au créancier concerné, sans délai, et elle rappelle l'obligation de confidentialité à laquelle celui-ci est tenu.

Article 5-8

En cas d'impossibilité de parvenir à un accord, le conciliateur présente sans délai un rapport écrit au président. Celui-ci met fin à sa mission et à la conciliation, après avoir entendu le débiteur.

A tout moment, en l'absence de cessation des paiements, le débiteur peut demander à ce qu'il soit mis fin à la mission du conciliateur et à la conciliation, auquel cas le président de la juridiction compétente y met fin sans délai.

Article 5-9

La décision mettant fin à la conciliation et à la mission du conciliateur en l'absence d'accord est notifiée au débiteur, au conciliateur ainsi qu'aux créanciers et cocontractants appelés à la conciliation, sans délai. Elle ne fait l'objet d'aucune publicité.

Article 5-10

A la requête de la partie la plus diligente, l'accord signé peut être :

- déposé au rang des minutes d'un notaire ;
- ou homologué ou exequaturé par la juridiction ou l'autorité compétente statuant à huis clos ; sans préjudice de l'application de l'article 5-11, l'homologation ou l'exequatur est de droit et ne peut être refusé que si l'accord est contraire à l'ordre public ; le greffier appose la formule exécutoire ; des copies valant titre exécutoire peuvent être délivrées aux parties à l'accord ; la décision d'homologation ou d'exequatur ne fait l'objet d'aucune publicité et ne reprend pas le contenu de l'accord qui reste confidentiel.

La décision homologuant ou exequaturant l'accord n'est pas susceptible de recours. Elle met fin à la conciliation. Le cas échéant, la conciliation prend fin par la signature de l'accord et, en tout état de cause, à l'expiration des délais prévus par l'alinéa 1er de l'article 5-3 ci-dessus.

Article 5-11

En cas d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens postérieurement à la conclusion d'un accord de conciliation homologué ou exequaturé par la juridiction ou l'autorité compétente, les personnes qui avaient consenti dans l'accord un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité sont payées au titre du privilège selon les rangs prévus par les articles 166 et 167 ci-dessous.

Les personnes qui fournissent un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice 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 dans le cadre d'une augmentation du capital social du débiteur.

Les créanciers du débiteur ne peuvent en aucun cas bénéficier de ce privilège pour des créances nées antérieurement à l'ouverture de la conciliation.

Sans préjudice de l'application de l'article 5-10, la juridiction ou l'autorité compétente appelée à statuer sur l'homologation ou l'exequatur vérifie dans ce cas que les conditions ci-dessus sont remplies et que l'octroi de ce privilège ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non parties à l'accord. La décision d'homologation ou d'exequatur de l'accord ne reprend pas le contenu de l'accord, mais elle mentionne ledit privilège et les montants garantis. Elle doit être notifiée par le greffe au ministère public ainsi qu'aux créanciers et cocontractants signataires de l'accord. Elle est publiée dans les conditions prévues par les articles 36 et 37 ci-dessous. La vérification de la publicité est faite par le conciliateur, conformément à l'article 38 ci-dessous.

Par dérogation à l'article 5-10 ci-dessus, la décision d'homologation ou d'exequatur, prise en application du présent article, est susceptible d'opposition par tout intéressé dans les 15 jours de sa publication devant la juridiction compétente. Le cas échéant, un appel peut être formé contre la décision de celle-ci dans les 15 jours de son prononcé.

Article 5-12

Pendant la durée de son exécution, l'accord interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle, tant sur les meubles que les immeubles du débiteur, dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet. L'accord interrompt, pour la même durée, les délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances mentionnées par l'accord.

Les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie et les coobligés peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord.

Article 5-13

La juridiction ou l'autorité compétente ayant connu de la conciliation est seule compétente pour connaître de toute inexécution de l'accord et pour en prononcer la résolution. Elle est saisie par l'une des parties à l'accord.

Si la résolution est prononcée, les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances, déduction faite des sommes perçues.

Article 5-14

L'ouverture d'une procédure de règlement préventif, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens met fin de plein droit à la conciliation et, le cas échéant, à l'accord.

Dans ce cas, les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances, déduction faite des sommes perçues.

CHAPITRE II – RÈGLEMENT PRÉVENTIF

Section 1 – Ouverture du règlement préventif

Article 6

Le règlement préventif est ouvert au débiteur qui, sans être en état de cessation des paiements, justifie de difficultés financières ou économiques sérieuses.

La juridiction compétente est saisie par une requête du débiteur ou par une requête conjointe de ce dernier avec un ou plusieurs de ses créanciers, déposée au greffe contre récépissé.

Dans cette requête, le débiteur expose ses difficultés financières ou économiques ainsi que les perspectives de redressement de l'entreprise et d'apurement de son passif.

Aucune requête en ouverture d'un règlement préventif ne peut être présentée par le débiteur :

- si un concordat préventif ou de redressement est encore en cours d'exécution ;
- avant l'expiration d'un délai de trois (03) ans à compter de l'homologation d'un précédent concordat préventif ;
- avant l'expiration d'un délai de dix-huit (18) mois à compter de la fin d'un règlement préventif n'ayant pas abouti à un concordat préventif.

Article 6-1

La requête du débiteur est accompagnée des documents suivants, datant de moins de trente (30) jours :

1°) une attestation d'immatriculation, d'inscription ou de déclaration d'activité à un registre ou à un ordre professionnel ou, à défaut, tout autre document de nature à prouver la régularité de l'activité exercée par le débiteur ;

2°) les états financiers de synthèse comprenant le bilan, le compte de résultat, un tableau financier des ressources et des emplois, l'état annexé et, en tout état de cause, le montant du chiffre d'affaires et des bénéfices ou pertes des trois (03) derniers exercices ou, à défaut, tout autre document de nature à établir la situation financière et économique du débiteur si la requête est introduite par un débiteur répondant à la définition de la petite entreprise conformément à l'article 1-3 ci-dessus ;

3°) un état de la trésorerie et un état chiffré des créances et des dettes avec indication des noms, qualités et adresses des créanciers et des dates d'échéance ou, à défaut, tout autre document de nature à établir la capacité du débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible si la requête est introduite par un débiteur répondant à la définition de la petite entreprise conformément à l'article 1-3 ci-dessus ;

4°) un document indiquant le nombre de travailleurs et le montant des salaires et des charges salariales à la date de la demande ou, à défaut, tout autre document de nature à permettre d'identifier et de dénombrer les travailleurs du débiteur et d'estimer le montant des salaires et des charges salariales si la requête est introduite par un débiteur répondant à la définition de la petite entreprise conformément à l'article 1-3 ci-dessus ;

5°) une attestation émanant du débiteur par laquelle il déclare sur l'honneur ne pas être en état de cessation des paiements ;

6°) l'état détaillé, actif et passif, des sûretés personnelles et réelles données ou reçues par l'entreprise et ses dirigeants ;

7°) une attestation du débiteur indiquant qu'il ne bénéficie pas d'un accord de conciliation en cours d'exécution et, en tout état de cause, qu'il n'est pas soumis à une procédure de règlement préventif, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, qui ne serait pas clôturée et qu'il remplit les conditions du dernier alinéa de l'article 6 ci-dessus ;

8°) 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 ou, à défaut, un inventaire provisoire si la requête est introduite par un débiteur répondant à la définition de la petite entreprise conformément à l'article 1-3 ci-dessus ;

9°) un document indiquant les noms, prénoms et adresses 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, prénoms et domiciles, ainsi que des noms et adresses de ses dirigeants ;

11°) si le débiteur propose une personne à la désignation en qualité d'expert au règlement préventif conformément au premier alinéa de l'article 8 ci-dessous, un document indiquant les noms, prénoms, qualités et domicile de cette personne et une attestation de cette dernière précisant qu'elle remplit les conditions prévues aux articles et 4-1 et 4-2 ci-dessus ;

12°) le cas échéant, un document indiquant les noms, prénoms, qualités et domiciles des personnes qui envisagent de consentir un nouvel apport en trésorerie ou de fournir un nouveau bien ou service dans les conditions de l'article 11-1 ci-dessous, avec l'indication du montant de l'apport ou de la valeur du bien ou du service ;

13°) un projet de concordat préventif ;

14°) le cas échéant, un document indiquant les noms, prénoms et domiciles des créanciers qui se joignent à la demande du débiteur, et le montant de leurs créances et des éventuelles sûretés dont elles sont assorties.

Tous ces documents doivent être datés, signés et certifiés conformes et sincères par le requérant.

Les documents visés aux numéros 1° à 5° ainsi qu'aux numéros 7°, 8°, 10° et 13° doivent être fournis à peine d'irrecevabilité de plein droit de la requête.

Dans le cas où l'un des documents visé aux numéros 6°, 9° et 11° ne peut être fourni, ou ne peut l'être qu'incomplètement, la requête doit contenir l'indication des motifs de cet empêchement.

Article 7

Le projet de concordat préventif précise les mesures 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 ou d'une partie de l'entreprise, sans que ces modalités soient limitatives et exclusives les unes des autres ;
- les noms, prénoms, qualités et adresses des personnes tenues d'exécuter le concordat préventif 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 du règlement préventif 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, une conversion de créances en capital, l'ouverture de crédits par des établissements bancaires ou financiers ou par toute autre personne, y compris tout nouvel apport en trésorerie ou sous forme de nouveau bien ou service dans les conditions de l'article 11-1 ci-dessous ainsi que le montant de l'apport ou la valeur du bien

ou du service ; la poursuite de l'exécution de contrats conclus antérieurement à la requête, la fourniture de cautions ;

- le niveau et les perspectives d'emploi, ainsi que les licenciements pour motif économique qui doivent intervenir dans les conditions prévues par les dispositions du droit du travail ;
- le remplacement de dirigeants.

Article 8

Si le projet de concordat préventif lui paraît sérieux, le président de la juridiction compétente ouvre la procédure et désigne un expert au règlement préventif, qui satisfait aux conditions et critères de l'article 4-2 ci-dessus, pour lui faire rapport sur la situation financière et économique de l'entreprise débitrice et 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 le projet de concordat préventif.

L'expert désigné est soumis aux dispositions et exigences du titre I du présent Acte uniforme.

Il est informé sans délai de sa mission par le président de la juridiction compétente par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite. . .

Le président de la juridiction compétente peut lui accorder dans sa décision de désignation, une provision sur sa rémunération conformément à l'article 4-18 ci-dessus.

Article 8-1

Dès qu'il est informé de sa désignation, l'expert au règlement préventif atteste qu'il remplit les conditions énoncées par les articles 4-4 et 4-5 ci-dessus. A tout moment, durant le déroulement du règlement préventif, s'il lui apparaît qu'il ne remplit plus ces conditions, il en informe sans délai le président de la juridiction compétente, qui met fin à sa mission et nomme un remplaçant.

Le débiteur ou tout créancier peut demander, à tout moment, au président de la juridiction compétente le remplacement de l'expert qui tombe sous le coup de l'une des incompatibilités énoncées aux articles 4-4 et 4-5 ci-dessus, ou qui n'agit pas avec diligence dans l'exercice de sa mission. Dans ce cas, le président de la juridiction compétente, saisi sur opposition, entend, en audience non publique, les explications du ou des demandeurs et de l'expert. Sa décision, prononcée en audience publique, est assortie de l'exécution provisoire de droit. Elle est susceptible d'appel dans les quinze (15) jours de son prononcé. Le greffe de la juridiction compétente communique, le cas échéant, cette décision à l'autorité nationale prévue à l'article 4 ci-dessus, qui peut agir en matière disciplinaire conformément au présent Acte uniforme.

L'expert qui cesse ses fonctions rend compte sans délai à son successeur et lui remet tous documents dont il serait en possession en présence du débiteur et du président de la juridiction compétente.

Article 9

La décision d'ouverture du règlement préventif suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement des créances nées antérieurement à ladite décision pour une durée maximale de trois (03) mois, qui peut être prorogée d'un (01) mois dans les

conditions prévues à l'article 13, alinéa 2, sans préjudice de l'application de l'article 14 alinéa 3 ci-dessous.

La suspension des poursuites individuelles concerne aussi bien les voies d'exécution que les mesures conservatoires, y compris toute mesure d'exécution extrajudiciaire.

Elle s'applique à toutes les créances chirographaires et à celles garanties par un privilège général, un privilège mobilier spécial, un gage, un nantissement ou une hypothèque, à l'exception des créances de salaires et d'aliments.

Elle ne s'applique pas 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 personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions du présent article.

Les délais impartis aux créanciers à peine de déchéance, prescription ou résolution de leurs droits sont suspendus pendant toute la durée de la procédure en cours.

Lorsqu'il est mis fin au règlement préventif dans les conditions de l'article 9-1 ci-dessous et, en tout état de cause, à l'expiration des délais visés au premier alinéa du présent article, la suspension des poursuites individuelles prend fin de droit, sans préjudice de l'application de l'article 14 ci-dessous.

Article 9-1

L'expert au règlement préventif rend compte régulièrement, au président de la juridiction compétente, de l'état d'avancement de sa mission et formule toutes observations utiles. S'il a connaissance de la survenance de la cessation des paiements, il en informe sans délai le président de la juridiction compétente.

En cas de survenance de la cessation des paiements, le débiteur en informe sans délai le président de la juridiction compétente.

Tout intéressé qui aurait connaissance de la cessation des paiements du débiteur peut en informer le président de la juridiction compétente.

A tout moment, s'il est informé de la survenance de l'état de cessation des paiements dans les conditions prévues par les trois alinéas ci-dessus ou par tout autre moyen, le président de la juridiction compétente met fin sans délai au règlement préventif et à la mission de l'expert, après avoir entendu ou dûment appelé ce dernier ainsi que le débiteur et toute personne qu'il juge utile d'entendre.

S'il lui apparaît que l'adoption d'un concordat préventif est impossible, l'expert au règlement préventif en informe le président de la juridiction compétente. Après l'avoir entendu ainsi que le débiteur et, s'il le juge utile, les créanciers ou certains d'entre eux, le président de la juridiction compétente décide de poursuivre la procédure ou d'y mettre fin.

Article 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.

Article 11

Sauf autorisation motivée du président de la juridiction compétente, la décision d'ouverture du règlement préventif interdit au débiteur, à peine de nullité de droit :

- de payer, en tout ou en partie, les créances nées antérieurement à la décision d'ouverture ;
- de faire un acte de disposition étranger à l'exploitation normale de l'entreprise ou de consentir une sûreté.

Il est également interdit au débiteur de désintéresser les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie lorsqu'elles ont acquitté des créances nées antérieurement à la décision d'ouverture.

Article 11-1

En cas d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens postérieurement à l'homologation du concordat préventif par la juridiction compétente dans les conditions prévues à l'article 15 ci-dessous, les personnes qui avaient consenti dans ce concordat un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité sont payées au titre du privilège selon les rangs prévus par les articles 166 et 167 ci-dessous.

Les personnes qui fournissent dans les mêmes conditions, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice 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 dans le cadre d'une augmentation du capital social du débiteur.

Les créanciers du débiteur ne peuvent en aucun cas bénéficier de ce privilège pour des créances nées antérieurement à l'ouverture du règlement préventif.

Article 12

L'expert au règlement préventif 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 financière et économique du débiteur.

L'expert signale à la juridiction compétente les manquements à l'article 11 ci-dessus.

Il entend le débiteur et les créanciers et leur prête ses bons offices afin de faciliter les négociations entre eux pour parvenir à la conclusion d'un accord, en se fondant sur le projet de concordat préventif proposé par le débiteur lors de la demande d'ouverture.

Dans le rapport prévu à l'article 13 ci-dessous, l'expert doit indiquer, pour chaque créancier :

- s'il a été effectivement contacté et à quelle date ;
- s'il a consenti une remise ou un délai de paiement et, le cas échéant, de quel montant ou de quelle durée ;
- s'il a refusé tout délai et toute remise, la raison qu'il invoque pour ce faire.

L'expert établit un rapport contenant l'accord conclu entre le débiteur et ses créanciers ainsi que le projet de concordat préventif.

Ce rapport doit être établi dans les trois (03) mois de la décision d'ouverture du règlement préventif, ce délai pouvant être prorogé, à titre exceptionnel, une seule fois pour une durée d'un (01) mois, sur décision spécialement motivée du président de la juridiction compétente à la demande de l'expert ou du débiteur.

L'expert est tenu de respecter les délais prévus à l'alinéa précédent, sous peine d'engager sa responsabilité auprès du débiteur ou des créanciers.

Dans le délai précité, l'expert remet un exemplaire de son rapport au débiteur et en dépose deux au greffe de la juridiction compétente. Un des deux exemplaires déposés est transmis au ministère public par le greffe.

Article 14

Dès le dépôt du rapport de l'expert, le président de la juridiction compétente saisie convoque sans délai le débiteur à comparaître à une audience non publique pour y être entendu. Il convoque également à cette audience l'expert ainsi que tout créancier qu'il juge utile d'entendre. Le débiteur peut saisir lui-même la juridiction compétente.

Le débiteur et le ou les créanciers sont convoqués, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite, trois (03) jours au moins avant la tenue de l'audience.

La juridiction saisie doit se prononcer immédiatement ou au plus tard dans un délai de trente (30) jours à compter de sa saisine. Le règlement préventif continue de produire ses effets, en particulier concernant la suspension des poursuites individuelles des créanciers, jusqu'à ce que la juridiction statue. Si celle-ci n'est pas saisie dans les conditions de l'alinéa 1er ou si elle ne se prononce pas dans les trente (30) jours à compter de sa saisine, le règlement préventif prend fin de plein droit, les créanciers recouvrant l'exercice de tous leurs droits et le débiteur recouvrant la pleine administration de ses biens.

Article 15

La juridiction compétente statue en audience non publique.

1. Si elle constate la cessation des paiements, elle statue, d'office, sur le redressement judiciaire ou la liquidation des biens sans préjudice des dispositions des articles 29 et 33 ci-dessous.

2. Lorsque la situation du débiteur le justifie, elle 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 préventif sont réunies ;
- aucun motif tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public ne paraît de nature à empêcher le concordat ;
- les délais consentis n'excèdent pas trois (03) ans pour l'ensemble des créanciers et un (01) an pour les créanciers de salaires.

Si des personnes bénéficient du privilège de l'article 11-1 ci-dessus, la juridiction qui homologue le concordat préventif vérifie qu'il répond aux conditions prévues audit article et que l'octroi de ce privilège ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers. Elle mentionne dans sa décision ledit privilège et les montants garantis.

Au cas où des créanciers auraient refusé de consentir des délais ou remises au débiteur, le président de la juridiction compétente fait ses bons offices entre ces créanciers et le débiteur. Il entend ces derniers sur les motifs de leur refus et provoque une négociation entre les parties en vue de leur permettre de parvenir à un accord.

Si malgré les bons offices du président, les parties ne parviennent pas à trouver un accord et dans le cas où le concordat préventif comporte seulement une demande de délai n'excédant pas deux (02) 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 et ceux d'aliments 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, le règlement préventif prend fin sans délai. Cette décision remet les parties en l'état antérieur.

Article 16

La décision de la juridiction compétente homologuant le concordat préventif met fin à la mission de l'expert et à la procédure de règlement préventif, sous réserve des formalités prévues à l'article 17 ci-dessous. Toutefois, la juridiction compétente peut désigner, d'office ou à la demande du débiteur ou d'un créancier, un syndic et/ou un ou des contrôleurs chargés de surveiller l'exécution du concordat préventif homologué dans les mêmes conditions que celles prévues pour le concordat de redressement judiciaire homologué. La juridiction compétente peut désigner l'expert au règlement préventif en qualité de syndic.

Elle désigne également un juge-commissaire. Celui-ci contrôle les activités du syndic ou des contrôleurs chargés de surveiller l'exécution du concordat préventif homologué, s'il en a été nommé, et rédige un rapport à l'intention de la juridiction compétente tous les trois (03) mois et à tout moment à la demande de cette dernière.

Article 17

La décision d'ouverture du règlement préventif, celle y mettant fin dans les conditions de l'article 9-1 ci-dessus, et celle rendue en application de l'article 15 ci-dessous sont notifiées par le greffe au ministère public et aux créanciers concernés.

Les trois (03) décisions sont publiées dans les conditions prévues par les articles 36 et 37 ci-dessous.

La vérification de la publicité est faite conformément à l'article 38 ci-dessous par l'expert au règlement préventif.

Section 2 – Effets du concordat préventif

Article 18

L'homologation du concordat préventif rend celui-ci obligatoire pour tous les créanciers antérieurs à la décision d'ouverture du 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 ci-dessus. L'homologation du concordat rend celui-ci également obligatoire pour les personnes coobligées ou qui ont consenti une sûreté personnelle ou affecté ou cédé un bien en garantie lorsqu'elles ont acquitté des dettes du débiteur nées antérieurement à cette décision.

Les créanciers munis d'un privilège général, d'un privilège mobilier spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque ne perdent pas leurs garanties. Toutefois, ils 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.

A l'exception des personnes physiques, les coobligés ou les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou affecté ou cédé un bien en garantie ne peuvent se prévaloir des délais et remises du concordat préventif.

La prescription demeure suspendue à l'égard de tous les créanciers qui, par l'effet du concordat préventif, ne peuvent exercer leurs droits ou actions, y compris toute mesure d'exécution extrajudiciaire.

Le concordat préventif suspend également, pour la même durée, les délais impartis aux créanciers parties audit concordat à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances mentionnées par ledit concordat.

Dès que la décision homologuant le concordat préventif est passée en force de chose jugée, le débiteur recouvre la liberté d'administration et de disposition de ses biens.

Article 19

L'expert désigné en application de l'article 8 ci-dessus rend compte par écrit de sa mission au président de la juridiction compétente dans le délai d'un (01) mois à compter de la décision statuant sur l'homologation du concordat préventif ou de la décision mettant fin au règlement préventif par application de l'article 9-1, ci-dessus.

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 deux (02) ans à compter de son compte rendu.

Article 20

Le syndic ou le ou les contrôleurs désignés en application de l'article 16 ci-dessus contrôlent l'exécution du concordat préventif. Ils signalent sans délai tout manquement au juge-commissaire.

Ils rendent compte par écrit, tous les trois (03) mois, au juge-commissaire du déroulement des opérations et en informent le débiteur. Ce dernier dispose d'un délai de quinze (15) jours pour formuler, s'il y a lieu, ses observations et contestations.

Le syndic ou le ou les contrôleurs qui cessent leurs fonctions déposent leurs comptes au greffe dans un délai de trente (30) jours suivant ladite cessation.

La rémunération du syndic en qualité de contrôleur est fixée par la juridiction qui l'a nommé selon le barème établi conformément à l'article 4-19 ci-dessus.

Article 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 abréger 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.

Section 3 – Voies de recours

Article 22

Les décisions de la juridiction compétente relatives au règlement préventif sont exécutoires par provision.

Les dispositions de l'article 218 ci-dessous relatives à la computation des délais sont applicables.

Article 23

Les décisions rejetant la demande d'ouverture du règlement préventif ou mettant fin au règlement préventif par application de l'article 9-1 ci-dessus, ou rejetant l'homologation du concordat préventif sont susceptibles d'appel formé par le débiteur devant la cour d'appel, dans un délai de quinze (15) jours à compter de leur prononcé.

La décision d'ouverture du règlement préventif est susceptible d'appel de la part des créanciers et du ministère public, formé devant la cour d'appel, dans un délai de quinze (15) jours à compter de la première publicité prévue à l'article 37 ci-dessous s'ils estiment que l'entreprise est en cessation des paiements.

La décision homologant le concordat préventif est susceptible d'appel de la part des du ministère public et des créanciers, formé devant la cour d'appel, dans un délai de quinze (15) jours à compter de son prononcé pour le premier et à compter de la première publicité prévue à l'article 37 ci-dessous pour les suivants.

La juridiction d'appel statue dans un délai de trente (30) jours à compter de sa saisine.

Si la juridiction d'appel constate la cessation des paiements, elle fixe provisoirement la date de celle-ci et prononce le redressement judiciaire ou la liquidation des biens et renvoie impérativement la procédure devant la juridiction compétente pour être statué, notamment, sur la désignation juge-commissaire.

Dans les trois (03) jours de la décision de la juridiction d'appel, le greffe de cette juridiction en adresse un extrait au greffe de la juridiction du premier degré qui procède à la publicité prescrite par l'article 17 ci-dessus.

Article 23-1

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 ladite juridiction dans le délai de huit (08) jours à compter de leur prononcé.

Ces décisions sont déposées au greffe dès le jour de leur prononcé. Elles sont notifiées sans délai au débiteur par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite.

La juridiction compétente doit statuer dans le délai de huit (08) jours à compter du jour où l'opposition est formée. L'opposition est faite par déclaration au greffe. Le greffe convoque l'opposant, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite, à la plus proche audience pour qu'il soit 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.

Section 4 – Règlement préventif simplifié

Article 24

La procédure de règlement préventif simplifié est soumise aux règles applicables au règlement préventif, sous réserve des dispositions de la présente section.

Article 24-1

Tout débiteur répondant à la définition de la petite entreprise, visée à l'article 1-3 ci-dessus, peut demander l'application de la procédure de règlement préventif simplifié de la présente section.

Article 24-2

Le débiteur souhaitant bénéficier du règlement préventif simplifié doit soumettre une requête dans les conditions fixées par l'article 6 ci-dessus, en tenant compte notamment des dérogations accordées aux petites entreprises.

Nonobstant la disposition précédente, la procédure peut être ouverte même si aucun projet de concordat préventif n'a été fourni.

Conjointement à la requête prévue à l'article 6 ci-dessus, le débiteur qui remplit les conditions d'application du règlement préventif simplifié produit une déclaration sur l'honneur l'attestant.

Article 24-3

La décision de la juridiction compétente de faire application du règlement préventif simplifié n'est susceptible d'aucun recours.

Article 24-4

Les délais de trois (03) mois et d'un (01) mois, fixés par les articles 9 alinéa 1er et 13 alinéa 2 ci-dessus, sont respectivement réduits à deux (02) mois et à quinze (15) jours.

Article 24-5

Si le projet de concordat préventif prévu à l'article 13 n'a pas été déposé par le débiteur au moment de la demande d'ouverture, il est établi par ce dernier avec le concours de l'expert au règlement préventif.

Ce projet précise les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise débitrice, notamment les modalités d'apurement du passif et, en particulier, la demande de délais et de remises, les personnes tenues d'exécuter le concordat préventif, ainsi que, s'il y a lieu, les garanties fournies pour en assurer l'exécution.

En tout état de cause, ce projet précise les éléments permettant d'établir la viabilité financière et économique du débiteur.

TITRE III – REDRESSEMENT JUDICIAIRE ET LIQUIDATION DES BIENS

CHAPITRE I – OUVERTURE DU REDRESSEMENT JUDICIAIRE ET DE LA LIQUIDATION DES BIENS

Article 25

La procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens est ouverte à tout débiteur en état de cessation des paiements.

La cessation des paiements est l'état où le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, à l'exclusion des situations où les réserves de crédit ou les délais de paiement dont le débiteur bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face à son passif exigible.

Le débiteur qui est en cessation des paiements doit faire une déclaration 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 de cessation des paiements doit être faite par le débiteur au plus tard dans les trente (30) jours qui suivent la cessation des paiements et déposée au greffe de la juridiction compétente contre récépissé.

Sans préjudice des dispositions de l'article 33 ci-dessous, le débiteur précise dans sa déclaration s'il demande l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens.

Article 26

A la déclaration prévue par l'article 25 ci-dessus doivent être joints les documents suivants datant de moins de trente (30) jours :

1°) une attestation d'immatriculation, d'inscription ou de déclaration d'activité à un registre ou à un ordre professionnel ou, à défaut, tout autre document de nature à prouver la régularité de l'activité exercée par le débiteur ;

2°) les états financiers de synthèse comprenant, le bilan, le compte de résultat, un tableau financier des ressources et des emplois, l'état annexé et, en tout état de cause, le montant du chiffre d'affaires et des bénéfices ou des pertes des trois (03) derniers exercices ou, à défaut, tout autre document de nature à établir la situation financière et économique du débiteur si la déclaration est faite par un débiteur répondant à la définition de la petite entreprise conformément à l'article 1-3 ci-dessus ;

3°) un état de la trésorerie et un état chiffré des créances et des dettes avec indication des noms, qualités et adresses des créanciers et des dates d'échéance ;

4°) l'état détaillé, actif et passif, des sûretés personnelles et réelles données ou reçues par l'entreprise et ses dirigeants ;

5°) 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 ou, à défaut, un inventaire provisoire des biens du débiteur si la demande est introduite par un débiteur répondant à la définition de la petite entreprise conformément à l'article 1-3 ci-dessus;

6°) la liste des travailleurs avec l'indication du montant des salaires et des charges salariales impayés à la date de la demande ou, à défaut, tout autre document de nature à permettre d'identifier et de dénombrer les travailleurs du débiteur et d'estimer le montant des salaires et des charges salariales impayés si la déclaration est faite par un débiteur répondant à la définition de la petite entreprise conformément à l'article 1-3 ci-dessus ;

7°) un document indiquant les noms, prénoms et l'adresse des représentants du personnel ;

8°) une attestation du débiteur indiquant qu'il ne bénéficie pas d'un accord de conciliation en cours d'exécution ou d'un concordat préventif en cours d'exécution et, en tout état de cause, qu'il n'est pas soumis à une procédure de règlement préventif, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens qui ne serait pas encore clôturée ; le cas échéant, si le débiteur a bénéficié d'un accord de conciliation ou d'un concordat préventif, le montant des créances restant dues aux créanciers bénéficiant du privilège de l'article 5-11 et de l'article 11-1 ci-dessus ainsi que leurs noms et domiciles ;

9°) 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, prénoms et adresses de ses dirigeants ;

10°) le cas échéant, un document indiquant les noms, qualités et domiciles des personnes qui envisagent de consentir un nouvel apport en trésorerie ou de fournir un nouveau bien ou service dans les conditions de l'article 33-1 ci-dessous avec l'indication du montant de l'apport ou la valeur du bien ou du service ;

11°) le cas échéant, un projet de concordat de redressement judiciaire, sans préjudice de l'application de l'article 27 ci-dessous.

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.

Article 27

En même temps que la déclaration prévue par l'article 25 ci-dessus ou, au plus tard, dans les soixante (60) jours qui suivent la décision d'ouverture du redressement judiciaire, le débiteur doit déposer un projet de concordat.

Ledit projet doit démontrer les perspectives de redressement de l'entreprise débitrice en fonction des possibilités et des modalités d'activités, de l'état du marché et des moyens de

financement disponibles et doit également préciser les mesures et conditions envisagées pour son redressement, notamment :

- les éléments permettant d'établir la viabilité financière et économique de l'entreprise débitrice ;
- 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 ou d'une partie de l'entreprise, sans que ces modalités soient limitatives et exclusives les unes des autres ;
- les noms, prénoms, qualités et adresses des 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, une conversion de créances en capital, l'ouverture de crédits par des établissements bancaires ou financiers ou par toute autre personne, y compris tout nouvel apport en trésorerie ou sous forme de nouveau bien ou service dans les conditions de l'article 33-1 ci-dessous ainsi que le montant de l'apport ou la valeur du bien ou du service ; la poursuite de l'exécution de contrats conclus antérieurement à la décision d'ouverture, la fourniture de cautions ;
- le niveau et les perspectives d'emploi, ainsi que les licenciements pour motif économique qui doivent intervenir dans les conditions prévues par les articles 110 et 111 ci-dessous ;
- le remplacement de dirigeants.

Le projet de concordat de redressement judiciaire peut établir un traitement différencié entre les créanciers si les différences de situation le justifient.

Article 28

La procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens peut être ouverte à la demande d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance, à condition qu'elle soit certaine, liquide et exigible.

A cet effet, la demande du créancier doit préciser la nature et le montant de sa créance et viser le titre sur lequel elle se fonde.

Article 29

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, les membres de ces personnes morales ou les institutions représentatives du personnel qui lui indiquent les faits de nature à motiver cette saisine.

La juridiction compétente peut également être saisie par le Ministère public. Dans ce cas, il fournit les éléments motivant sa demande.

Le président de la juridiction compétente fait convoquer le débiteur, par les soins du greffe, par signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire, à comparaître devant la juridiction compétente siégeant en audience non publique. La convocation doit contenir la reproduction intégrale du présent article, à peine de nullité.

Si le débiteur comparaît, le président l'informe des faits de nature à motiver la saisine et recueille ses observations. Si le débiteur reconnaît être en cessation des paiements ou si le président acquiert l'intime conviction qu'il est dans un tel état, le président lui fixe un délai qui ne peut excéder trente (30) jours pour produire les documents visés à l'article 26 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.

Si le débiteur ne comparaît pas, la juridiction compétente statue à la première audience publique utile, par une décision réputée contradictoire à l'égard du débiteur.

Article 30

Lorsque le débiteur est décédé en état de cessation des paiements, la juridiction compétente est saisie aux fins d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens dans le délai d'un (01) an à compter de la date du décès, soit sur déclaration d'un héritier, soit sur l'assignation d'un créancier, soit à la requête du ministère public.

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, ou en cas de saisine par le ministère public, 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 dans les conditions fixées par les articles 25, 26 et 27 ci-dessus.

En cas de saisine de la juridiction compétente sur assignation d'un créancier, les dispositions de l'article 28 ci-dessus sont applicables.

Article 31

L'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens peut être demandée dans le délai d'un (01) an à compter de la radiation du débiteur du Registre du commerce et du crédit mobilier, ou de sa cessation d'activité. La cessation des paiements doit, soit être antérieure à cette radiation ou à cette cessation d'activité, soit résulter en tout ou partie de l'activité antérieurement exercée.

L'ouverture de la procédure peut également être demandée contre un associé d'une personne morale de droit privé indéfiniment et solidairement responsable du passif de celle-ci dans le délai d'un (01) an à compter de la mention de son retrait au Registre du commerce et du crédit mobilier lorsque la cessation des paiements de la personne morale est antérieure à cette mention ou qu'elle résulte en tout ou partie de l'activité antérieurement exercée.

Dans les deux (02) cas, la juridiction compétente est saisie sur assignation d'un créancier, sur requête du ministère public ou se saisit d'office dans les conditions prévues aux articles 28 et 29 ci-dessus.

Article 32

La juridiction compétente statue à la première audience utile sur l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, après avoir entendu ou dûment appelé le débiteur, les délégués ou représentants du personnel au sens de la loi de l'État partie concerné, le ministère public et, le cas échéant, le créancier demandeur.

La juridiction compétente peut entendre toute autre personne dont l'audition lui paraît utile.

Avant de prononcer sa décision, elle peut désigner un juge du siège ou toute autre personne qu'elle estime qualifiée afin de lui remettre un rapport sur la situation économique et sociale du débiteur dans un délai qu'elle détermine, et qui ne peut être supérieur à un (01) mois.

Lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut réglementé, la juridiction compétente statue après avoir entendu ou dûment appelé le représentant de l'ordre professionnel ou de l'autorité compétente dont relève ce débiteur.

La juridiction compétente saisie ne peut renvoyer l'affaire au rôle général.

Article 33

La juridiction compétente qui constate la cessation des paiements prononce soit l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, soit l'ouverture de la liquidation des biens.

Elle prononce l'ouverture du redressement judiciaire :

- s'il lui apparaît que le débiteur a proposé un concordat sérieux, au sens de l'article 27 ci-dessus ou qu'un tel concordat a des chances sérieuses d'être obtenu ;
- ou, si une cession globale est envisageable.

Dans le cas contraire, elle prononce l'ouverture de la liquidation des biens. Dans la décision prononçant la liquidation des biens, la juridiction compétente fixe le délai au terme duquel la clôture de la procédure est examinée, sans que ce délai puisse être supérieur à dix-huit (18) mois après l'ouverture de la procédure. Si la clôture de la procédure ne peut être prononcée au terme de ce délai, la juridiction compétente peut proroger le terme de six (06) mois, une seule fois, après avoir entendu les justifications du syndic, par une décision spécialement motivée. A l'expiration de ce délai, la juridiction compétente prononce la clôture de la liquidation des biens, d'office ou à la demande de tout intéressé.

La décision d'ouverture d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation des biens 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'entre eux, soit le redressement judiciaire, soit la liquidation des biens, en fonction de leur situation.

A toute époque de la procédure de redressement judiciaire, la juridiction compétente peut convertir celle-ci en liquidation des biens si les conditions de l'alinéa 2 ci-dessus ne sont plus remplies. Il est fait application des articles 36 à 38 ci-dessous.

En tout état de cause, à l'expiration d'un délai de six (06) mois à compter de la décision d'ouverture du redressement judiciaire, qui peut être prorogé une seule fois par la juridiction compétente, d'office ou à la demande du débiteur ou du syndic pour une durée de trois (03) mois, ladite juridiction convertit le redressement judiciaire en liquidation des biens, d'office ou à la demande de tout intéressé.

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 et renvoyer à la juridiction de première instance pour la suite de la procédure, notamment pour la désignation du juge-commissaire.

Article 33-1

En cas de conversion d'une procédure de redressement judiciaire en liquidation des biens, les personnes qui avaient consenti dans le concordat de redressement judiciaire un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité sont payées au titre du privilège selon les rangs prévus par les articles 166 et 167 ci-dessous.

Les personnes qui fournissent un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice 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 dans le cadre d'une augmentation du capital social du débiteur.

Les créanciers du débiteur ne peuvent en aucun cas bénéficier de ce privilège pour des créances nées antérieurement à l'ouverture du redressement judiciaire.

Article 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 (18) mois au prononcé de la décision d'ouverture. Sauf cas de fraude, elle ne peut être reportée à une date antérieure à la décision définitive ayant homologué le concordat préventif.

La juridiction compétente qui modifie, dans les limites fixées à l'alinéa précédent, la date de cessation des paiements par une décision postérieure à la décision d'ouverture statue par une décision spécialement motivée.

Toute 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 pas recevable après la convocation de l'assemblée concordataire prévue à l'article 122 ci-dessous ou après expiration d'un délai d'un an à compter de la décision prononçant la liquidation des biens.

Article 35

Dans la décision d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, la juridiction compétente désigne le juge-commissaire parmi les juges du siège de la juridiction saisie, à l'exclusion de son président, sauf si celui-ci est juge unique. Elle peut également, si elle l'estime nécessaire, désigner un juge-commissaire suppléant.

La juridiction compétente désigne également le ou les syndics sans que leur nombre puisse excéder trois (03). L'expert désigné pour le règlement préventif d'un débiteur ne peut être désigné comme syndic.

Le greffe de la juridiction adresse sans délai une copie de la décision au ministère public.

Article 36

Le greffe de la juridiction compétente porte mention, sans délai, de la décision d'ouverture d'une procédure collective 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 du débiteur au fichier alphabétique avec mention de la décision la concernant ; il est indiqué les noms, prénoms et adresses du ou des dirigeants sociaux ainsi que le siège de la personne morale.

Si le débiteur est une personne physique ou morale exerçant une profession ou une activité libérale soumise à un statut réglementé, la décision est également, à la diligence du greffe, notifiée au représentant légal de son ordre professionnel ou de son autorité compétente.

Article 37

La décision d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens est publiée à la diligence du greffe de la juridiction compétente, dans un journal d'annonces légales diffusé à partir du lieu du siège de la juridiction compétente. Sans préjudice de cette publication, une publicité supplémentaire peut également être faite dans tous autres média.

Cette publicité est, en outre, effectuée dans un journal d'annonces légales du lieu de chacun des établissements secondaires du débiteur si le journal habilité à recevoir des annonces légales du siège n'y est pas diffusé.

Elle contient les indications suivantes : le nom du débiteur ; son domicile ou son siège social ; son numéro d'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier ou son numéro de déclaration d'activité ; la date de la décision d'ouverture et le type de procédure collective. Elle doit également indiquer le nom et l'adresse du syndic auprès duquel les créanciers doivent produire leurs créances, le délai de production de ces créances et reproduire intégralement l'article 78 ci-dessus.

Une deuxième publicité doit être faite, dans les mêmes termes, à la diligence du greffe de la juridiction compétente, au plus tôt dans les quinze (15) jours et au plus tard dans les trente (30) jours à compter de la date de la première publicité.

Article 38

Le syndic vérifie que les mentions et publicités prévues aux articles 36 et 37 ci-dessus ont été accomplies.

Si tel n'est pas le cas, il fait procéder, sous sa responsabilité, à l'accomplissement de ces formalités dans les meilleurs délais.

Il est en outre tenu, si le débiteur est propriétaire de biens immobiliers, de publier la décision d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens, conformément aux dispositions organisant la publicité foncière.

CHAPITRE II – ORGANES DU REDRESSEMENT JUDICIAIRE ET DE LA LIQUIDATION DES BIENS

Section 1 – Juge-commissaire

Article 39

Le juge-commissaire veille, sous l'autorité de la juridiction compétente, au déroulement régulier et rapide de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, à la protection des intérêts en présence et à l'atteinte des objectifs poursuivis.

La fonction de juge-commissaire est exclusive de l'exercice de toute autre attribution juridictionnelle relative à la procédure collective pour laquelle il a été désigné en cette qualité.

Le juge-commissaire recueille tous les éléments d'information qu'il juge utiles. Il peut, notamment, entendre le débiteur ou les dirigeants sociaux 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, le juge-commissaire peut obtenir communication, par les commissaires aux comptes, les comptables, les représentants du personnel, les administrations et organismes publics, les organismes de prévoyance et de sécurité sociales, les établissements bancaires et financiers 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, financière et sociale de l'entreprise.

Il contrôle également les activités des syndic et rédige un rapport à l'attention de la juridiction compétente tous les trois (03) mois et à tout moment à la demande de cette dernière.

Le juge-commissaire fait rapport à la juridiction compétente de toutes contestations ou différends nés de la procédure collective.

La juridiction compétente peut, à tout moment, procéder au remplacement du juge-commissaire et du syndic.

Article 40

Le juge-commissaire statue sur les demandes, contestations et revendications relevant de sa compétence dans le délai de huit (08) jours à compter de sa saisine. S'il n'a pas statué dans ce délai, il est réputé avoir rendu une décision de rejet.

Les décisions du juge-commissaire sont immédiatement déposées au greffe qui les communique sans délai au président de la juridiction compétente et les notifie, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite, à toutes personnes à qui elles sont susceptibles de faire grief.

Ces décisions peuvent être frappées d'opposition formée par simple déclaration au greffe de la juridiction compétente dans les huit (08) jours de leur dépôt ou de leur notification ou suivant le délai prévu à l'alinéa premier du présent article. Pendant ce 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 utile.

Section 2 – Syndic

Article 41

Dès qu'il est informé de sa désignation, le syndic atteste qu'il remplit les conditions énoncées aux articles 4-4 et 4-5 ci-dessus. A tout moment, durant le déroulement de la procédure de redressement ou de liquidation des biens, s'il lui apparaît qu'il ne remplit plus ces conditions, il en informe sans délai le président de la juridiction compétente, qui met fin à sa mission et nomme un remplaçant.

Le débiteur ou tout créancier peut demander à tout moment au président de la juridiction compétente le remplacement du syndic qui tombe sous le coup de l'une des incompatibilités énoncées aux articles 4-4 et 4-5 ci-dessus, ou qui n'agit pas avec diligence dans l'exercice de sa mission.

Article 42

Le juge-commissaire reçoit les réclamations du débiteur ou des créanciers qui tendent à la révocation du syndic et son remplacement. Le juge-commissaire doit statuer dans le délai de huit (08) jours de sa saisine. Son ordonnance est assortie de l'exécution provisoire de droit. Elle est susceptible d'opposition dans le délai de huit (8) jours à compter de son prononcé.

S'il n'a pas statué dans les huit (08) jours de sa saisine, le juge-commissaire est réputé avoir rejeté la demande. La réclamation peut alors être portée devant la juridiction compétente par voie d'opposition dans les conditions prévues par l'article 40 ci-dessus.

La juridiction compétente, saisie sur opposition, entend, en audience non publique, les explications du ou des demandeurs et du syndic. Sa décision, prononcée en audience publique, est assortie de l'exécution provisoire de droit. Elle est susceptible d'appel dans les quinze (15) jours de son prononcé.

Le greffe de la juridiction compétente communique, le cas échéant, cette décision à l'autorité nationale de l'État partie concerné qui peut agir en matière disciplinaire conformément au présent Acte uniforme.

Article 43

La mission du syndic dans le déroulement d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens s'exerce sous le contrôle du juge-commissaire.

Les syndics sont responsables des dommages causés par leurs fautes conformément aux dispositions des articles 4-12 à 4-15 ci-dessus.

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 des opérations des syndics, le juge-commissaire est saisi et statue dans les conditions prévues par l'article 40 ci-dessus.

Le syndic a l'obligation de remettre un rapport écrit sur sa mission et sur le déroulement de la procédure de redressement ou de liquidation des biens au juge-commissaire au moins une (01) fois tous les deux (2) mois et, dans tous les cas, chaque fois que le juge-commissaire le lui

demande. Il indique, en outre, dans son rapport, le montant des deniers déposés au compte de la procédure collective ouvert dans les conditions prévues par l'article 4-22 ci-dessus.

La rémunération des syndics est régie par les articles 4-19 et 4-20 ci-dessus.

Article 44

Le syndic qui cesse ses fonctions doit rendre ses comptes à son successeur, sans délai, en présence du juge-commissaire, du débiteur et des contrôleurs convoqués par le greffe de la juridiction compétente.

Article 45

Sans préjudice des droits des créanciers revendiquant, les deniers éventuellement recueillis par le syndic, quelle qu'en soit la provenance, sont versés immédiatement sous sa responsabilité au compte ouvert conformément à l'article 43 ci-dessus. Le syndic est redevable, à titre personnel, d'un intérêt au taux légal majoré de huit (08) points sur les sommes non versées au compte, sans préjudice des sanctions disciplinaires.

Si des fonds dus au débiteur ont été déposés à un compte distinct par des tiers, il en est fait transfert au compte ouvert par le syndic au nom de la procédure collective, à charge pour lui d'obtenir mainlevée des oppositions éventuelles.

Aucune opposition sur les deniers versés au compte spécial de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens n'est recevable. Les fonds ainsi versés ne peuvent être retirés qu'en vertu d'une décision du juge-commissaire.

En tout état de cause, le syndic doit respecter les exigences en matière comptable établies à l'article 4-15 ci-dessus

Article 46

Le syndic est responsable des livres, documents et effets remis par le débiteur ou appartenant à celui-ci ainsi que par les créanciers ou par tout déposant pendant cinq (05) ans à partir du jour de la reddition des comptes.

Section 3 – Ministère Public

Article 47

Le ministère public est informé du déroulement de la procédure de redressement judiciaire et de liquidation des biens par le juge-commissaire. Il peut, à toute époque, requérir communication de tous actes, livres ou documents relatifs à ladite procédure.

Le défaut de communication d'information ou de document ne peut être invoqué que par le ministère public.

Le ministère public communique au juge-commissaire, sur sa demande ou d'office, tous renseignements utiles à l'administration de la procédure, y compris toute information provenant d'une procédure pénale concernant le débiteur, nonobstant le secret de l'instruction.

Section 4 – Contrôleurs

Article 48

A toute époque de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, un (01) à cinq (05) contrôleurs peuvent être désignés par le juge-commissaire parmi les créanciers non-salariés. Dans le délai d'un (01) mois à compter de la décision d'ouverture et à la demande des créanciers représentant au moins un tiers du total des créances même non vérifiées, la nomination de créanciers contrôleurs est obligatoire. A l'expiration de ce délai, tout créancier peut demander à être désigné contrôleur, sans que le nombre total des contrôleurs puisse dépasser cinq (05). En cas de pluralité de demandes, le juge-commissaire veille à ce qu'au moins un créancier contrôleur soit choisi parmi les créanciers munis de sûretés et un autre parmi les créanciers chirographaires.

Lorsque le nombre de salariés est supérieur à dix (10) au cours des six (06) mois précédant la saisine de la juridiction compétente, le syndic invite le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel, à désigner un salarié en qualité de contrôleur, dans un délai de vingt (20) jours à compter de la décision d'ouverture. Dans le même délai, en l'absence de comité d'entreprise et de délégués du personnel, le syndic invite les salariés à élire parmi eux un salarié. La personne ainsi désignée ou élue est nommée par le juge-commissaire en qualité de contrôleur représentant du personnel. Pour les entreprises qui n'atteignent pas le seuil précité, le juge-commissaire désigne un salarié en qualité de contrôleur représentant du personnel.

Aucun parent ou allié du débiteur ou des dirigeants de la personne morale, jusqu'au quatrième degré inclusivement, ni aucune personne détenant directement ou indirectement tout ou partie du capital social ou des droits de vote de cette même personne ne peut être nommé contrôleur ou représentant d'une personne morale désignée comme contrôleur.

Les contrôleurs nommés par le juge-commissaire peuvent être révoqués par la juridiction compétente sur demande de celui-ci ou du ministère public. Après révocation, leurs remplaçants sont désignés selon les modalités prévues aux alinéas 1 à 3 du présent article.

Lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut réglementé, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente est de droit contrôleur, sans préjudice de la désignation de cinq (05) créanciers contrôleurs et d'un contrôleur représentant du personnel.

Article 49

Les contrôleurs assistent le ou les syndics dans leurs fonctions et le juge-commissaire dans sa mission de surveillance du déroulement de la procédure de redressement judiciaire et de liquidation des biens et veillent aux intérêts des créanciers.

Ils ont toujours le droit de vérifier la comptabilité et l'état de situation présentés 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.

Les contrôleurs 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.

Sans préjudice des prérogatives dont ils jouissent conformément à l'article 72 ci-dessous, les contrôleurs peuvent saisir de toutes contestations le juge-commissaire qui statue conformément aux dispositions de l'article 40 ci-dessus.

Les fonctions de contrôleurs sont gratuites et doivent être exercées personnellement.

Les contrôleurs ne répondent que de leurs fautes lourdes.

Section 5 – Dispositions générales

Article 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 un journal d'annonces légales, 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, ces frais sont avancés, sur décision du juge-commissaire, par le Trésor public qui en est remboursé, par privilège, sur les premiers recouvrements, nonobstant les dispositions des articles 166 et 167 ci-dessous.

Cette disposition est applicable à la procédure d'appel de la décision prononçant le redressement judiciaire ou la liquidation des biens.

Article 51

Il est interdit au syndic et à tous ceux qui ont participé à l'administration de la procédure collective, 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, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens.

CHAPITRE III – EFFETS DE LA DÉCISION D'OUVERTURE A L'ÉGARD DU DÉBITEUR

Section 1 – Assistance ou dessaisissement du débiteur

Article 52

La décision qui prononce le redressement judiciaire emporte, de plein droit, à partir de sa date, et jusqu'à l'homologation du concordat de redressement judiciaire 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 y procède sans délai. Il en est ainsi, notamment, lorsqu'il s'agit de prendre des mesures conservatoires ou de procéder au recouvrement des effets et des créances exigibles.

Le syndic doit également procéder sans délai à la vente des objets dispendieux à conserver ou soumis à déperissement prochain ou à dépréciation imminente, après avoir obtenu une autorisation du juge-commissaire. L'autorisation du juge-commissaire lui est également nécessaire pour mettre en œuvre, tant en demande qu'en défense, toute 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 42, alinéas 2 et 3 ci-dessus.

Article 53

La décision qui prononce la liquidation des biens d'une personne morale emporte, de plein droit, dissolution de celle-ci. . K i A

Elle 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 acquérir 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 42, alinéas 2 et 3 ci-dessus.

Article 54

Dès son entrée en fonction, le syndic est tenu d'accomplir tous actes nécessaires à 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.

Article 55

Dans les trois (03) jours de la décision d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens, 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 et renseignements qu'il se procure, un état de situation.

Article 56

La juridiction compétente, dans la décision prononçant la liquidation des biens, ou le juge-commissaire ultérieurement, peut ordonner que durant toute cette procédure le courrier adressé au débiteur soit remis au syndic. Le débiteur peut assister à la remise du courrier s'il en fait la demande. Tout courrier ayant un caractère personnel lui est immédiatement remis ou restitué.

Dans les mêmes conditions, le syndic peut être autorisé à accéder au courrier électronique du débiteur n'ayant pas un caractère personnel.

Lorsque le débiteur exerce une activité pour laquelle il est soumis au secret professionnel, les dispositions du présent article ne sont pas applicables.

Article 57

A partir de la décision d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens contre une personne morale, les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, à peine de nullité, ne peuvent céder les parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital de la personne morale qui fait l'objet de la procédure 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 233, 6° ci-dessous.

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.

Article 58

Le syndic assure, sous sa responsabilité, la garde des titres qui lui sont remis par les dirigeants dans les conditions prévues à l'article 57 ci-dessus.

Il ne peut les restituer qu'après homologation du concordat de redressement judiciaire ou après clôture des opérations de liquidation des biens, sauf à les remettre, à tout moment, à qui la justice l'ordonne.

Article 59

Dans la décision d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens, ou par une décision ultérieure, la juridiction compétente peut prescrire l'apposition des scellés sur les caisses, coffres, portefeuilles, livres, documents, 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 de ces membres. L'apposition des scellés peut également être prescrite sur les biens des dirigeants des personnes morales.

Le greffier adresse, sans délai, avis de la décision au juge-commissaire.

Avant même cette décision, mais uniquement dans le cas de disparition du débiteur ou de détournement de tout ou partie de son actif, 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 fait apposer les scellés.

Le juge-commissaire ou le juge désigné donne, sans délai, avis de l'apposition des scellés au président de la juridiction qui l'a ordonnée.

Article 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 déperissement 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 inventoriés sans délai avec prisée par le syndic, en présence du juge-commissaire qui signe le procès-verbal.

Article 61

Les livres et documents comptables sont extraits des scellés et remis au syndic par le juge-commissaire après que celui-ci 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 procéder à des actes conservatoires sont extraits des scellés par le juge-commissaire, décrits et remis au syndic pour en faire le recouvrement.

Article 62

Dans les trois (03) jours de leur apposition, le syndic requiert la levée des scellés en vue des opérations d'inventaire.

Article 63

Dès l'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens, il est procédé par le syndic à l'inventaire des biens du débiteur, ainsi que des sûretés qui les grèvent, lui présent ou dûment appelé par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite.

Lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut réglementé, l'inventaire est dressé en présence d'un représentant de l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont

il relève. En aucun cas, l'inventaire ne peut porter atteinte au secret professionnel si le débiteur y est soumis.

Le débiteur remet au syndic la liste de ses créanciers indiquant le montant de leurs créances, leurs noms et adresses, et la liste des contrats en cours. Il l'informe des procédures judiciaires en cours auxquelles il est partie.

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.

En redressement judiciaire, lorsque la cession d'un bien est envisagée, il en est fait prise avant de procéder à la cession. En liquidation des biens, tous les biens font l'objet d'une prise en même temps que l'inventaire.

Le syndic peut, sur autorisation du juge-commissaire, se faire assister par toute personne qu'il juge utile pour établir l'inventaire et réaliser la prise des biens.

Les marchandises placées sous sujétion douanière font l'objet, si le syndic en a connaissance, d'une mention spéciale.

Lorsque la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens est ouverte à rencontre d'un débiteur après son décès et qu'il n'a pas été fait inventaire, celui-ci est dressé ou poursuivi en présence des héritiers connus ou dûment appelés par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite.

Le 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 créances, les livres et documents, meubles et effets du débiteur sont remis au syndic qui en prend charge au bas de l'inventaire.

L'absence d'inventaire ne fait pas obstacle à l'exercice des actions en revendication ou en restitution.

Article 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.

Article 65

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. Il surveille la production de ces déclarations.

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.

Dans l'un et l'autre des cas visés ci-dessus, si le débiteur n'a pas déféré, dans les vingt (20) jours, à la réquisition du syndic, celui-ci constate cette défaillance et en avise le juge-commissaire ; il en informe, dans les dix (10) 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.

Article 66

Sans préjudice de l'élaboration du bilan économique et social prévu à l'article 119-1 ci-dessous, le syndic, dans un délai de trente (30) jours à compter de son entrée en fonction, remet au juge-commissaire un rapport sommaire sur la situation apparente du débiteur. Le juge-commissaire transmet sans délai le rapport avec ses observations au ministère public.

Si ce rapport ne lui a pas été remis dans le délai prescrit, le juge-commissaire en avise le ministère public en expliquant les causes de ce retard.

Dans le cas où la procédure de redressement ou de liquidation des biens est ouverte à rencontre d'une personne exerçant une profession libérale soumise à un statut réglementé, le rapport est également remis à l'ordre professionnel ou à l'autorité compétente dont le débiteur relève.

Section 2 – Actes inopposables à la masse des créanciers

Article 67

La période suspecte commence à compter de la date de la cessation des paiements et prend fin à la date de la décision d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens.

Article 68

Sont inopposables de droit à la masse des créanciers s'ils sont faits pendant la période suspecte :

- 1°) tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière ;
- 2°) tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie ;
- 3°) tout paiement, quel qu'en soit le mode, de dettes non échues, sauf s'il s'agit du paiement d'un effet de commerce ;
- 4°) tout paiement de dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effet de commerce, virement, prélèvement, carte de paiement ou de crédit ou compensation légale, judiciaire ou conventionnelle de dettes ayant un lien de connexité entre elles ou tout autre mode normal de paiement ou communément admis dans les relations d'affaires du secteur d'activité du débiteur ;
- 5°) toute sûreté réelle conventionnelle constituée à titre de garantie d'une dette antérieurement contractée, à moins qu'elle ne remplace une sûreté antérieure d'une nature et d'une étendue au moins équivalente ou qu'elle soit consentie en exécution d'une convention antérieure à la cessation des paiements ;

6°) toute inscription provisoire d'hypothèque judiciaire conservatoire ou de nantissement judiciaire conservatoire.

Article 69

Peuvent être déclarés inopposables à la masse des créanciers, s'ils lui ont causé un préjudice :

1°) les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière faits dans les six (06) mois précédant la période suspecte ;

2°) les actes à titre onéreux si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements du débiteur au moment de leur conclusion ;

3°) les paiements volontaires de dettes échues si ceux qui les ont perçus ont eu connaissance de la cessation des paiements du débiteur au moment des paiements.

Par dérogation au 3° du paragraphe 1 du présent article, le paiement fait au porteur diligent d'une lettre de change, d'un billet à ordre ou d'un chèque est opposable à la masse, sauf dans les cas suivants où une action en rapport est possible contre :

1°) le tireur ou le donneur d'ordre en cas de tirage pour compte qui a eu connaissance de la cessation des paiements du tiré soit au moment du tirage, soit au moment du paiement de la lettre de change à lui fait par le tiré ;

2°) le bénéficiaire du billet à ordre qui a eu connaissance de la cessation des paiements du souscripteur, soit au moment de l'endossement de l'effet par lui, soit au moment du paiement à lui fait par le souscripteur ;

3°) le tireur d'un chèque qui a eu connaissance de la cessation des paiements du tiré au moment de l'émission du chèque ;

4°) le bénéficiaire d'un chèque qui a eu connaissance de la cessation des paiements du tireur au moment de l'émission du chèque ;

5°) le bénéficiaire d'un chèque qui a eu connaissance de la cessation des paiements du tiré soit au moment de l'émission, soit au moment du paiement du chèque.

Article 70

L'action en déclaration d'inopposabilité n'est exercée que par le syndic, sans préjudice de l'application de l'article 72, alinéa 2 ci-dessous. Elle relève de la compétence de la juridiction ayant ouvert la procédure de redressement ou de liquidation des biens.

À peine d'irrecevabilité, cette action ne peut être exercée après l'homologation du concordat de redressement judiciaire ni après la clôture de la liquidation des biens.

Article 71

L'inopposabilité profite à la masse.

1 °) La masse est colloquée à la place du créancier dont la sûreté a été déclarée inopposable.

2°) L'acte à titre gratuit déclaré inopposable est privé d'effet s'il n'a pas été exécuté. Dans le cas contraire, le bénéficiaire de la libéralité doit rapporter le bien dont la propriété a été transférée gratuitement.

En cas de sous-aliénation à titre gratuit, le sous-acquéreur, même de bonne foi, est soumis à l'inopposabilité et au rapport du bien ou au paiement de sa valeur, à moins que le bien ait disparu de son patrimoine par suite d'un cas de force majeure.

En cas de sous-aliénation à titre onéreux, le sous-acquéreur n'est soumis au rapport ou au paiement de sa valeur que si, au moment de l'acquisition du bien par lui, il avait connaissance de la cessation des paiements du débiteur.

En tout état de cause, le bénéficiaire principal de l'acte à titre gratuit reste tenu du paiement de la valeur du bien si le sous-acquéreur ne peut ou ne doit pas rapporter le bien.

3°) Le paiement déclaré inopposable doit être rapporté par le créancier qui doit produire au passif du débiteur.

4°) Si le contrat commutatif déséquilibré déclaré inopposable n'a pas été exécuté, il ne peut plus l'être.

S'il a été exécuté, le créancier peut seulement produire au passif du débiteur pour la juste valeur de la prestation qu'il a fournie.

5°) Les actes à titre onéreux déclarés inopposables sont privés d'effets s'ils n'ont pas été exécutés.

S'il s'agit d'une aliénation exécutée, l'acquéreur doit rapporter le bien et produire sa créance au passif du débiteur ; s'il y a eu sous-aliénation à titre gratuit, le sous-acquéreur est tenu de restituer le bien sans recours contre la masse ; s'il y a eu sous-aliénation à titre onéreux, le sous-acquéreur est tenu de rapporter le bien et de produire sa créance au passif du débiteur si, au moment de l'acquisition du bien par lui, il avait connaissance du caractère inopposable de l'acte de son auteur.

Si le débiteur a reçu tout ou partie de la prestation du cocontractant qui ne peut être restituée en nature, le créancier doit produire sa créance pour la valeur de la prestation fournie.

CHAPITRE IV – EFFETS DE LA DÉCISION D'OUVERTURE A L'ÉGARD DES CRÉANCIERS

Section 1 – Constitution de la masse et effets suspensifs

Article 72

La décision d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens 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.

Toutefois, en cas de carence du syndic, tout créancier contrôleur peut agir dans l'intérêt collectif, après une mise en demeure du syndic restée infructueuse pendant une période de vingt et un (21) jours. Le contrôleur supporte les frais de l'action, mais si celle-ci aboutit à l'enrichissement de la masse, il est remboursé de ses frais sur les sommes obtenues. L'action

en responsabilité contre un dirigeant ne peut être intentée que par deux (02) créanciers contrôleurs au moins.

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 en vertu des articles 68 et 69 ci-dessus.

Article 73

La décision d'ouverture du redressement judiciaire et de la liquidation des biens, arrête le cours des inscriptions de toute sûreté mobilière ou immobilière.

Article 74

La décision d'ouverture emporte, au profit de la masse, hypothèque que le greffier est tenu de faire inscrire sans délai sur les biens immeubles du débiteur et sur ceux qu'il acquerra par la suite au fur et à mesure des acquisitions.

Cette hypothèque est inscrite conformément aux dispositions relatives à la publicité foncière. Elle prend rang du jour où elle a été inscrite sur chacun des immeubles du débiteur.

Le syndic veille au respect de cette formalité et, au besoin, l'accomplit lui-même.

Article 75

La décision d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers composant la masse, qui tend :

1° à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ;

2° à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.

La décision d'ouverture arrête ou interdit également toute procédure d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles ainsi que toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant la décision d'ouverture.

Les délais impartis aux créanciers à peine de déchéance, prescription ou résolution de leurs droits sont, en conséquence, suspendus pendant toute la durée de la suspension des poursuites elles-mêmes

Les instances en cours sont interrompues jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait produit sa créance. Elles sont alors reprises de plein droit, le syndic dûment appelé, mais tendent uniquement à la constatation des créances et à la fixation de leur montant.

Les actions en justice et les procédures d'exécution autres que celles visées ci-dessus ne peuvent plus être exercées ou poursuivies au cours de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens qu'à l'encontre du débiteur, assisté du syndic en cas de redressement judiciaire ou représenté par le syndic en cas de liquidation des biens.

Article 75-1

La décision d'ouverture du redressement judiciaire suspend toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un

bien en garantie à compter dudit jugement et durant l'exécution du concordat de redressement judiciaire.

Toutefois, les créanciers bénéficiant de ces garanties peuvent prendre des mesures conservatoires.

Article 76

La décision d'ouverture ne rend exigibles les dettes non échues qu'en cas de liquidation des biens et à l'égard du débiteur seulement.

Article 76-1

Lorsque les dettes sont exprimées en monnaies étrangères, elles sont converties en monnaie du lieu où la décision d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens a été prononcée, selon le cours du change à la date de cette décision.

Article 77

La décision d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens arrête, à l'égard de la masse seulement, le cours des intérêts légaux et conventionnels, de tous intérêts et majorations de retard de toutes les créances, qu'elles soient ou non garanties par une sûreté. Toutefois, s'agissant d'intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un (01) an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un (01) an ou plus, le cours des intérêts se poursuit durant la procédure de redressement judiciaire.

Cette règle bénéficie également aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie.

Section 2 – Production et vérification des créances

Article 78

A partir de la décision d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens et jusqu'à l'expiration d'un délai de soixante (60) jours suivant la deuxième insertion dans un Journal d'annonces légales de l'État partie concerné tel que défini à l'article 1-3 ci-dessus, tous les créanciers composant la masse, à l'exception des créanciers d'aliments, doivent, sous peine de forclusion, produire leurs créances auprès du syndic.

Les créanciers domiciliés hors du territoire national où la procédure a été ouverte bénéficient d'un délai de quatre-vingt dix (90) jours pour produire leurs créances.

La même obligation est faite au créancier qui a introduit, avant la décision d'ouverture, une procédure en condamnation en vertu d'un titre ou, à défaut de titre, pour faire reconnaître son droit.

La production interrompt la prescription extinctive de la créance.

Article 79

Le délai de production des créances ne commence à courir à l'égard des créanciers bénéficiant d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publicité ou liés au débiteur par un contrat publié qu'à compter de la notification de l'avertissement qui doit leur être personnellement donné par le

syndic d'avoir à produire leur créance par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite, adressé, s'il y a lieu, à domicile élu.

Les créanciers connus, notamment ceux inscrits au bilan ou figurant sur la liste prévue à l'article 63 ci-dessus, doivent être avertis sans délai par le syndic, s'ils n'ont pas produit leurs créances dans les quinze (15) jours de la première insertion de la décision d'ouverture dans un journal d'annonces légales de l'État partie concerné. Cet avertissement prend la forme d'une lettre au porteur contre récépissé ou d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou de tout moyen laissant trace écrite.

Le même avertissement est adressé, dans les plus brefs délais, et dans tous les cas, au contrôleur représentant du personnel, s'il en a été nommé un.

Article 80

Les créanciers remettent au syndic, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite, une déclaration indiquant le montant de la créance due au jour de la décision d'ouverture, les sommes à échoir et les 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. Cette production peut être faite par le créancier ou par tout préposé ou mandataire de son choix.

Le syndic donne aux créanciers récépissé de leur dossier.

Article 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-dessous.

Article 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.

S'agissant de titres cambiaires, cette restitution peut être faite dès la vérification terminée si le créancier entend exercer les recours cambiaires contre les signataires autres que le débiteur.

Article 83

Les créanciers qui n'ont pas produit dans les délais et aux conditions prévus aux articles 78 à 80 ci-dessus et qui n'ont pas été relevés de forclusion ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes. Leurs créances sont inopposables à la masse et au débiteur pendant la

procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, y compris durant la période d'exécution du concordat de redressement judiciaire.

Les créanciers défailants ne peuvent être relevés de forclusion que par décision motivée du juge-commissaire, tant que l'état des créances n'a pas été arrêté et déposé dans les conditions prévues à l'article 86 ci-dessous et uniquement s'ils démontrent que leur défaillance n'est pas de leur fait.

La demande en relevé de forclusion doit être formée par voie de requête adressée au juge-commissaire.

Si le juge-commissaire relève de la forclusion les créanciers défailants, 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.

Les créanciers défailants relevés de la forclusion ne peuvent concourir que pour les répartitions et les dividendes postérieurs à la décision de relevé de forclusion.

Article 84

La vérification des créances est obligatoire quelle que soit l'importance de l'actif et du passif du débiteur, sous réserve des dispositions des articles 146-1 et 173 ci-dessous.

Elle a lieu dans les quatre (04) mois suivant la deuxième insertion de la décision d'ouverture de la procédure dans un journal d'annonces légales de l'État partie concerné.

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 lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite.

Article 85

Si la créance ou la sûreté 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 concerné par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis 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 dispose d'un délai de trente (30) 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 porté à soixante (60) 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.

Article 86

A l'expiration du délai prévu à l'article 78 ci-dessus en l'absence de discussion ou de contestation, ou de celui prévu à l'article 85, alinéa 2, s'il y a eu discussion ou contestation, le syndic dresse, sans délai, 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 en précisant 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 en précisant 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 partie une créance ou se déclarer incompétent qu'après avoir entendu ou dûment appelé le créancier, le débiteur et le syndic par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite.

Article 87

Le greffier avertit sans délai les créanciers du dépôt de l'état des créances par une insertion dans un ou plusieurs journaux d'annonces légales de l'État partie concerné.

En outre, il adresse aux créanciers un extrait de l'état des créances.

Il adresse également aux créanciers un avis les informant du rejet, en tout ou partie, de leur créance, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite. Cet avis doit leur parvenir quinze (15) jours au moins avant l'expiration du délai prévu par l'article 88 ci-dessous pour former une réclamation. Il doit contenir la reproduction intégrale de l'article 88 ci-dessous.

Article 88

Tout créancier porté au bilan ou dont la sûreté est régulièrement publiée ou dont la créance a été produite est recevable, pendant quinze (15) jours à dater de l'insertion dans un journal d'annonces légales de l'État partie concerné ou de la réception de l'avis prévu par l'article 87 ci-dessus, à formuler des réclamations. La réclamation intervient par voie d'opposition, formée directement auprès du greffe ou par signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire, adressée au greffe, contre la décision du juge-commissaire. Cette réclamation est toutefois irrecevable si elle émane d'un créancier dont la créance ou la sûreté a été discutée ou contestée et qui n'a pas fourni d'explications au juge-commissaire dans le délai de l'article 85, alinéa 2, ci-dessus.

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.

Article 89

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 utile, 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 au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite, huit (08) jours au moins avant l'audience.

Si la juridiction compétente ne peut statuer, au fond, sur les réclamations avant l'homologation du concordat de redressement judiciaire ou la clôture de la liquidation des biens, le créancier est admis à titre provisoire.

Dans les trois (03) jours à compter de la décision de la juridiction compétente, le greffier avise les intéressés, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite. En outre, il mentionne la décision sur l'état des créances.

La décision de la juridiction compétente en matière de contestation de créances peut faire l'objet d'un appel à la requête du créancier ou du débiteur dans les quinze (15) jours de son prononcé.

Article 90

Si la juridiction compétente en matière de procédures collectives constate que la réclamation du créancier 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 l'avant-dernier alinéa de l'article 89 ci-dessus.

Faute d'avoir saisi la juridiction compétente dans le délai d'un (01) mois à compter de la réception de l'avis du greffe prévu par l'avant-dernier alinéa de l'article 89 ci-dessus, le créancier est forclos 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 soumis aux tentatives de conciliation prévues par la loi de chaque État partie.

Section 3 – Cautions et coobligés

Article 91

Le créancier porteur d'engagements souscrits, endossés ou garantis solidairement par deux

(2) 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'a reçu aucun paiement partiel avant la décision d'ouverture de la procédure collective de son ou de ses coobligés.

Article 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 décision d'ouverture, 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.

Article 93

Nonobstant le concordat, les créanciers conservent leur action pour la totalité de leur créance contre les coobligés de leur débiteur, sauf ceux qui bénéficient de la suspension.

Article 94

Si le créancier a reçu paiement d'un dividende dans la masse de l'un (01) 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 – Super privilège des salariés

Article 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 super privilège des salaires.

Article 96

Au plus tard, dans les dix (10) 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, nonobstant les dispositions des articles 166 et 167 ci-dessous.

Le syndic ou toute autre personne ou un organisme prenant en charge tout ou partie des salaires en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, si un tel organisme existe dans l'État partie concerné, qui a fait une avance permettant de payer les créances résultant du contrat de travail ou du contrat d'apprentissage, est 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.

Section 5 – Droit de résiliation et privilège du bailleur d'immeuble

Article 97

Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution 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, ne peut résulter du seul fait de l'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens.

Les articles 108 alinéa 2 et 109 ci-dessous ne sont pas applicables au 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.

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 signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire. La résiliation prend effet à l'expiration du délai de préavis notifié dans cet acte, qui ne saurait être inférieur à trente (30) 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 un délai de trente (30) jours suivant la deuxième insertion au journal d'annonces légales de l'État partie concerné.

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 (15) jours à compter 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.

Article 98

Le bailleur a privilège pour les douze (12) derniers mois de loyers échus avant la décision d'ouverture de la procédure collective ainsi que pour les douze (12) mois échus ou à échoir postérieurement à cette décision.

Si le bail est résilié, le bailleur bénéficie également d'un privilège pour les dommages-intérêts et l'indemnité d'occupation, qui peuvent lui être alloués ; il peut en 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 ou indemnités alloués postérieurement à la décision d'ouverture.

Si le bail n'est pas résilié, le bailleur ne peut pas exiger le paiement des loyers à échoir. Il n'est créancier de la masse pour les loyers échus après l'ouverture de la procédure qu'au fur et à mesure de leurs échéances, si les sûretés dont il bénéficiait avant la décision d'ouverture sont maintenues et conservent la même assiette ou si celles qui lui ont été accordées depuis la décision d'ouverture sont jugées suffisantes.

Le juge-commissaire peut, en outre, autoriser le syndic à vendre des meubles garnissant les lieux loués s'ils sont soumis à déperissement prochain ou à dépréciation imminente ou s'ils sont dispendieux à conserver. Il en va de même pour les meubles dont la réalisation ne met en cause ni l'existence du fonds ni le maintien de garanties suffisantes pour le bailleur.

A défaut d'une telle autorisation, 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

Article 99

La consistance des biens personnels du conjoint du débiteur déclaré en redressement judiciaire ou de liquidation des biens est établie par lui, conformément aux règles de son régime matrimonial.

La masse peut, en prouvant par tous moyens que les biens acquis par le conjoint du débiteur l'ont été, en tout ou partie, avec des valeurs fournies par celui-ci, demander que les acquisitions ainsi faites soient réunies à l'actif, à proportion de la contribution du débiteur, le cas échéant, en valeur.

Les reprises faites en application de ces règles ne sont exercées par le conjoint intéressé qu'à charge des dettes et sûretés dont les biens sont grevés.

Article 100

Le conjoint du débiteur qui à l'époque de la célébration du mariage, dans l'année de cette célébration ou dans l'année suivante, exerçait une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole, 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.

Article 100-1

Le conjoint du débiteur en redressement judiciaire ou en liquidation des biens est entendu ou dûment convoqué par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite, avant toute décision autorisant la vente des biens de la communauté.

Article 101

Nonobstant les dispositions du présent Acte uniforme, la revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de quatre-vingt-dix (90) jours suivant la deuxième insertion de la décision d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens dans un journal d'annonces légales de l'État partie concerné.

Article 101-1

La demande en revendication d'un bien visé à la présente section est adressée au syndic dans le délai prévu à l'article 101 ci-dessus par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite.

Le syndic peut acquiescer à la demande en revendication.

A défaut de réponse du syndic dans un délai de trente (30) jours à compter de la réception de la demande ou en cas de refus, le juge-commissaire peut être saisi à la diligence du revendiquant dans un délai de trente (30) jours à compter de l'expiration du premier délai ou

de ce refus afin qu'il soit statué, au vu des observations du revendiquant, du débiteur et du syndic, sur les droits de ce revendiquant et sur le sort du contrat.

Le juge-commissaire statue alors par voie d'ordonnance dans un délai de huit (08) jours à compter de sa saisine et son ordonnance est déposée sans délai au greffe qui la communique au syndic et la notifie aux parties. Sur sa demande, la décision est communiquée sans délai au ministère public.

Article 101-2

Dans les huit (08) jours de sa notification ou de sa communication, l'ordonnance rendue par le juge-commissaire en application de l'article 101-1 ci-dessus peut faire l'objet d'un recours devant la juridiction compétente dans les conditions prévues par l'article 40 ci-dessus.

Le ministère public peut également saisir la juridiction compétente, par une requête motivée, dans les huit (08) jours de la communication qui lui est faite de l'ordonnance.

Si le juge-commissaire n'a pas statué à l'expiration du délai visé au 4^e alinéa de l'article 101-1 ci-dessus, la juridiction compétente peut être saisie dans les mêmes conditions, à la demande d'une partie ou du ministère public.

L'examen du recours ou de la demande est fixé à la première audience utile de la juridiction, les intéressés et le syndic étant avisés.

Article 101-3

Le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité.

Il peut réclamer la restitution de son bien par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite adressé au syndic qui peut acquiescer à cette demande.

A défaut d'accord dans le délai de trente (30) jours à compter de la réception de la demande ou en cas de contestation, le juge-commissaire peut être saisi à la diligence du propriétaire afin qu'il soit statué sur ses droits. Même en l'absence de demande préalable en restitution, le juge-commissaire peut également être saisi à cette même fin par le syndic.

Article 102

Peuvent être revendiqués, s'ils se trouvent encore dans le portefeuille du débiteur, les effets de commerce remis à l'encaissement ou autres titres non payés remis par leur propriétaire pour être spécialement affectés à des paiements déterminés.

Article 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, notamment tout bien objet d'un contrat de crédit-bail.

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 entre le débiteur et le sous-acquéreur au jour de la décision d'ouverture.

Peuvent être également revendiqués les marchandises et les objets mobiliers faisant l'objet d'une réserve de propriété selon les conditions et avec les effets prévus par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

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 après autorisation du juge-commissaire.

Article 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.

Article 105

Peuvent être revendiqués les marchandises et objets mobiliers expédiés au débiteur tant que la tradition n'a pas 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.

Article 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 après autorisation du juge-commissaire.

Article 107

Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle ou indivisibilité, aucune résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens.

Les articles 107 à 109 ne s'appliquent pas aux contrats de travail.

Article 108

Le syndic a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours.

Il peut être mis en demeure, par le cocontractant par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite, de prendre parti sur la poursuite des contrats en cours. Cette mise en demeure fait courir un délai de trente (30) jours à compter de la réception par le syndic.

Lorsque le syndic exige la poursuite d'un contrat en cours, il doit fournir la prestation promise au cocontractant et ce dernier doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs à la décision d'ouverture de la procédure collective. Sous cette réserve, le contrat est exécuté aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure collective nonobstant toute clause contraire.

Article 109

Le juge-commissaire constate la résiliation de plein droit du contrat, à la demande du cocontractant :

- si le syndic ne répond pas à la mise en demeure prévue à l'article 108 ci-dessus dans le délai imparti, étant précisé que la fourniture de la prestation promise au cocontractant avant expiration de ce délai vaut décision de poursuivre le contrat ;
- si le syndic, après avoir exigé la poursuite du contrat, ne fournit pas la prestation promise au cocontractant ou en cas de défaut de paiement d'une échéance s'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiement échelonnés dans le temps.

Le juge-commissaire peut prononcer la résiliation du contrat à la demande du syndic :

- à la condition qu'elle ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant, lorsque le syndic prend la décision de ne pas poursuivre le contrat, en l'absence de toute mise en demeure ou lorsque, après avoir exigé l'exécution d'un contrat en cours, il lui apparaît que ce contrat n'est pas ou plus utile à la poursuite de l'activité ou à la sauvegarde de l'entreprise débitrice ;
- si, après avoir exigé l'exécution d'un contrat en cours dans lequel la prestation du débiteur porte sur le paiement d'une somme d'argent, il apparaît au syndic qu'il ne pourra pas fournir la prestation promise ou, s'il s'agit d'un contrat à exécution successive ou paiement échelonnés dans le temps, il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant.

La résiliation peut donner lieu à des dommages-intérêts dont le montant est produit au passif de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. Le cocontractant dispose d'un délai de trente (30) jours à compter de la réalisation pour procéder à leur production. Ces dommages-intérêts peuvent se compenser avec les créances résultant de l'inexécution du contrat, antérieures à la décision d'ouverture de la procédure collective.

Article 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 débitrice, 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 et le contrôleur représentant 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 et le contrôleur représentant du personnel doivent répondre par écrit, dans un délai de huit (08) jours à compter de la réception de cette demande.

Le syndic doit communiquer à l'inspection du travail ses lettres de consultation des délégués du personnel et du contrôleur représentant du personnel, ainsi que leur réponse écrite, ou préciser que ceux-ci n'ont pas répondu dans le délai de huit (08) jours prévu à l'alinéa précédent.

Article 111

L'ordre des licenciements établi par le syndic, l'avis des délégués du personnel et celui du contrôleur représentant du personnel, s'ils ont été donnés, 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 débitrice par décision signifiée aux travailleurs dont le licenciement est autorisé et au contrôleur représentant du personnel s'il en est nommé.

La décision autorisant ou refusant les licenciements est susceptible d'opposition dans les quinze (15) jours de son prononcé devant la juridiction ayant ouvert la procédure, laquelle doit rendre sa décision sous quinzaine.

Article 112

En redressement judiciaire, l'activité est continuée avec l'assistance du syndic.

Dans le rapport prévu à l'article 43, alinéa 5 ci-dessus, le syndic communique en outre les résultats de l'exploitation au juge-commissaire ; le syndic remet une copie de ce rapport au ministère public.

La juridiction compétente, saisie par le syndic, un créancier contrôleur, ou par le ministère public, peut, à tout moment et après rapport du juge-commissaire, faire application de l'article 33, alinéa 5, ci-dessus. Elle peut au besoin entendre les créanciers et les contrôleurs qui en feraient la demande par une déclaration motivée déposée au greffe. Si celle-ci l'estime nécessaire, elle fait convoquer, par les soins du greffier, ces créanciers et contrôleurs, au plus tard dans les huit (08) jours par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite. Elle procède à leur audition et il est dressé procès-verbal de leurs déclarations.

La juridiction compétente doit statuer, au plus tard, dans les huit (08) jours de l'audition du syndic, des créanciers et des contrôleurs.

Article 113

La liquidation des biens met fin à l'activité de l'entreprise débitrice.

A titre exceptionnel, si l'intérêt public ou celui des créanciers l'exige, la juridiction compétente peut autoriser, dans la décision prononçant la liquidation des biens, une poursuite provisoire de l'activité pour une durée maximale de soixante (60) jours. Elle peut renouveler

une (01) fois cette période, pour la même durée, à la demande du syndic et après avis du ministère public.

En cas de poursuite provisoire de l'activité, il est fait application de l'article 112, alinéa 2, ci-dessus mais le syndic doit alors remettre son rapport chaque mois au juge-commissaire et au ministère public.

Article 114

En redressement judiciaire, le débiteur ou les dirigeants de la personne morale participent à la continuation de l'exploitation, sauf décision contraire de la juridiction compétente qui statue à la requête du syndic, par une décision spécialement motivée et après avis du ministère public. S'ils participent à la continuation de l'exploitation, le juge-commissaire fixe les conditions dans lesquelles ils sont 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.

Article 115

En redressement judiciaire, la juridiction compétente, à la demande 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 sont pas applicables.

La durée du contrat de location-gérance ne peut excéder deux (02) ans ; elle est renouvelable une (01) seule fois pour la même durée au maximum.

La décision statuant sur l'autorisation de la location-gérance fait l'objet des mêmes communications et publicités que celles prévues aux articles 36 et 37 ci-dessus.

Article 116

Le syndic veille au respect des engagements du locataire-gérant. Il peut se faire communiquer, par ce dernier, 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 (03) mois, en précisant le montant des sommes reçues et déposées au compte de la procédure de redressement judiciaire, 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 ministère public, soit à

la demande d'un contrôleur, et sur rapport du juge-commissaire lorsque, par son fait, le preneur diminue les garanties qu'il avait données ou compromet la valeur du fonds ou ne respecte pas ses engagements.

Article 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 de la masse, sauf celles nées de l'exploitation du locataire-gérant qui restent exclusivement à sa charge sans solidarité avec le propriétaire du fonds.

Article 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.

Article 119

Le débiteur propose un projet de concordat de redressement judiciaire dans les conditions prévues par les articles 26, 11°) et 27 ci-dessus.

Dès le dépôt du projet de concordat de redressement judiciaire par le débiteur, le greffier le communique au syndic qui recueille l'avis des contrôleurs s'il en a été nommé. Le greffier avise les créanciers de ce projet par insertion dans un journal d'annonces légales de l'Etat Partie concerné, 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 ci-dessus, 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 projet de concordat et pour établir le bilan économique et social visé à l'article 119-1 ci-dessus. Dans ce cadre, il transmet au juge-commissaire, avant la convocation de l'assemblée concordataire, un rapport indiquant, pour chaque créancier : s'il a été effectivement contacté et à quelle date ; s'il apprécie positivement le projet de concordat et est favorable à son adoption ; s'il y est défavorable, la raison qu'il invoque.

Article 119-1

Avec le concours du débiteur, le syndic établit un bilan économique et social qui précise l'origine, l'importance, et la nature des difficultés de l'entreprise débitrice. A cette fin, il reçoit du juge-commissaire tous renseignements et documents utiles et peut entendre toute personne susceptible de lui apporter toutes informations utiles.

Lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut réglementé, le syndic consulte l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont, le cas échéant, relève le débiteur.

Article 119-2

Lorsque le projet de concordat de redressement judiciaire prévoit une modification de capital social, le syndic demande au conseil d'administration de la personne morale débitrice, au président de la société par actions simplifiées ou aux gérants, selon le cas, de convoquer l'assemblée générale extraordinaire ou l'assemblée des associés. Si cette convocation n'est pas intervenue dans le délai de quinze (15) jours suivant la demande du syndic, celui-ci y procède lui-même.

Les engagements pris par les actionnaires ou associés ou par de nouveaux souscripteurs sont subordonnés dans leur exécution à l'homologation du concordat de redressement judiciaire par la juridiction compétente.

Les actionnaires ou associés apporteurs dans le cadre de l'augmentation du capital social prévue par le projet de concordat de redressement judiciaire peuvent bénéficier de la compensation à concurrence du montant de leurs créances admises et dans la limite de la réduction dont elles sont l'objet dans ledit projet.

Les clauses d'agrément sont réputées non écrites.

Article 119-3

Le projet de concordat de redressement judiciaire peut comporter des propositions de conversions de créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital social de l'entreprise débitrice. Ces conversions ne peuvent en aucun cas être imposées aux créanciers. Le syndic recueille par écrit l'accord individuel de chaque créancier dont la créance est admise et qui accepte une telle conversion.

Article 120

Les créanciers munis de sûretés réelles spéciales ainsi que ceux munis de privilèges généraux, même si leur sûreté, quelle qu'elle soit, est contestée, déposent au greffe ou adressent au greffe, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite, leurs réponses à l'avertissement prévu à l'article 119 ci-dessus.

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.

Article 121

Les créanciers dont la créance est garantie par une sûreté réelle spéciale ou un privilège général conservent le bénéfice de leur sûreté, qu'ils aient ou non souscrit à la déclaration prévue à l'article 120 ci-dessus et quelle que soit la teneur de cette déclaration, sauf disposition contraire du présent Acte uniforme ou renonciation expresse de leur part à leur sûreté.

Les créanciers munis de privilèges généraux prennent part au vote dans les mêmes conditions que les créanciers chirographaires mais sans perdre le bénéfice de leurs privilèges.

Article 122

Dans les quinze (15) 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 d'annonces légales de l'Etat Partie concerné et par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite adressés 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-dessous, 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 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.

Article 123

Aux lieu, jour et heure fixés par la juridiction compétente, l'assemblée concordataire se réunit, le juge-commissaire et le 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 spéciale régulière.

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 au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite adressé par le greffier, doivent s'y présenter en personne ; ils ne peuvent s'y faire représenter que pour des motifs reconnus légitimes par la juridiction compétente.

Article 124

Le syndic fait à l'assemblée un rapport sur le projet de concordat de redressement judiciaire et le bilan économique et social, les formalités qui ont été remplies, les opérations qui ont eu lieu ainsi que sur les résultats obtenus depuis la décision d'ouverture.

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.

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 ministère public est entendu en ses conclusions orales ou écrites.

Article 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 participant pas au vote de l'assemblée concordataire.

Le projet de concordat de redressement judiciaire définitif est voté par la majorité en nombre des créanciers admis définitivement ou provisoirement représentant la moitié, au moins, du montant total des créances.

Si une (01) seule de ces deux (02) 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.

Article 126

La juridiction compétente dresse le procès-verbal de ce qui a été dit et décidé au cours de l'assemblée concordataire ; la signature, par le créancier ou son représentant, des bulletins de vote joints au procès-verbal, vaut signature dudit procès-verbal.

La décision de la juridiction compétente constatant la réunion des conditions prévues aux articles 125 ci-dessus et 127 ci-dessous vaut homologation du concordat de redressement judiciaire.

Dans le cas contraire, la décision constate le rejet du concordat et convertit le redressement judiciaire en liquidation des biens, sans préjudice de l'application des articles 33 et 119 ci-dessus.

Article 127

La juridiction compétente n'accorde l'homologation du concordat de redressement judiciaire que si :

- 1°) les conditions de validité du concordat sont réunies ;
- 2°) aucun motif, tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public, ne paraît de nature à empêcher le concordat ;

3°) en cas de redressement judiciaire d'une personne morale, la direction de celle-ci n'est plus assurée par les dirigeants dont le remplacement a été proposé dans les offres concordataires ou par le syndic ou contre lesquels a été prononcée la faillite personnelle ;

4°) le concordat offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise débitrice, de règlement de son passif et des garanties suffisantes d'exécution ;

5°) les conditions prévues par l'article 33-1 ci-dessus sont remplies, si des personnes bénéficient du privilège prévu par ce texte, et que les montants garantis sont expressément mentionnés.

Sauf disposition contraire, l'homologation du concordat de redressement judiciaire ne peut valider les avantages particuliers tels que définis et réprimés par les articles 244 et 245 ci-dessous. Ne sont pas considérés comme avantages particuliers les délais et remises particuliers consentis par les créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales ou de privilèges généraux 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-dessous.

Article 127-1

Lorsque la survie de l'entreprise débitrice le requiert, la juridiction compétente, sur la demande du syndic ou d'office, peut subordonner l'adoption du concordat de redressement judiciaire au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants au regard du numéro 3°) de l'alinéa 1 de l'article 127 ci-dessus.

A cette fin, la juridiction compétente peut, sur la demande du syndic, prononcer l'incessibilité des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital, détenus par un (01) ou plusieurs dirigeants, de droit ou de fait, rémunérés ou non, et décider que le droit de vote y attaché sera exercé par le syndic ou par un mandataire ad hoc désigné par la juridiction compétente pour une durée qu'elle fixe. Il peut encore ordonner la cession de ces parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital, le prix de cession étant fixé à dire d'expert.

Pour l'application du présent article, les dirigeants et les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, les représentants du personnel ainsi que les créanciers contrôleurs et le contrôleur représentant du personnel sont entendus ou dûment appelés.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables lorsque le débiteur exerce une activité professionnelle libérale soumise à un statut réglementé.

Article 128

La juridiction compétente peut désigner ou maintenir en fonction les contrôleurs pour surveiller l'exécution du concordat de redressement judiciaire 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 commis à l'effet de surveiller l'exécution du concordat de redressement judiciaire est régie par les articles 4-19, et 4-20 ci-dessus.

Article 129

La décision d'homologation du concordat de redressement judiciaire fait l'objet des communications et publicités prévues aux articles 36 et 37 ci-dessus. L'extrait inséré dans un

journal d'annonces légales de l'Etat Partie concerné mentionne le nom et l'adresse des contrôleurs du concordat ou du syndic désigné comme tel. Elle ne peut faire l'objet que d'un appel formé par le syndic, un représentant mandaté par la majorité du personnel, un créancier contrôleur ou par le ministère public dans les quinze (15) jours à compter de sa publication.

La décision de rejet du concordat de redressement judiciaire fait l'objet des communications et publicités prévues par les articles 36 et 37 ci-dessus. Elle ne peut faire l'objet que d'un appel formé dans les quinze (15) jours de son prononcé, par le débiteur ou le ministère public.

La décision de la juridiction d'appel fait l'objet des communications et publicités prévues au présent article.

Article 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.

Article 131

Lorsque le concordat de redressement judiciaire comporte des offres de cession totale ou partielle d'actif, le délai prévu à l'article 122 alinéa 1er ci-dessus pour la convocation de l'assemblée concordataire est porté à un (01) mois.

La cession totale ou partielle d'actif peut concerner tout ou partie des 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 totale ou partielle d'actif ou d'entreprise ou d'établissement est envisagée dans le concordat de redressement judiciaire, le syndic doit établir un état descriptif des biens meubles et immeubles dont la cession est envisagée, la liste des emplois qui y sont 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.

Article 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 la plus avantageuse.

La juridiction compétente ne peut homologuer la cession totale ou 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 (02) ans et sont garantis par le cautionnement solidaire d'un établissement bancaire.

Le débiteur, assisté du syndic, accomplit toutes les formalités de la 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 est réalisée ultérieurement dans les conditions prévues aux articles 160 et suivants ci-dessous.

Article 133

Le prix de la cession totale ou 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 aux articles 166 et 167 ci-dessous.

En cas de non-paiement intégral du prix, le débiteur peut demander au juge-commissaire de prononcer la résolution de la cession ou la mise en œuvre de la garantie prévue à l'article 132, alinéa 2, ci-dessus.

Article 134

L'homologation du concordat de redressement judiciaire rend celui-ci obligatoire à l'égard de 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 (02) 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 délais excédant deux (02) 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, sans préjudice de leur droit d'agir contre un tiers afin de préserver leurs droits.

Le concordat de redressement judiciaire accordé au débiteur principal ou à un coobligé ne profite pas aux autres coobligés ou aux personnes ayant consenti un cautionnement ou affecté ou cédé un bien en garantie.

Article 135

A moins qu'il en ait été décidé autrement par le concordat de redressement judiciaire, 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.

Article 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.

Article 137

Le syndic rend compte de sa mission d'assistance au juge-commissaire. A cet effet, il établit un rapport écrit sur l'accomplissement de sa mission qu'il remet au juge-commissaire.

Le juge-commissaire vise le rapport ; 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 dans un délai maximum de trente (30) jours à compter de sa saisine.

Article 138

Lorsqu'il a été désigné un ou plusieurs contrôleurs de l'exécution du concordat de redressement judiciaire, conformément à l'article 128 ci-dessus, ceux-ci doivent, sans délai, faire rapport de tout retard ou autre manquement à l'exécution du concordat au président de la juridiction compétente qui peut ordonner enquête par le syndic qui est 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, désignée en application de l'article 4-22 ci-dessus, 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.

Article 138-1

A tout moment de l'exécution du concordat de redressement judiciaire, le débiteur, le juge-commissaire sur rapport du syndic ou les créanciers représentant plus de la moitié de la valeur des créances totales peuvent demander au président de la juridiction compétente la modification du concordat en vue d'en favoriser l'exécution.

Le président entend le syndic qui présente son rapport, le débiteur et les créanciers avant de rendre sa décision. Celle-ci ne peut faire l'objet que d'un appel formé devant la juridiction compétente de l'État partie concerné dans le délai de quinze (15) jours suivant le prononcé.

La décision de modification du concordat de redressement judiciaire vaut homologation. Elle fait l'objet des publications prévues aux articles 36 et 37 ci-dessus.

Article 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, après avis du ministère public et des contrôleurs, si ces manquements sont suffisamment graves pour compromettre définitivement l'exécution du concordat et, dans le cas contraire, elle peut accorder des délais de paiement qui ne sauraient excéder de plus de six (06) 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 professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole 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 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 (03) 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.

Article 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 judiciaire.

Cette annulation libère de plein droit du concordat les personnes ayant consenti un cautionnement ou affecté ou cédé un bien en garantie, sauf si celles-ci avaient connaissance du dol lors de leurs engagements.

L'action en nullité n'appartient qu'au ministère public et aux contrôleurs qui apprécient l'opportunité de l'exercer ou non. Elle ne peut être exercée que dans le délai d'un (01) 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.

La décision d'annulation du concordat est susceptible d'appel du débiteur, du ministère public ou des contrôleurs dans un délai de quinze (15) jours à compter de son prononcé.

Article 141

En cas de résolution ou d'annulation du concordat préventif, la juridiction compétente prononce le redressement judiciaire ou la liquidation des biens si elle constate la cessation des paiements du débiteur.

En cas de résolution ou d'annulation du concordat de redressement judiciaire, 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 délai, 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 documents ; 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 dans un journal d'annonces légales 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 délai, 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.

Article 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 rencontre 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.

Article 143

Les actes accomplis 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.

Article 144

Les dispositions des articles 141, 142 et 143 ci-dessus sont applicables au second redressement judiciaire ou liquidation des biens prononcé après annulation ou résolution du concordat.

Article 144-1

Sans préjudice des articles 139 2°) et 141 ci-dessus, la juridiction compétente convertit le redressement judiciaire en liquidation des biens si une personne physique se trouve dans l'incapacité de continuer son activité en raison des déchéances dont elle est frappée.

La décision convertissant le redressement judiciaire en liquidation des biens en application de l'article 141 ci-dessus, est soumise aux règles de publicité prévues par les articles 36 à 38 ci-dessus.

Article 145

La procédure de redressement judiciaire simplifié est soumise aux règles applicables au redressement judiciaire, sous réserve des dispositions de la présente sous-section.

Article 145-1

Tout débiteur répondant à la définition de la petite entreprise visée à l'article 1-3 ci-dessus, peut demander l'application de la procédure de redressement judiciaire simplifié régie par la présente sous-section.

Article 145-2

Le débiteur souhaitant bénéficier du redressement judiciaire simplifié doit soumettre la déclaration prévue aux articles 25 et 26 ci-dessus, en tenant compte notamment des dérogations accordées aux petites entreprises.

Il produit en même temps une déclaration sur l'honneur attestant qu'il remplit les conditions du redressement judiciaire simplifié.

Article 145-3

En même temps que la déclaration visée par les articles 25 à 26 ci-dessus ou, au plus tard, dans les quarante-cinq (45) jours qui suivent celle-ci, le débiteur, avec le concours du syndic, doit déposer un projet de concordat de redressement judiciaire.

Article 145-4

Le projet de concordat de redressement judiciaire peut se limiter à des délais de paiement, des remises de dettes ainsi qu'aux garanties éventuelles que le chef d'entreprise doit souscrire pour en assurer l'exécution.

Il n'est pas dressé de bilan économique et social dans le redressement judiciaire simplifié.

Article 145-5

La juridiction compétente fait application du redressement judiciaire simplifié dès la décision d'ouverture. Toutefois, elle peut être saisie ultérieurement par le débiteur dans un délai de trente (30) jours à compter de la décision d'ouverture s'il établit que les conditions d'application de cette procédure sont remplies. Elle statue alors après avoir entendu le syndic.

Article 145-6

La décision de la juridiction compétente de faire application du redressement judiciaire simplifié n'est susceptible d'aucun recours.

Article 145-7

A tout moment et jusqu'à la décision homologuant le concordat de redressement judiciaire, la juridiction compétente peut décider de ne plus faire application de la procédure simplifiée par une décision spécialement motivée, à la demande du débiteur, du syndic, du ministère public ou d'office. Elle statue après avoir entendu le débiteur, le syndic et les contrôleurs.

Article 145-8

Au moins quinze (15) jours avant que la juridiction compétente statue sur l'homologation du projet de concordat, le syndic communique ledit projet aux créanciers, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite.

Si le projet de concordat prévoit des remises de dettes, l'accord de chaque créancier concerné est nécessaire. Il en va de même s'il prévoit des délais de paiement d'une durée supérieure à deux (02) ans.

Le défaut de réponse dans le délai de quinze (15) jours à compter de la réception de la lettre du syndic vaut refus.

Article 145-9

Au vu des réponses des créanciers, le syndic finalise avec le concours du débiteur, le projet de concordat définitif qui comporte notamment :

- les remises de dettes acceptées par les créanciers ;
- les délais de paiement acceptés par les créanciers ;
- des délais de paiement qui ne peuvent excéder deux (02) ans pour les créanciers qui ont refusé d'accorder tout délai de paiement.

La juridiction compétente peut ensuite se prononcer sur l'homologation du concordat définitif, conformément aux dispositions des articles 126 et 127 ci-dessus sans que les créanciers soient appelés à voter.

Article 146

Dès la liquidation des biens 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 un délai de trente (30) jours à compter 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 grevant un bien du débiteur 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.

Lorsque la liquidation des biens est prononcée sur conversion d'une procédure de redressement judiciaire, le syndic procède aux opérations de liquidation en même temps qu'il achève, le cas échéant, la vérification des créances et qu'il établit l'ordre des créanciers. Il poursuit les actions introduites avant la décision d'ouverture de la procédure de liquidation des biens.

Article 146-1

Il n'est pas procédé à la vérification des créances chirographaires s'il apparaît que le produit de la réalisation de l'actif sera entièrement absorbé par les créances privilégiées au sens des articles 5-11, 11-1 ou 33-1 ci-dessus, ainsi que par les frais de justice et les créances super privilégiées, à moins que, s'agissant d'une personne morale, il y ait lieu de mettre à la charge des dirigeants sociaux de droit ou de fait tout ou partie du passif dans les conditions des articles 183 et suivants ci-dessous.

Article 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 ci-dessous 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 sans délai au compte spécialement ouvert dans les conditions prévues à l'article 45 ci-dessus. Le syndic justifie au juge-commissaire desdits versements.

Article 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 homologué par décision de la juridiction compétente.

Dans tous les cas, le greffier, trois (03) jours avant la décision du juge-commissaire, convoque le débiteur par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite précisant l'étendue du compromis ou de la transaction envisagée, ainsi que les conditions et les motifs juridiques et économiques d'un tel acte.

Article 149

Le syndic, autorisé par le juge-commissaire, peut, en remboursant la dette, retirer au profit de la masse, le gage, le nantissement ou le droit de rétention conventionnel constitué sur un bien du débiteur.

Si, dans le délai de trois (03) mois suivant la décision prononçant 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

Article 150

Les ventes d'immeubles ont lieu suivant les formes prescrites en matière de saisie immobilière, sauf dans le cas où ladite saisie est soumise à une clause d'exécution extrajudiciaire conformément à l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. 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 (03) 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 portées devant la juridiction compétente.

Article 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 que, à défaut d'enchères atteignant la mise à prix, la vente peut 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.

Article 152

La décision du juge-commissaire se substitue au commandement tendant à saisie réelle.

Elle est notifiée par signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire, 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.

Article 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

Article 154

Sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, la vente sur saisie immobilière est soumise aux dispositions relatives à la matière.

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 peuvent être notifiés les actes d'opposition au commandement et offres réelles et toutes significations relatives à la vente.

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 est poursuivie devant les juridictions dans le ressort desquelles ils se trouvent ou devant celle dans le ressort de laquelle est situé le domicile du débiteur ou le siège de l'entreprise.

Article 154-1

Lorsqu'une procédure de saisie immobilière ou une exécution extrajudiciaire engagée avant l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens a été suspendue par l'effet de cette dernière, le syndic peut être subrogé dans les droits du créancier saisissant pour les actes que celui-ci a effectués.

Ces actes sont réputés accomplis pour le compte du syndic qui procède à la vente des immeubles. La saisie immobilière ou l'exécution extrajudiciaire peut alors reprendre son cours au stade où la décision d'ouverture de la procédure collective l'avait suspendue.

Paragraphe 3 : Dispositions particulières à la vente d'immeubles par voie d'adjudication amiable

Article 155

Sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, la vente d'immeuble par voie d'adjudication amiable est soumise aux dispositions relatives à la matière.

La décision qui autorise la vente par voie d'adjudication amiable désigne le notaire chargé de procéder à l'adjudication.

Le notaire informe, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis 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 (02) mois au moins avant la date fixée pour l'adjudication et d'y faire inscrire leurs dires et observations un (01) 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 (01) mois, au moins, à l'avance.

Article 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 (15) jours, la mise à prix ainsi que les modalités de publicité.

Dans les dix (10) 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 sans délai le juge-commissaire de la déclaration.

Le surenchérisseur dénonce cette déclaration par signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire à la personne ou au domicile de l'adjudicataire dans les dix (10) 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.

Article 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'immeubles de gré à gré

Article 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 signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire 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 (30) jours à compter de la notification de la décision pour faire surenchère du dixième sur le prix, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par 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

Article 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 quatrième degré inclusivement.

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 (12) mois et doivent être garantis par le cautionnement solidaire d'un établissement bancaire ;

2°) la date de réalisation de la cession.

L'offre est déposée au greffe de la juridiction compétente où tout intéressé peut en prendre connaissance et communiquée au syndic, au juge-commissaire et au ministère public.

Article 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.

Les offres peuvent contenir ou ne pas contenir un engagement de maintenir tout ou partie des emplois. Il en est tenu compte dans le choix de l'offre qui paraît être la plus sérieuse.

Le syndic analyse la ou les offre(s) reçues et les soumet, ainsi que les avis du débiteur et des contrôleurs, au juge-commissaire.

Article 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

Article 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.

Article 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 dans les conditions de l'article 45 ci-dessus.

Article 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 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.

Article 166

Les deniers provenant de la réalisation des immeubles sont distribués dans l'ordre suivant :

- 1°) aux créanciers bénéficiant du privilège prévu par les articles 5-11,11-1 et 33-1 ci-dessus ;
- 2°) aux créanciers des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution du prix ;
- 3°) aux créanciers de salaires super privilégiés en proportion de la valeur de l'immeuble par rapport à l'ensemble de l'actif ;
- 4°) aux créanciers titulaires d'une hypothèque conventionnelle ou forcée et aux créanciers séparatistes inscrits dans le délai légal, chacun selon le rang de son inscription au livre foncier ;
- 5°) aux créanciers de la masse tels que définis par l'article 117 ci-dessus ;
- 6°) aux créanciers munis d'un privilège général selon l'ordre établi par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, à savoir, aux créanciers munis d'un privilège général soumis à publicité, chacun selon le rang de son inscription au Registre du commerce et du crédit

mobilier, et aux créanciers munis d'un privilège général non soumis à publicité selon l'ordre établi par l'article 180 de cet Acte uniforme ;

7°) aux créanciers chirographaires munis d'un titre exécutoire ;

8°) aux créanciers chirographaires non munis d'un titre exécutoire.

En cas d'insuffisance des deniers pour désintéresser totalement les créanciers de l'une des catégories désignées aux 1°, 2°, 3°, 5°, 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.

Article 167

Sans préjudice de l'exercice d'un éventuel droit de rétention ou d'un droit exclusif au paiement, les deniers provenant de la réalisation des meubles sont distribués dans l'ordre suivant :

1°) aux créanciers bénéficiant du privilège prévu par les articles 5-11, 11-1 et 33-1 ci-dessus ;

2°) aux créanciers des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution elle-même du prix ;

3°) aux créanciers de frais engagés pour la conservation du bien du débiteur dans l'intérêt du créancier dont les titres sont antérieurs en date ;

4°) aux créanciers de salaires super privilégiés en proportion de la valeur du meuble par rapport à l'ensemble de l'actif ;

5°) aux créanciers garantis par un privilège général soumis à publicité, un gage, ou un nantissement, chacun à la date de son opposabilité aux tiers ;

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 munis d'un titre exécutoire ;

10°) aux créanciers chirographaires non munis d'un titre exécutoire.

En cas d'insuffisance des deniers pour désintéresser totalement les créanciers de l'une des catégories désignées aux 1°, 2°, 3°, 4°, 7°, 8° et 9° du présent article venant à rang égal, ceux-ci concourent aux répartitions dans la proportion de leurs créances totales, au marc le franc.

Article 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.

Article 169

Sans préjudice des dispositions de l'article 43 alinéa 5 ci-dessus, le syndic dresse, chaque trimestre, un rapport sur l'état de la liquidation des biens. Ce rapport est déposé au greffe de la

juridiction compétente 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 et les créanciers contrôleurs des opérations de liquidation au fur et à mesure de leur réalisation.

Article 170

Lorsque les opérations de liquidation des biens sont terminées, et en tout cas à l'expiration du délai de l'article 33, alinéa 3, ci-dessus, même si les actifs n'ont pas été entièrement réalisés, le syndic, le débiteur présent ou dûment appelé par le greffier par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception 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 de leurs droits, uniquement sur les actifs qui n'ont pas pu être réalisés durant la liquidation des biens.

Article 171

Si leurs créances ont été vérifiées et admises, le président de la juridiction compétente prononçant la décision de clôture, sans préjudice de l'application de l'article 174 ci-dessous, 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 aux conditions de l'article 174 ci-dessous par le greffier.

La décision n'est susceptible d'aucune voie de recours.

Article 172

Le greffier adresse immédiatement un extrait de la décision de clôture au ministère public.

La décision de clôture est notifiée, publiée et vérifiée dans les conditions prévues aux articles 36 à 38 ci-dessus.

Article 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.

Article 174

Sous réserve de l'application du dernier alinéa de l'article 170, ci-dessus, la décision de clôture pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur, sauf si la créance résulte d'une condamnation pénale du débiteur ou de droits attachés à la personne du créancier. Le garant de la dette d'autrui ou le coobligé qui a

payé au lieu et place du débiteur recouvre l'exercice de ses droits de poursuite contre ce dernier.

Par exception, tous les créanciers admis ou non, recouvrent leurs droits de poursuite individuelle :

- en cas de prononcé de la faillite personnelle du débiteur ; en cas de condamnation du débiteur en banqueroute ;
- si la juridiction compétente constate une fraude du débiteur à l'égard d'un ou plusieurs créanciers ;
- si le débiteur ou la personne morale dont il a été le dirigeant a été soumis à une procédure de liquidation des biens clôturée pour insuffisance d'actif moins de cinq (05) ans avant l'ouverture de celle à laquelle il est soumis ;
- si la procédure est une liquidation des biens prononcée à l'encontre du dirigeant condamné en comblement de passif ;
- si la procédure collective a été ouverte par application de l'article 189 ci-dessous.

En cas de reprise des poursuites individuelles, il est fait application de l'article 171 pour les créanciers admis à la procédure collective. Pour les créanciers non admis ou n'ayant pas produit leurs créances, il est fait application du droit commun.

Article 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.

Article 176

Dans tous les cas où il a 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.

Article 177

Le syndic dépose ses comptes au greffe dans les trois (03) mois de la clôture pour insuffisance d'actif.

Le greffier avertit immédiatement le débiteur, contre décharge, qu'il dispose d'un délai de huit (08) jours pour formuler, s'il y a lieu, des contestations.

En cas de contestation, la juridiction compétente se prononce.

Article 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 de redressement judiciaire 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, d'un créancier contrôleur 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 au compte ouvert dans les conditions de l'article 45 ci-dessus ; la justification du dépôt vaut quittance.

Les créanciers qui ont le droit de le faire ne peuvent exiger plus de trois (03) années d'intérêts au taux légal échus à compter de la décision d'ouverture de la procédure collective.

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 décision est notifiée, publiée et vérifiée dans les conditions prévues aux articles 36 à 38 ci-dessus.

Article 178-1

Après règlement de l'intégralité du passif exigible, le syndic rend ses comptes dans les conditions prévues à l'article 177 ci-dessus.

Article 179

La procédure de liquidation des biens simplifiée est soumise aux règles de la liquidation des biens du présent Acte uniforme, sous réserve des dispositions de la présente section.

Article 179-1

Tout débiteur répondant à la définition de la petite entreprise visée à l'article 1-3 ci-dessus, à la condition de ne pas être propriétaire d'un actif immobilier, peut demander l'application de la procédure de liquidation des biens simplifiée régie par la présente section.

Article 179-2

Le débiteur souhaitant bénéficier de la liquidation des biens simplifiée doit soumettre la déclaration prévue à l'article 25 ci-dessus dans les conditions fixées par l'article 26 ci-dessus, en tenant compte notamment des dérogations accordées aux petites entreprises.

Conjointement à la déclaration prévue aux articles 25 à 26 ci-dessus, le débiteur qui remplit les conditions d'application de la liquidation des biens simplifiée produit une déclaration sur l'honneur l'attestant.

Article 179-3

Après l'ouverture d'une liquidation des biens, le syndic peut, dans les trente (30) jours de sa désignation, rédiger et déposer un rapport auprès de la juridiction compétente.

La juridiction compétente peut, d'office, sur la base du rapport, faire application de la procédure de liquidation des biens simplifiée après avoir entendu ou dûment appelé le débiteur.

Article 179-4

La juridiction compétente qui envisage de prononcer une liquidation des biens simplifiée doit constater dans sa décision :

- la qualité de « petite entreprise » du débiteur conformément à la définition de l'article 1-3 ci-dessus ;
- et l'absence d'actif immobilier.

La juridiction compétente conserve toutefois la faculté de ne pas appliquer la procédure de liquidation des biens simplifiée, même si les conditions d'application sont réunies.

Article 179-5

La décision de la juridiction compétente de faire application de la liquidation des biens simplifiée n'est pas susceptible de recours.

Article 179-6

Par dérogation aux dispositions de l'article 147 ci-dessus dans la décision faisant application de la liquidation des biens simplifiée, la juridiction compétente détermine les biens du débiteur pouvant faire l'objet d'une vente de gré à gré. Le syndic y procède dans les quatre-vingt (90) jours suivant la publication de cette décision. A l'issue de cette période, il est procédé à la vente aux enchères des biens subsistants.

Les biens non déterminés comme pouvant faire l'objet d'une vente de gré à gré dans la décision d'application de la liquidation des biens simplifiée sont vendus aux enchères sans délai.

Article 179-7

Par dérogation aux dispositions de l'article 146 ci-dessus, il est procédé à la vérification des seules créances susceptibles de venir en rang utile dans les répartitions et des créances salariales.

Article 179-8

A l'issue de la procédure de vérification et d'admission des créances et de la réalisation de l'actif, le syndic établit un projet de répartition qu'il dépose au greffe de la juridiction compétente. Le dépôt de ce projet fait l'objet d'une mesure de publicité dans les conditions prévues aux deux premiers alinéas de l'article 37 ci-dessus, réalisée par le greffe.

Tout intéressé peut prendre connaissance du projet de répartition et, à l'exclusion du syndic, le contester devant le juge-commissaire, dans un délai de dix (10) jours à compter de la publicité prévue dans l'alinéa précédent.

Le juge-commissaire statue sur les contestations par une décision qui fait l'objet d'une notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire aux créanciers intéressés. Sa décision est insusceptible de recours.

Le syndic procède à la répartition conformément au projet ou, si ce dernier a été contesté, à la décision rendue

Article 179-9

Au plus tard cent vingt (120) jours après l'ouverture ou la décision prononçant la liquidation des biens simplifiée, la juridiction compétente prononce la clôture de la liquidation des biens, le débiteur entendu ou dûment appelé.

La juridiction compétente peut, par décision spécialement motivée, proroger la durée de la procédure de liquidation des biens simplifiée pour une période qui ne peut excéder soixante (60) jours.

Article 179-10

A toute époque du déroulement de la liquidation de biens simplifiée, la juridiction compétente peut décider, par décision spécialement motivée, de ne plus faire application des dérogations prévues à la présente section.

TITRE III – REDRESSEMENT JUDICIAIRE ET LIQUIDATION DES BIENS

CHAPITRE VI – DISPOSITIONS PARTICULIÈRES AUX DIRIGEANTS DES PERSONNES MORALES

Article 180

Les dispositions du présent Chapitre sont applicables, en cas de cessation des paiements d'une personne morale, à ses dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, et aux personnes physiques représentants permanents des personnes morales dirigeantes.

Article 181

Les membres indéfiniment et solidairement responsables du passif social, s'ils ne sont pas dirigeants, sont soumis aux procédures de redressement judiciaire ou de liquidation des biens conformément au Titre III ci-dessus.

Article 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

Article 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, du ministère public ou de deux contrôleurs dans les conditions de l'article 72 alinéa 2 ci-dessus, ou même d'office, que les dettes de la personne morale sont supportées en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants ou certains d'entre eux.

Cette disposition est également applicable dans le cas où un dirigeant retiré a continué d'intervenir dans la gestion sociale comme dirigeant de fait, même si le retrait a fait l'objet de publicité, ou encore lorsque la situation ayant abouti à l'insuffisance d'actif a été créée alors que le dirigeant retiré se trouvait encore en fonction.

L'assignation du syndic ou celle des contrôleurs, ou la requête du ministère public, doit être signifiée à chaque dirigeant mis en cause huit (08) jours au moins avant l'audience. Lorsque la juridiction compétente se saisit d'office, le président les fait convoquer, par signification

d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire, à la diligence du greffier, dans les mêmes délais.

La juridiction compétente statue dans de brefs délais, après avoir entendu le juge-commissaire en son rapport et les dirigeants en audience non publique.

Article 184

La juridiction compétente est celle qui a prononcé le redressement judiciaire ou la liquidation des biens de la personne morale.

Article 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 parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital 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.

Article 186

L'action en comblement du passif se prescrit par trois (03) 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 (01) an.

Article 187

Lorsqu'un dirigeant d'une personne morale est déjà soumis à une procédure de redressement /judiciaire ou de liquidation des biens, 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.

Article 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 de la décision est effectuée à la diligence et sous la responsabilité du syndic.

La publication est faite au Registre du commerce et du crédit mobilier en ce qui concerne les membres responsables du passif social ou les dirigeants d'une personne morale commerçante, et, s'ils sont commerçants, sous le numéro personnel des dirigeants.

Le syndic procède également, dans un délai de trente (30) jours à compter de la décision, à sa publication dans un journal d'annonces légales de l'Etat Partie concerné.

Section 2 – Extension des procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens aux dirigeants des personnes morales

Article 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 professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole 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.

Article 190

La juridiction compétente est celle qui a prononcé le redressement judiciaire ou la liquidation des biens de la personne morale.

Article 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.

Article 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.

Article 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 IV – FAILLITE PERSONNELLE ET RÉHABILITATION

Article 194

Les dispositions du présent titre s'appliquent :

- 1°) aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole ;
- 2°) aux personnes physiques dirigeantes de personnes morales soumises à une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens ;
- 3°) aux personnes physiques représentants permanents de personnes morales dirigeantes des personnes morales visées au 2° du présent article.

Les dirigeants des personnes morales visés au présent article sont les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non.

Article 195

Le 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

Article 196

En cas de redressement ou de liquidation des biens, la juridiction compétente peut prononcer 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 professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole 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 ci-après.

Peuvent également être déclarés en faillite personnelle les dirigeants d'une personne morale condamnés pour banqueroute simple ou frauduleuse.

Article 197

Sont présumés actes de mauvaise foi, imprudences inexcusables ou infractions graves aux règles et usages du commerce :

- 1°) l'exercice d'une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole ou d'une fonction de gérant, administrateur, président, directeur général ou liquidateur, en violation d'une interdiction prévue par les Actes uniformes ou par la loi de chaque État 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 débitrice ;
- 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 débitrice qu'à la cessation des paiements.

Article 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 (30) jours, la cessation des paiements de la personne morale ;

3°) n'ont pas acquitté la partie du passif social mise à leur charge.

Article 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 est exercé par un mandataire désigné par le juge-commissaire d'office ou à la requête du syndic ou de tout membre de la personne morale.

Section 2 – Procédure

Article 200

Lorsqu'il a connaissance de faits susceptibles de justifier la faillite personnelle, le syndic en informe immédiatement le ministère public et le juge-commissaire à qui il fait rapport dans les dix (10) 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 citer à comparaître à jour fixe, huit (08) jours au moins à l'avance, par signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire, 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 au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite. Une copie du rapport est jointe à la convocation à peine de nullité.

Article 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 munie d'un pouvoir spécial et habilitée 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 par une décision réputée contradictoire à leur égard.

Article 202

Indépendamment des mentions prévues au casier judiciaire, 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 ledit registre ainsi qu'en marge de l'inscription du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens.

Ces décisions sont, en outre, à la diligence du greffier, publiées par extraits dans un journal d'annonces légales dans le ressort de la juridiction ayant statué, dans les conditions prévues par l'article 37 ci-dessus.

Section 3 – Effets de la faillite personnelle

Article 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 ;
- l'interdiction d'exercer une fonction publique élective et d'être électeur pour ladite fonction publique ;
- l'interdiction d'exercer toute fonction administrative, judiciaire ou de représentation professionnelle.

Lorsque la juridiction compétente prononce la faillite personnelle, elle en fixe la durée qui ne peut être inférieure à six (06) mois ni supérieure à dix (10) 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

Article 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, le membre solidairement responsable des dettes d'une personne morale déclarée en cessation des paiements doit justifier qu'il a acquitté, dans les conditions prévues par l'article 178 ci-dessus, toutes les dettes de la personne morale, alors même qu'un concordat particulier lui aurait été consenti.

Article 205

Peut être réhabilitée si sa probité est reconnue :

- toute personne qui a obtenu des créanciers un concordat particulier et qui a intégralement payé les dividendes promis ;
- 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.

Article 206

La personne déclarée en état de faillite personnelle peut être réhabilitée après son décès si, de son vivant, elle remplissait les conditions prévues par les articles 204 ou 205 ci-dessus.

Article 207

Ne sont pas 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 activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole.

Article 208

Toute demande en réhabilitation est adressée, avec les pièces justificatives, au président de la juridiction qui a prononcé la faillite personnelle.

Celui-ci communique la demande et toutes les pièces au ministère public du domicile du requérant.

Le président de la juridiction compétente et le ministère public recueillent 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 un délai de trente (30) jours à compter de sa saisine.

Avis de la demande est donné par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception 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.

Article 210

Tout créancier non intégralement payé dans les conditions des articles 178 et 204 ci-dessus peut, pendant le délai d'un (01) 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.

Article 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.

Article 212

La juridiction compétente appelle, s'il y a lieu, le demandeur et les opposants et les entend contradictoirement en audience non publique.

Article 213

Si la demande en réhabilitation est rejetée, elle ne peut être renouvelée qu'après une (01) année à compter de la décision de rejet.

Si elle est admise, la décision est transcrite au Registre du commerce et du crédit mobilier.

Le débiteur peut, s'il y a lieu, notifier la décision de réhabilitation au représentant légal de son ordre professionnel et la faire publier dans un journal d'annonces légales de l'Etat Partie

Article 215

Le débiteur réhabilité est rétabli dans tous les droits dont il avait été privé par la décision prononçant sa faillite personnelle.

TITRE V – VOIES DE RECOURS EN MATIÈRE DE REDRESSEMENT JUDICIAIRE ET DE LIQUIDATION DES BIENS

Article 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 ou 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 2 ci-dessus.

Article 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 de redressement judiciaire ainsi que des décisions prononçant la faillite personnelle.

Par exception, et en cas d'appel, l'exécution provisoire de la décision prononçant la liquidation des biens peut être suspendue par le président de la juridiction d'appel à la demande du ministère public ou du débiteur et seulement en cas de violation manifeste de la loi applicable.

Article 218

Dans les délais prévus en matière de règlement préventif, de redressement judiciaire, de liquidation des biens ou 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 expire normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Il en est de même pour les significations en mairie ou à parquet lorsque les services sont fermés au public le dernier jour du délai.

Article 219

L'opposition, lorsqu'elle est recevable, est formée contre les décisions rendues en matière de redressement judiciaire ou de liquidation des biens par déclaration au greffe, dans le délai de quinze (15) jours à compter de la signification desdites décisions.

Pour les décisions soumises aux formalités d'insertion dans les journaux d'annonces légales, ce délai ne court que du jour où la formalité requise en dernier lieu a été effectuée.

Il est statué sur l'opposition dans un délai de trente (30) jours.

Article 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 (15) jours à compter de la publication 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 ci-dessus.

Il est statué sur l'opposition dans un délai de trente (30) jours.

Article 221

Lorsque la voie de l'appel est ouverte en matière de redressement judiciaire ou de liquidation des biens ou de faillite personnelle, le recours est formé dans le délai de quinze (15) jours à compter du prononcé de la décision, sauf dispositions contraires du présent Acte uniforme.

L'appel est jugé, sur pièces, par la juridiction d'appel, dans un délai de trente (30) jours à compter de la déclaration au greffe. Toutefois, les parties intéressées peuvent demander à être

entendues en appel ; cette demande doit être présentée dans la déclaration d'appel et ne peut avoir pour effet de retarder la décision au-delà du délai prévu.

La décision d'appel est exécutoire sur minute.

Article 222

En matière de faillite personnelle, le greffier avise, dans les trois (3) jours, le ministère public de la décision rendue.

Le ministère public peut, dans le délai de quinze (15) 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.

Article 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 au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite, adressé par le greffier de la juridiction d'appel.

Article 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.

Article 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.

Article 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 prises par chaque État partie conformément à l'article 5 du Traité OHADA.

Article 227

Indispositions de la présente section sont applicables :

- aux personnes physiques visées par l'article 1-1 ci-dessus ;
- aux associés des sociétés commerciales qui ont la qualité de commerçants.

Article 228

Est coupable de banqueroute simple toute personne physique en état de cessation des paiements qui se trouve dans l'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 (30) 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 débitrice ;

5°) si, ayant été déclarée trois (03) fois en état de cessation des paiements dans un délai de cinq (05) ans, ces procédures ont été clôturées pour insuffisance d'actif.

Article 229

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 une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole en violation d'une interdiction prévue par un Acte uniforme ou par toute disposition légale ou réglementaire d'un État partie ;

5°) après la cessation des paiements, a payé un créancier au préjudice de la masse ;

6°) a consenti à un créancier des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la masse ou a conclu avec un créancier un accord particulier duquel il résulte pour ce dernier un avantage à la charge de l'actif du débiteur à partir du jour de la décision d'ouverture.

Est également coupable de banqueroute frauduleuse toute personne physique visée à l'article 227 ci-dessus, qui, à l'occasion d'une procédure collective de règlement préventif, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, a :

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.

Article 230

Les dispositions de la présente section sont applicables :

1°) aux personnes physiques dirigeantes de personnes morales visées par l'article 1-1, ci-dessus ;

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 au lieu et place de ses représentants légaux.

Article 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°) utilisé ou 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 (30) jours, la déclaration de l'état de cessation des paiements de la personne morale.

Article 232

Dans les personnes morales comportant des membres indéfiniment et solidairement responsables des dettes de celles-ci, les représentants légaux ou de fait sont coupables de banqueroute simple si, sans excuse légitime, ils ne font pas au greffe de la juridiction compétente, dans le délai de trente (30) jours, la déclaration de leur état de cessation des paiements ou si cette déclaration ne comporte pas la liste des membres solidaires avec l'indication de leurs noms, prénoms et domiciles.

Article 233

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 seing privé, soit dans le bilan ;

4°) exercé la profession de dirigeant en violation d'une interdiction prévue par un Acte uniforme ou par toute disposition légale ou réglementaire d'un État 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 a fait avec un créancier une

convention particulière de laquelle il résulterait pour ce dernier un avantage à la charge de l'actif de la personne morale, à partir de la date de la cessation des paiements, sauf disposition contraire du présent Acte uniforme ;

6°) 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, 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 membres ou des créanciers de la personne morale.

Sont également punis des peines de la banqueroute frauduleuse, les dirigeants visés à l'article 230 qui, à l'occasion d'une procédure collective 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.

TITRE VI – BANQUEROUTE ET AUTRES INFRACTIONS

CHAPITRE I – BANQUEROUTE ET INFRACTIONS ASSIMILÉES

Section 3 – Poursuite des infractions de banqueroute et des infractions assimilées

Article 234

La juridiction pénale peut être saisie par le ministère public ou par le syndic.

Elle peut également être saisie par deux contrôleurs dans les conditions de l'article 72, alinéa 1 ci-dessus.

Article 235

Le syndic est tenu de remettre au 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.

Article 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.

Article 237

(Les frais de la poursuite intentée par le 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.

Article 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.

Article 239

Les frais de la poursuite intentée par les créanciers contrôleurs sont supportés par eux 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.

TITRE VI – BANQUEROUTE ET AUTRES INFRACTIONS

CHAPITRE II – AUTRES INFRACTIONS

Article 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 de personne ou sous un faux nom ;

3°) les personnes qui, exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole sous le nom d'autrui ou sous un faux nom ont, de mauvaise foi, détourné ou dissimulé, tenté de détourner ou de dissimuler une partie de leurs biens.

Article 241

Le conjoint, les descendants, les ascendants ou les collatéraux du débiteur ou ses alliés, jusqu'au quatrième degré inclusivement, qui, à l'insu du débiteur, ont détourné, diverti ou recélé des effets dépendant de l'actif du débiteur en état de cessation des paiements, encourrent les peines prévues par la loi de chaque État partie pour la répression de l'infraction ci-dessus.

Article 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.

Article 243

Est puni des peines prévues par le droit pénal en vigueur dans chaque État partie pour la commission de l'infraction ci-dessous tout mandataire judiciaire 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.

Article 244

Est puni des peines prévues par le droit pénal en vigueur dans chaque État partie pour les infractions commises ci-dessous, le créancier qui, sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, a :

- conclu, avec le débiteur ou avec toutes personnes, des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la masse ;
- conclu une convention particulière de laquelle 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.

Article 245

Les conventions prévues à l'article précédent sont, en outre, déclarées nulles par la juridiction pénale de l'État partie concerné.

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 de l'accord de conciliation, du concordat préventif ou du concordat de redressement judiciaire régulièrement conclu conformément au présent Acte uniforme, sous réserve des dispositions de l'article 140 ci-dessus.

Article 246

Sans préjudice des dispositions pénales applicables dans chaque État partie, toute décision de condamnation rendue en vertu des dispositions du présent Titre est, aux frais des condamnés, affichée et publiée dans un journal d'annonces légales de l'Etat Partie concerné.

TITRE VII – PROCÉDURES COLLECTIVES INTERNATIONALES

CHAPITRE I – RECONNAISSANCE ET EFFETS DES PROCÉDURES COLLECTIVES OUVERTES DANS LES ÉTATS PARTIES

Article 247

Lorsqu'elles sont exécutoires, les décisions d'ouverture et de clôture des procédures collectives ainsi que celles qui règlent les contestations ou les différends nés de ces procédures et celles sur lesquelles les procédures collectives exercent une influence juridique, prononcées dans le territoire d'un Etat partie conformément au présent Acte uniforme ont autorité de la chose jugée sur le territoire des autres États parties.

Les dispositions du premier alinéa du présent article s'appliquent également à toute décision reconnue par la juridiction compétente d'un État partie en application du Chapitre II du présent Titre.

Nonobstant toute disposition du présent article, les mesures d'exécution forcée requièrent l'exequatur.

Article 248

Le syndic est tenu de publier, dans les formes prévues aux articles 36 et 37 ci-dessus, dans tout État partie où cette publication pourrait être utile à la sécurité juridique et aux intérêts des créanciers, le contenu essentiel des décisions relatives à une procédure collective et, le cas échéant, la décision qui le nomme.

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.

Le non-respect des obligations prévues par le présent article peut être sanctionné par la mise en œuvre de la responsabilité civile du syndic.

Article 249

Le syndic désigné par une juridiction compétente peut exercer, sur le territoire d'un autre État partie tous les pouvoirs qui lui sont reconnus par le présent Acte uniforme aussi longtemps en œuvre autre procédure collective n'est ouverte dans cet État.

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'État partie sur le territoire duquel le syndic veut agir.

Article 250

Le créancier qui, après l'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens par la juridiction compétente d'un État partie, obtient, par tout moyen, règlement total ou partiel de sa créance sur les biens du débiteur situés sur le territoire d'un autre État 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 État partie, exécute un engagement au profit du débiteur soumis à une procédure collective ouverte dans un autre État partie alors qu'il aurait dû le faire au profit du syndic de cette procédure collective, est libéré s'il a exécuté cet engagement avant les mesures de publicité prévues à l'article 248 ci-dessus, sauf s'il est prouvé qu'il a eu connaissance de la procédure collective.

Article 251

La reconnaissance des effets d'une procédure collective ouverte par la juridiction compétente d'un État partie conformément au présent Acte uniforme ne fait pas obstacle à l'ouverture d'une autre procédure collective, y compris une procédure collective secondaire, par la juridiction compétente d'un autre État partie, pourvu que la requête en ouverture remplisse les conditions exigées par le présent Acte uniforme.

Les effets d'une procédure collective principale, telle que définie à l'article 1-3 ci-dessus, s'appliquent à tous les biens du débiteur situés sur le territoire des États parties.

Les effets d'une procédure collective secondaire au sens de l'article 1-3 ci-dessus sont limités aux biens du débiteur situés sur le territoire de l'État partie dans lequel ladite procédure a été ouverte.

Les effets d'une procédure collective territoriale, telle que définie à l'article 1-3, sont également limités aux biens du débiteur situés sur le territoire de l'État partie dans lequel ladite procédure a été ouverte.

Article 252

Les syndics de la procédure collective principale et des procédures collectives secondaires sont tenus à un devoir d'information réciproque. Ils doivent communiquer, sans délai, tout renseignement qui peut être utile à une autre procédure collective, 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 l'issue de la procédure collective secondaire ou à toute utilisation des actifs de la procédure collective secondaire.

Le non-respect de ces obligations engage la responsabilité civile des syndics.

Article 252-1

En cas d'ouverture de procédures collectives dans plusieurs États parties à rencontre d'un même débiteur, les juridictions compétentes coopèrent dans la mesure du possible soit directement, soit par l'intermédiaire d'un syndic.

Article 253

Tout créancier peut produire sa créance à la procédure collective principale et à toute procédure collective secondaire ou territoriale.

Les syndics de la procédure collective principale et d'une procédure collective secondaire sont également habilités à produire dans une autre procédure collective 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-dessous.

Article 254

Il ne peut être mis fin à une procédure collective secondaire par concordat préventif ou par concordat de redressement judiciaire 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 (30) jours à compter de la réception de la demande d'avis formulée par le syndic de la procédure collective secondaire par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite.

Le silence gardé par le syndic de la procédure collective principale pendant le délai de trente (30) 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 judiciaire ou de liquidation des biens.

Article 255

Le créancier qui a obtenu, dans une procédure collective, un dividende sur sa créance ne participe aux répartitions ouvertes dans une autre procédure collective que lorsque les créanciers de même rang ont obtenu, dans cette dernière procédure, un dividende équivalent.

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 au prorata du montant des passifs admis dans chacune de ces procédures.

TITRE VII – PROCÉDURES COLLECTIVES INTERNATIONALES

CHAPITRE II – RECONNAISSANCE ET EFFETS DES PROCÉDURES COLLECTIVES OUVERTES HORS DE L'ESPACE OHADA

Section 1 – Objet, champ d'application et dispositions générales

Article 256

Le présent chapitre a pour objet d'offrir des moyens efficaces pour traiter des procédures collectives étrangères au sens de l'article 1-3 ci-dessus afin de promouvoir les objectifs suivants :

- assurer la coopération entre les juridictions et les autres autorités compétentes des États parties et celles des États étrangers, tels que définis à l'article 1-3 ci-dessus, intervenant dans les procédures collectives étrangères ;
- garantir une plus grande sécurité juridique dans le commerce et les investissements ;
- administrer équitablement et efficacement les procédures collectives, de manière à protéger les intérêts de tous les créanciers et des autres parties intéressées, notamment le débiteur ;
- protéger tous les biens du débiteur et en optimiser la valeur ;
- faciliter le redressement des entreprises en difficulté de manière à protéger leurs investissements et préserver les emplois.

Article 256-1

Les dispositions du présent chapitre s'appliquent lorsque :

1°) une assistance est demandée dans un État partie par une juridiction étrangère ou un représentant étranger, tels que définis à l'article 1-3 ci-dessus, en ce qui concerne une procédure collective étrangère ;

2°) une assistance est demandée dans un État étranger en ce qui concerne une procédure collective ouverte en application du présent Acte uniforme ;

3°) une procédure collective étrangère et une procédure collective ouverte en application du présent Acte uniforme concernant le même débiteur ont lieu concurremment ;

4°) il est de l'intérêt des créanciers ou des autres parties intéressées d'un État étranger de demander l'ouverture d'une procédure collective, ou de participer à ladite procédure, en application du présent Acte uniforme.

Les dispositions du chapitre II du titre VII du présent Acte uniforme ne s'appliquent pas à une procédure collective concernant les débiteurs exerçant une activité visée à l'alinéa 2 de l'article 1-1 ci-dessus.

Article 256-2

En cas de conflit entre les dispositions du présent chapitre et une obligation d'un État partie découlant d'un traité international ou de toute autre forme d'accord international auquel ledit État est partie avec un ou plusieurs autres États étrangers, les dispositions du présent chapitre prévalent, conformément au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

Article 256-3

Les dispositions visées dans le présent chapitre relatives à la reconnaissance et aux effets des procédures collectives étrangères ainsi qu'à la coopération avec les juridictions étrangères sont de la compétence de la juridiction compétente au sens des articles 3, 3-1 et 3-2 ci-dessus.

Article 256-4

Tout syndic est autorisé à agir dans un État étranger au titre d'une procédure collective ouverte en application du présent Acte uniforme dans la mesure où la loi étrangère applicable le permet.

Article 256-5

Aucune disposition du présent chapitre n'interdit à la juridiction compétente de refuser de prendre une mesure régie par ce chapitre lorsque ladite mesure est manifestement contraire à l'ordre public de l'État partie concerné.

Article 256-6

Aucune disposition du présent chapitre ne limite le pouvoir d'une juridiction compétente, ou d'un syndic, de fournir une assistance additionnelle à un représentant étranger dans le cadre d'une procédure collective étrangère.

Article 256-7

Pour l'interprétation des dispositions du présent chapitre, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi dans les États parties.

Section 2 – Accès des représentants étrangers et des créanciers étrangers aux juridictions compétentes des États parties

Article 256-8

Un représentant étranger est habilité à s'adresser directement à une juridiction des États parties.

Article 256-9

Le seul fait qu'une demande soit présentée par un représentant étranger en application du présent chapitre devant une juridiction d'un des États parties ne soumet pas ledit représentant, ni les biens ou affaires du débiteur se trouvant hors de l'espace OHADA, à la compétence des juridictions des États parties pour d'autres fins que celles indiquées dans ladite demande.

Article 256-10

Un représentant étranger est habilité à demander l'ouverture d'une procédure collective en application du présent Acte uniforme si les conditions d'ouverture d'une telle procédure sont réunies.

Article 256-11

Dès la reconnaissance d'une procédure collective étrangère, le représentant étranger est habilité à participer à toute procédure collective concernant le débiteur, ouverte en application du présent Acte uniforme.

Article 256-12

Sous réserve des dispositions de l'alinéa 2 du présent article, les créanciers domiciliés dans un État étranger, en ce qui concerne l'ouverture d'une procédure collective et leur participation à

cette procédure en application du présent Acte uniforme, ont les mêmes droits que les créanciers résidant dans tout État partie.

L'alinéa 1er du présent article ne porte pas atteinte au rang de priorité des créances visées aux articles 166 et 167 ci-dessus dans une procédure collective ouverte en application du présent Acte uniforme, ni à l'exclusion d'une telle procédure des créances fiscales et sociales étrangères.

Article 256-13

Toute notification qui, en vertu du présent Acte uniforme, doit être donnée aux créanciers résidant dans un État partie dans le cadre d'une procédure collective ouverte conformément au présent Acte uniforme, doit être donnée également aux créanciers connus et domiciliés dans un État étranger. La juridiction compétente ayant ouvert la procédure collective conformément au présent Acte uniforme peut ordonner que des mesures appropriées soient prises pour aviser tout créancier dont l'adresse n'est pas encore connue.

Nonobstant toute disposition du présent Acte uniforme, la notification visée à l'alinéa précédent est adressée individuellement aux créanciers domiciliés dans un État étranger, à moins que la juridiction ayant ouvert la procédure collective selon le présent Acte uniforme juge, en fonction des circonstances, qu'une autre forme de notification est plus appropriée. Aucune commission rogatoire ou autre formalité similaire n'est requise.

Lorsque la notification d'une procédure collective doit être adressée à des créanciers domiciliés dans un État étranger, la notification doit :

- indiquer le délai prévu à l'article 78 ci-dessus pour la production des créances et spécifier le lieu où elles doivent être produites ;
- indiquer que les créanciers dont la créance est assortie d'une sûreté doivent produire ladite créance ;
- contenir toute autre information requise pour la notification aux créanciers conformément au présent Acte uniforme et aux décisions de la juridiction compétente.

Section 3 – Reconnaissance de la procédure collective étrangère et mesures disponibles

Article 256-14

Un représentant étranger peut demander à la juridiction compétente au sens des articles 3,3-1 et 3-2 ci-dessus de reconnaître la procédure collective étrangère dans le cadre de laquelle il a été désigné représentant.

Une demande de reconnaissance doit être accompagnée des documents suivants :

- 1°) une copie certifiée conforme de la décision d'ouverture de la procédure collective étrangère et de désignation du représentant étranger ;
- 2°) un certificat de la juridiction étrangère attestant de l'ouverture de la procédure collective étrangère et la désignation du représentant étranger ;

3°) en l'absence des pièces visées aux numéros 1°) et 2°) du présent article, toute autre preuve de l'ouverture de la procédure collective étrangère et de la désignation du représentant étranger susceptible d'être acceptée par la juridiction compétente au sens des articles 3, 3-1 et 3-2 ci-dessus.

La demande de reconnaissance est également accompagnée d'une déclaration identifiant toutes les procédures collectives étrangères concernant le débiteur qui sont connues par le représentant étranger.

Tous les documents fournis à l'appui de la demande de reconnaissance du présent article doivent être rédigés ou traduits dans la ou dans une langue officielle de l'État partie concerné.

Article 256-15

Nonobstant toute disposition du présent chapitre, la juridiction compétente saisie d'une demande de reconnaissance d'une procédure collective étrangère peut prendre en compte les présomptions énoncées au présent article.

En particulier, si la copie certifiée conforme de la décision ou le certificat visés à l'article 256-14 indiquent que la procédure étrangère est une procédure collective étrangère, telle que définie à l'article 1-3 ci-dessus, et que le représentant de ladite procédure est un représentant étranger, tel que défini à l'article 1-3, la juridiction compétente peut présumer qu'il en est ainsi.

La juridiction compétente est également habilitée à présumer que les documents soumis à l'appui de la demande de reconnaissance de la procédure collective étrangère sont authentiques, qu'ils aient ou non été certifiés.

Sauf preuve contraire, dans le cas d'une personne morale, le siège statutaire, ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle, du débiteur est présumé être le centre de ses intérêts principaux.

Article 256-16

Sous réserve des dispositions de l'article 256-5 ci-dessous, une procédure collective étrangère est reconnue si :

- elle est une procédure collective étrangère, telle que définie à l'article 1-3 ;
- le représentant demandant la reconnaissance est un représentant étranger, tel que défini à l'article 1-3 ;
- la demande satisfait aux exigences de l'alinéa 2 de l'article 256-14 ;
- la demande a été soumise à la juridiction compétente visée à l'article 256-3.

La procédure collective étrangère est reconnue :

- en tant que procédure collective étrangère principale si elle a lieu dans l'État étranger où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux ;
- en tant que procédure collective étrangère non principale si le débiteur a un établissement, tel que défini à l'article 1-3 ci-dessus, dans l'État étranger.

La décision relative à une demande de reconnaissance d'une procédure collective étrangère est rendue dans un bref délai.

Les dispositions des articles 256-13 à 256-17 n'empêchent pas la modification ou la cessation de la reconnaissance de la procédure collective étrangère s'il apparaît que les motifs de la reconnaissance étaient totalement ou partiellement absents ou qu'ils ont cessé d'exister.

Article 256-17

A compter de la date de la présentation de la demande de reconnaissance de la procédure collective étrangère, le représentant étranger informe, sans délai, la juridiction compétente :

- de toute modification substantielle du statut de la procédure collective étrangère reconnue ou du statut de la nomination du représentant étranger ;
- de toute autre procédure collective étrangère concernant le débiteur qui a été portée à sa connaissance.

Article 256-18

Entre la date de la présentation d'une demande de reconnaissance de la procédure collective étrangère devant la juridiction compétente et celle du prononcé de la décision de reconnaissance, lorsqu'il est urgent de prendre des mesures pour protéger les biens du débiteur ou les intérêts des créanciers, la juridiction compétente peut, à la demande du représentant étranger, prendre les mesures provisoires suivantes :

- interdire ou suspendre les mesures d'exécution à rencontre des biens du débiteur, y compris toute mesure d'exécution extrajudiciaire ;
- confier l'administration ou la réalisation de tout ou partie des biens du débiteur situés sur le territoire de la juridiction compétente au représentant étranger ou à un syndic désigné par celle-ci, afin de protéger et préserver la valeur de ces biens lorsque, de par leur nature ou en raison d'autres circonstances, ils sont périssables, susceptibles de se dévaluer ou autrement menacés ;
- accorder toutes mesures visées aux numéros 3°, 4° et 7° du premier alinéa de l'article 256-20 ci-dessous.

À moins qu'elles ne soient prorogées en application du numéro 6° du premier alinéa de l'article 256-20 ci-dessous, les mesures accordées conformément au présent article cessent dès qu'il est statué sur la demande de reconnaissance de la procédure collective étrangère.

La juridiction compétente peut refuser d'accorder les mesures visées au présent article si elles risquent d'entraver l'administration de la procédure collective étrangère principale.

Article 256-19

Dès la date de la décision de reconnaissance d'une procédure collective étrangère principale :

1°) l'ouverture des actions, des procédures ou des voies d'exécution individuelles judiciaires et extrajudiciaires visant les biens, les droits ou les obligations du débiteur est interdite et la poursuite desdites actions, procédures et voies d'exécution est suspendue ;

2°) les mesures d'exécution judiciaires et extrajudiciaires contre les biens du débiteur sont interdites ou suspendues ;

3°) le droit de transférer les biens du débiteur, de constituer des sûretés sur ces biens ou d'en disposer autrement est suspendu.

La portée et la modification ou la cessation des mesures d'interdiction et de suspension visées à l'alinéa premier du présent article sont subordonnées à toute autre disposition prévue par le présent Acte uniforme.

Les dispositions du numéro 1°) du premier alinéa du présent article n'affectent pas le droit d'engager des actions, des procédures ou des voies d'exécution individuelles judiciaires et extrajudiciaires dans la mesure où cela est nécessaire pour préserver une créance contre le débiteur.

Le premier alinéa du présent article n'affecte pas le droit de demander l'ouverture d'une procédure collective en application du présent Acte uniforme ou le droit de produire des créances dans une telle procédure.

Article 256-20

Lorsqu'il est nécessaire de protéger les biens du débiteur ou les intérêts des créanciers, la juridiction compétente peut, dès la date de la décision de reconnaissance d'une procédure collective étrangère, principale ou non principale, accorder, à la demande du représentant étranger, toute mesure appropriée, notamment :

1°) interdire les actions, les procédures, les voies d'exécution et les poursuites individuelles judiciaires et extrajudiciaires concernant les biens, les droits ou les obligations du débiteur ou suspendre lesdites actions, procédures, voies d'exécution et poursuites dans la mesure où cette interdiction ou suspension n'est pas intervenue en application du numéro 1°) du premier alinéa de l'article 256-19 ci-dessus ;

2°) interdire ou suspendre les mesures d'exécution judiciaires et extrajudiciaires contre les biens du débiteur, si cette interdiction ou suspension n'est pas intervenue en application du numéro 2°) du premier alinéa de l'article 256-19 ci-dessus ;

3°) suspendre le droit de transférer les biens du débiteur, de constituer des sûretés sur ces biens ou d'en disposer autrement dans la mesure où ce droit n'a pas été suspendu en application du numéro 3°) du premier alinéa de l'article 256-19 ci-dessus ;

4°) faire interroger des témoins, recueillir des preuves ou fournir des renseignements concernant les biens, les affaires, les droits ou les obligations du débiteur ;

5°) confier l'administration ou la réalisation de tout ou partie des biens du débiteur, situés sur le territoire de la juridiction compétente, au représentant étranger ou à toute autre personne nommée par ladite juridiction ;

6°) proroger les mesures accordées en application du premier alinéa de l'article 256-18 ci-dessus ;

7°) accorder toute autre mesure que pourrait prendre le syndic en application du présent Acte uniforme.

Dès la date de la décision de reconnaissance d'une procédure collective étrangère, principale ou non principale, la juridiction compétente peut, à la demande du représentant étranger, confier la distribution de tout ou partie des biens du débiteur situés sur le territoire de la juridiction compétente au représentant étranger, ou à un syndic nommé par elle, si elle estime que les intérêts des créanciers résidant sur son territoire sont suffisamment protégés.

Lorsqu'elle accorde une mesure en application du présent article au représentant étranger d'une procédure collective étrangère non principale, la juridiction compétente doit s'assurer que la mesure accordée se rapporte à des biens qui, en application du présent Acte uniforme, devraient être administrés dans la procédure collective étrangère non principale, ou que la mesure a trait à des renseignements requis dans cette procédure.

Article 256-21

Lorsqu'elle accorde ou refuse toute mesure conformément à l'article 256-18 ou à l'article 256-20 ci-dessus, ou lorsqu'elle modifie ou fait cesser les mesures accordées en application de l'alinéa 3 du présent article, la juridiction compétente doit s'assurer que les intérêts des créanciers et des autres personnes intéressées, y compris le débiteur, sont suffisamment protégés.

La juridiction compétente peut subordonner aux conditions qu'elle juge appropriées toute mesure accordée conformément aux articles 256-18 ou 256-20 ci-dessus.

La juridiction compétente, statuant à la demande du représentant étranger ou de toute personne physique ou morale lésée par toute mesure accordée en application des articles 256-18 ou 256-20, ou statuant d'office, peut modifier ou faire cesser ladite mesure.

Article 256-22

Dès la date de la décision de reconnaissance d'une procédure collective étrangère, le représentant étranger a capacité pour engager toutes les actions en inopposabilités prévues par les articles 67 et suivants ci-dessus.

Lorsque la procédure collective étrangère est une procédure collective étrangère non principale, la juridiction compétente doit s'assurer que l'action se rapporte à des biens qui, en application du présent Acte uniforme, devraient être administrés dans cette procédure.

Article 256-23

Dès la date de la décision de reconnaissance d'une procédure collective étrangère, le représentant étranger peut, si les conditions prévues par le présent Acte uniforme sont réunies, intervenir dans toute procédure collective à laquelle le débiteur est partie.

Section 4 – Coopération avec les tribunaux étrangers et les représentants étrangers

Article 256-24

La juridiction compétente coopère dans la mesure du possible avec les juridictions étrangères ou les représentants étrangers, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un syndic.

La juridiction compétente est habilitée à communiquer directement avec les juridictions étrangères ou les représentants étrangers, ou à leur demander directement des informations ou une assistance.

Article 256-25

Dans l'exercice de ses fonctions et sous réserve du contrôle de la juridiction compétente, le syndic coopère dans la mesure du possible avec les juridictions étrangères ou les représentants étrangers.

Il est également habilité à communiquer directement avec les juridictions étrangères ou les représentants étrangers.

Article 256-26

La coopération visée aux articles 256-24 et 256-25 ci-dessus peut être assurée par tout moyen approprié, notamment :

- la nomination d'une personne ou d'un organe chargé d'agir suivant les instructions de la juridiction compétente ;
- la communication d'informations par tout moyen jugé approprié par la juridiction compétente ;
- la coordination de l'administration et de la surveillance des biens et des affaires du débiteur ;
- l'approbation ou l'application par tout tribunal des accords concernant la coordination des procédures collectives ;
- la coordination des procédures collectives concurrentes concernant le même débiteur.

TITRE VII – PROCÉDURES COLLECTIVES INTERNATIONALES

CHAPITRE II – RECONNAISSANCE ET EFFETS DES PROCÉDURES COLLECTIVES OUVERTES HORS DE L'ESPACE OHADA

Section 5 – Procédures collectives concurrentes

Article 256-27

Après la reconnaissance d'une procédure collective étrangère principale, une procédure collective ne peut être ouverte en application du présent Acte uniforme dans l'État partie où la procédure collective étrangère a été reconnue que si le débiteur dispose de biens dans ledit État partie.

Les effets de la procédure collective ouverte en application du présent Acte uniforme sont limités aux biens du débiteur qui sont situés dans cet État et, dans la mesure nécessaire, pour donner effet aux mesures de coopération et de coordination visées aux articles 256-24 à 256-26 ci-dessus, aux autres biens du débiteur qui, en application du présent Acte uniforme, devraient être administrés dans le cadre de cette procédure.

Article 256-28

Lorsqu'une procédure collective étrangère et une procédure collective ouverte en application du présent Acte uniforme ont lieu concurremment à l'encontre du même débiteur, la juridiction compétente s'efforce d'assurer la coopération et la coordination, visées aux articles 256-24 à 256-26 ci-dessus, conformément aux conditions suivantes :

1°) Lorsque la procédure collective ouverte dans un Etat partie est en cours au moment où est introduite la demande de reconnaissance de la procédure collective étrangère :

1. toute mesure prise en application des articles 256-18 ou 256-20 ci-dessus doit être conforme à la procédure collective ouverte dans l'Etat partie en application du présent Acte uniforme ;
2. si la procédure collective étrangère est reconnue par la juridiction compétente en tant que procédure collective étrangère principale, l'article 256-19 ci-dessus ne s'applique pas ;

2°) Lorsque la procédure collective est ouverte dans un État partie après la reconnaissance de la procédure collective étrangère ou après l'introduction de la demande de reconnaissance de ladite procédure :

1. toute mesure prise en application des articles 256-18 ou 256-20 ci-dessus est réexaminée par la juridiction compétente et modifiée ou levée si elle n'est pas conforme à la procédure collective ouverte par ladite juridiction en application du présent Acte uniforme ;
2. si la procédure collective étrangère est une procédure collective étrangère principale, les mesures d'interdiction et de suspension visées au premier alinéa de l'article 256-19 ci-dessus sont modifiées ou levées conformément à l'alinéa 2 de l'article 256-19 si elles ne sont pas conformes à la procédure collective ouverte par la juridiction compétente ;

3°) Lorsqu'elle octroie, proroge ou modifie une mesure accordée au représentant étranger d'une procédure collective étrangère non principale, la juridiction compétente doit s'assurer que la mesure porte sur des biens qui, en application du présent Acte uniforme, devraient être administrés dans la procédure collective étrangère non principale, ou que la mesure a trait à des renseignements requis dans le cadre de cette procédure.

Article 256-29

Lorsque plusieurs procédures collectives étrangères ont été ouvertes à l'encontre du même débiteur, la juridiction compétente s'efforce d'assurer la coopération et la coordination visées aux articles 256-24 à 256-26 ci-dessus conformément aux conditions suivantes :

1°) toute mesure accordée en application des articles 256-18 ou 256-20 ci-dessus au représentant étranger d'une procédure collective étrangère non principale après la reconnaissance d'une procédure collective étrangère principale doit être conforme à la procédure collective étrangère principale ;

2°) si une procédure collective étrangère principale est reconnue après la reconnaissance d'une procédure collective étrangère non principale ou après l'introduction d'une demande de reconnaissance d'une telle procédure collective, toute mesure prise en application des articles 256-18 ou 256-20 ci-dessus est réexaminée par la juridiction compétente et modifiée ou levée, si elle n'est pas conforme à la procédure collective étrangère principale ;

3°) si, après la reconnaissance d'une procédure collective étrangère non principale, une autre procédure collective étrangère non principale est reconnue, la juridiction compétente accorde,

modifie ou fait cesser les mesures accordées, dans le but de faciliter la coordination des procédures collectives concurrentes.

Article 256-30

Sauf preuve contraire, la reconnaissance d'une procédure collective étrangère principale atteste, aux fins de l'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, en application du présent Acte uniforme, que le débiteur est en état de cessation des paiements.

Article 256-31

Sans préjudice des droits des titulaires de créances assorties de sûretés ou des droits réels, un créancier ayant obtenu satisfaction partielle en ce qui concerne sa créance, dans une procédure collective ouverte conformément à une loi relative à l'insolvabilité ou des procédures collectives dans un État étranger, ne peut être payé pour la même créance dans une procédure collective concernant le même débiteur ouverte en application du présent Acte uniforme tant que le paiement accordé aux autres créanciers de même rang est proportionnellement inférieur au paiement que ledit créancier a déjà obtenu par une juridiction étrangère.

TITRE VIII – DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FINALES

Article 257

Le présent Acte uniforme, qui abroge l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif du 10 avril 1998, n'est applicable qu'aux procédures collectives ouvertes après son entrée en vigueur.

Article 258

Le présent Acte uniforme sera publié au Journal Officiel de l'OHADA et des États parties dans un délai de soixante (60) jours à compter de la date de son adoption. Il entrera en vigueur quatre-vingt-dix jours (90) à compter de la date de sa publication au Journal Officiel de l'OHADA conformément à l'article 9 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Accord, 401, 402, 403, 405, 409

Actif, 780 et s.

Agent de détection, 80, 872

Agrément, 273 et s.

Alerte, 84, 85, 86, 87, 89, 210, 221, 718, 719, 721, 722, 729, 733

Associé, 153 et s.

Actionnaire, 75, 154, 293

Administrateur provisoire, 348

Administrateur judiciaire, 540, 541

Assurance crédit, 257, 258, 259, 260, 261, 265, 267, 894

Assurance prévention, 901, 902, 903, 904

Audit, 659, 659, 664

B

Banques, 271, 273, 282

Bilan, 293

C

Cessation des paiements

- notion et implications, 785 à 804

Comité d'entreprise, 100, 103, 106, 151, 166, 169, 171, 174, 207

Commissaire aux comptes 33, 45, 85, 90, 97, 100, 105, 111, 112, 113, 114, 126, 127, 128, 131, 211

Comptes, 288 et s.

Conciliateur

- rôle et statut, 394 et s.

Concordat préventif, 41, 87, 582, 583, 585, 586, 591

Confidentialité, 168, 185, 192, 212, 213, 406, 409, 474, 479, 598, 601, 819

Continuité d'exploitation

- notion, 92 et s.

Coobligés, 406, 407, 414, 519

Créanciers, 28, 427, 431, 433, 436, 438, 443, 447, 448, 578, 582, 583, 884, 887, 888, 889, 890

Date de la cessation des paiements, 454
Débiteur, 1, 15, 44, 254, 350, 376, 587, 588, 600, 607, 863
Défaillance, 12, 13, 22, 56, 57, 167, 250, 256, 588
Délai de paiement, 438
Dépôt de bilan, 14
Dettes, 438
Difficultés,
- notion, 9 et s.
- choix du critère, 814 et s.
Dirigeant, 16
Documents, 285 et s.

E

Entreprise,
- notion, 11 et s.
Etablissement de crédit, 272, 273, 276, 280
Expert, 867, 868, 869
Exploitation (v. continuité de l'exploitation)

F

Faillite, 1, 15, 16, 17
Fiducie, 407, 521, 523, 524, 899, 900
Financement (de la prévention), 883 et s.
Force exécutoire, 377, 403

G

Garantie, 406, 414, 519
Greffe, 181, 185, 285, 288
Groupement, 107, 108, 109, 692

H

Homologation, 1, 375, 429, 431, 472, 473, 475, 476, 477, 478, 578, 583

I

Impayé, 804
Inexécution, 585, 592, 594
Information, 289, 291, 293, 294, 295, 304, 305
Insolvabilité, 268, 802, 855, 860

L

Liquidation des biens, 5, 0, 0, 0, 58
Liquidation judiciaire, 5, 27, 32, 429, 454

M

Mandat ad hoc, 44, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 355, 356, 357, 358, 371

Ministère public, 411, 413

Modification du concordat préventif, 592, 593, 594, 595, 596, 597

O

Organe de détection (voir agent de détection)

Offre, 578, 579, 580, 581, 582

P

Passif exigible, 790 et s.

Période suspecte

- notion, 453 et s.

Plan (sauvegarde et concordat), 552, 553, 554, 555, 556, 557, 561, 566, 568, 570, 571, 578, 579, 886

Président du tribunal, 109, 176, 185, 186, 429, 578, 603, 755, 756

Prévention

- notion, 3 et s.

Privilège de conciliation, 62, 424, 426, 429, 431, 433, 435, 436, 438, 443, 445, 460, 461, 464, 465,

Procédure (voir sauvegarde et règlement préventif)

Publicité, 473, 474, 599, 600, 601

R

RCCM, 321 et s.

RCS, 317 et s.

Redressement judiciaire, 32, 455, 602, 614, 619

Résolution de l'accord, 405

Règlement préventif, 42, 48, 52, 534, 577, 579, 0, 599, 604, 605, 863, 885, 887

Responsabilité, 210, 211, 707, 707, 709

Restructuration, 26, 44

S

Salariés, 27, 876 et s.

Sanctions, 152, 221

Sauvegarde (procédure de), 35, 50, 51, 553, 554, 555, 556, 557, 560, 561, 566, 568, 570, 571, 578, 579, 886

Sûreté, 408, 522

Suspension des poursuites, 18, 28, 525, 526, 527, 528, 531, 532, 533

Syndic (voir expert)

T

Traitement des difficultés, 32

V

Voies de recours, 414

Tables des matières

REMERCIEMENTS	2
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	3
SOMMAIRE	9
INTRODUCTION.....	11
PREMIERE PARTIE: DES SYSTEMES DE PREVENTION PEU SATISFAISANTS....	45
TITRE I : DES SYSTEMES DE PREVENTION-DETECTION FORTEMENT LACUNAIRE.....	47
Chapitre 1 : Le caractère inefficace des systèmes de prévention-détection	49
Section I: Des système de prévention - détection inadaptés	50
Paragraphe I : Les difficultés d'appréciation des critères de déclenchement de l'alerte	50
<i>A- Présentation des différents critères</i>	51
1- Les critères de détection communs au droit français et au droit Ohada	51
2- Les critères de détection spécifiques au droit français	57
<i>B- La mise en œuvre des différents mécanismes juridiques d'alerte</i>	62
1- Identité dans la mise en œuvre des techniques d'alerte.....	63
2- Divergences dans le choix des agents chargés de la mise en œuvre de l'alerte	85
Paragraphe II : Les difficultés de mise en œuvre des techniques d'alerte.....	98
<i>A- L'incertitude quant au moment de déclenchement de l'alerte du commissaire aux comptes</i>	98
<i>B- Le risque d'abus dans le déclenchement de l'alerte: l'exemple de l'alerte du comité d'entreprise de droit français</i>	100
Section II: L'absence d'effet véritable des techniques d'alerte	103
Paragraphe I : Le caractère inefficace de l'alerte du commissaire aux comptes	104
A- L'inadéquation entre le principe de responsabilité des commissaires aux comptes et le devoir d'alerte.....	104
B- La lourdeur de la procédure	106
C- L'influence des dirigeants dans la désignation des commissaires aux comptes	108
Paragraphe II : Les faiblesses des autres mécanismes d'alerte.....	110
A- De simples mesures d'information et non d'action	110
1- Le problème de la reconnaissance du droit d'alerte au comité d'entreprise	111
2- Le caractère limité des sources d'information du débiteur Ohada	115
B- Des procédures essentiellement centrées sur l'alerte du commissaire aux comptes	116
1- La portée limitée du droit d'alerte du président du tribunal.....	116

2-	L'absence d'un véritable droit d'alerte au profit des associés	120
3-	L'incertitude quant au devenir des groupements de prévention agréée	125
Chapitre II:	L apport notable des sources complémentaires de détection	127
Section I:	Le rôle de détection des structures financières	127
Paragraphe I:	L'assurance crédit.....	127
A-	<i>Le contenu du contrat d'assurance crédit</i>	128
B-	<i>Les techniques de détection du risque propres à l'assurance crédit</i>	130
1-	La collecte des informations ou l'expertise du risque.....	130
2-	Les sinistres.....	132
Paragraphe II:	Les services bancaires.....	133
A-	<i>Des techniques spécifiques de détection applicables aux entreprises bancaires</i>	133
1-	La technique de sélection ou l'agrément bancaire	134
2-	Les mécanismes de contrôles et de surveillance	136
3-	Une application mal aisée de la technique d'alerte aux établissements bancaires	140
B-	<i>Les techniques bancaires de détection applicables aux autres entreprises</i>	141
Section II:	L'information recueillie auprès des tribunaux de commerce	142
Paragraphe I:	La diversité des informations	143
A-	<i>L'information comptable et financière</i>	143
1-	Le non dépôt des comptes	143
2-	Les sanctions du non respect d l'obligation de dépôt des comptes	156
B-	<i>Les informations détenues par les greffes des tribunaux de commerce</i> ...	158
1-	Les informations issues des registres de commerce	158
2-	Les informations issues des inscriptions des sûretés	162
Paragraphe II:	Les offres de prévention au sein des tribunaux de commerce	167
A-	<i>Une présence très remarquée en droit français</i>	167
B-	<i>Une quasi inexistence en droit OHADA</i>	169
TITRE II:	DES SYSTEMES DE PREVENTION RELATIVEMENT ATTRAYANTS	173
Chapitre I:	Des procédures amiables de prévention reposant sur la confidentialité	174
Section 1:	Les résultats encourageants du mandat ad hoc	175
Paragraphe I:	La souplesse des conditions d'ouverture du mandat ad hoc	176
A-	<i>Le caractère volontaire de la demande d'ouverture du mandat ad hoc</i>	176
B-	<i>L'absence de principe de cessation des paiements du débiteur en mandat ad hoc</i>	177
C-	<i>L'implication du débiteur dans la désignation du mandataire ad hoc</i>	179
Paragraphe II:	L'absence de formalisme du mandat ad hoc	180

<i>A - Le contenu de la mission du mandataire ad hoc</i>	180
1- Le pouvoir du président du tribunal et l'exigence d'un accord préalable du dirigeant dans la fixation de la rémunération du mandataire ad hoc	181
2- La mission d'assistance du mandataire ad hoc	182
<i>B- La relative incertitude quant à l'issu du mandat ad hoc</i>	186
Section II: L'efficacité relative de la procédure de conciliation de droit français et de droit Ohada	188
Paragraphe I: L'efficacité de la conciliation du fait de la diversité des mesures incitatives en droit français et en droit Ohada.....	189
<i>A- Une pluralité de mesures incitatives en faveur du débiteur dans les deux ordres juridiques</i>	190
1- Les mesures incitatives communes au droit français et au droit Ohada	190
2- La mesure particulière de droit français : le bénéfice de la levée de plein droit de l'interdiction d'émettre des chèques	209
<i>B- Les mesures incitatives en faveur des créanciers</i>	211
1- Les mesures communes.....	211
2- La protection des créanciers contre les actes passés pendant la période suspecte en droit français	223
Paragraphe II: Une efficacité fortement compromise en raison des lacunes de la conciliation...	227
<i>A- Le risque d'atteinte à l'attractivité de la conciliation</i>	228
1- Les effets pervers du privilège de la conciliation sur l'entreprise en cas d'ouverture d'une procédure collective de sauvegarde ou de redressement judiciaire	228
2- La brièveté du délai de la conciliation	229
<i>B- Le risque d'atteinte à la règle de confidentialité</i>	231
1- L'effet néfaste de la publicité du jugement de conciliation homologué	231
2- L'information des salariés en cas de demande d'homologation de l'accord	232
Chapitre II: Une multitude de procédures judiciaires de prévention et de traitement des difficultés des entreprises	235
Section I: Des procédures aux objectifs similaires	235
Paragraphe I : Des procédures pour prévenir la cessation des paiements.....	236
<i>A- La relative identité des conditions d'ouverture des différentes procédures</i>	236
1- Le caractère volontaire des procédures	237
et l'antériorité de la cessation des paiements	237
2- Le caractère indifférent des difficultés	240
3- Les conditions particulières d'ouverture des procédures de sauvegarde dérivées de droit français	245
4- Des procédures applicables à une multitude de débiteurs	246

<i>B- La relative similitude des règles favorisant l'ouverture des différentes procédures.....</i>	251
1- Immunité du débiteur gérant de l'entreprise dans les deux procédures.....	252
2- Immunité du dirigeant garant de l'entreprise en droit français et en droit Ohada	256
3- L'instrumentalisation des effets de la fiducie-sureté dans le souci d'éviter la cessation des paiements en sauvegarde	257
4- Le bénéfice de la suspension des poursuites	259
dans la procédure de règlement préventif	259
Paragraphe II : Des procédures pour traiter les difficultés de l'entreprise	265
<i>A- L'association des créanciers dans la recherche de solutions en sauvegarde</i>	266
1- Constitution et importance des comités de créanciers.....	266
2- Les créanciers exclus	269
<i>B- Le rôle relativement effacé des créanciers dans la procédure de règlement préventif.....</i>	271
Section II : Divergence dans le choix des techniques de sauvetage de l'entreprise en difficulté	
.....	272
Paragraphe I : Les plans de sauvegarde ou les nouveaux instruments judiciaires de traitement des difficultés des entreprises de droit français	273
<i>A- Le plan de sauvegarde de droit commun.</i>	273
1- L'élaboration et le contenu du plan de sauvegarde.....	273
2- L'exécution du plan de sauvegarde.....	278
<i>B- Le plan des sauvegarde dérivées : un plan imposé.....</i>	281
1- Le plan de sauvegarde de la procédure de sauvegarde financière accéléré (SFA°	281
2- Le plan de sauvegarde de la procédure de sauvegarde accélérée (SA°	283
3- La nature juridique du plan de sauvegarde.....	285
Paragraphe II : La technique du concordat préventif, instrument de prévention de la cessation des paiements de droit Ohada.....	287
<i>A- Une phase d'élaboration soumise à la seule volonté du débiteur.....</i>	288
1- L'offre du plan concordataire.....	288
2- La validité ou la décision d'homologation du concordat	289
<i>B- L'exécution incertaine du concordat préventif.....</i>	291
1- L'exécution normale du concordat préventif	292
2- Les incidents d'exécution ou la possibilité de modification du concordat	295
Section III : Des procédures aux lacunes relativement similaires.....	298
Paragraphe I: Les lacunes communes aux deux ordres juridiques	299
<i>A- La publicité des deux procédures.....</i>	299
<i>B- Le caractère contraignant des deux.....</i>	301

<i>procédures judiciaires et collectives</i>	301
<i>C- Le risque d'instrumentalisation des deux procédures</i>	302
1- Des procédures laissées exclusivement à la seule initiative du débiteur	302
2- L'imprécision des critères d'ouverture	304
3- Les conséquences de l'absence de précision des critères d'ouverture : Les risques d'évolution des difficultés de l'entreprise en cours de procédure	306
Paragraphe II: Les lacunes spécifiques à chaque système juridique	309
<i>A- Le caractère provisoire de la règle de suspension des poursuites dans le règlement préventif</i>	309
<i>B- Les lacunes des procédures de sauvegarde dérivées</i>	310
1- Des procédures conditionnées et financièrement pesantes pour le débiteur.....	311
2- Une trilogie de procédures susceptible de créer une confusion dans l'esprit du débiteur	312
DEUXIEME PARTIE: DES SYSTEMES DE PREVENTION A REFORMER POUR UNE PLUS GRANDE EFFICACITE	319
TITRE I: LA NECESSAIRE REORGANISATION DE LA PREVENTION DETECTION	321
Chapitre I: L'amélioration du contenu de la prévention détection.....	323
Section I: Le renforcement de l'information au sein de l'entreprise	323
Paragraphe I: L'amélioration de l'information prévisionnelle ou comptable.....	324
<i>A- L'extension du domaine de l'information prévisionnelle à toutes les entreprises</i>	324
<i>B- L'adaptation des sanctions en cas de non diffusion des informations comptables</i>	325
Paragraphe II : La prise en compte de nouvelles mesures de détection	325
<i>A- Le contrôle de la solvabilité des entreprises au moment de leur création</i>	326
B- L'exigence d'un permis d'entreprendre	327
<i>C- Les techniques d'expertise de détection</i>	329
1) L'expertise comptable	329
2) Le contrat d'audit.....	330
Section II : L'amélioration de l'efficacité des différents registres de commerce	333
Paragraphe I : L'unification du contenu des registres d'information en droit français	333
<i>A- Le constat de l'existence d'une diversité de registre en droit français..</i>	334
<i>B- La nécessaire harmonisation du dispositif des registres d'information</i>	334
Paragraphe II : L'extension de l'objet et renforcement de l'effectivité de l'informatisation du registre du commerce et du crédit mobilier et de ses fichiers connexes de droit Ohada	336
<i>A- Des innovations considérables</i>	336

<i>B- Les pistes d'amélioration du dispositif</i>	339
Chapitre II: Le renforcement des effets de la prévention détection	341
Section I : L'amélioration du régime des passerelles	341
Paragraphe I : L'articulation entre la prévention détection et la prévention traitement	341
<i>A- Une amorce d'articulation encourageante en droit français</i>	342
1- Au niveau du dispositif légal de prévention détection	342
2- Entre la prévention détection et la prévention traitement.....	343
<i>B- Une exigence en droit Ohada</i>	345
1- L'isolement critiquable de la technique d'alerte du commissaire aux comptes	345
2- L'instauration d'une passerelle entre l'alerte du commissaire aux comptes et le règlement préventif	346
Paragraphe II : La prise en compte de la prévention hors tribunal et la prévention administrative	346
<i>A- Une meilleure articulation de la prévention de droit commun avec la prévention hors tribunal</i>	347
<i>C- L'articulation entre les mécanismes judiciaires de prévention et les structures d'aide à la prévention et au traitement administratif des difficultés</i>	348
1- Présentation des structures d'aide à la prévention et au traitement des difficultés.....	348
2- La nécessaire articulation entre les mécanismes judiciaires de prévention et les structures d'aide à la prévention	353
Section II : L'amélioration du domaine des mécanismes d'alerte	358
Paragraphe I : Un meilleur encadrement des procédures d'alerte du commissaire aux comptes et du président du tribunal de commerce ou de grande instance en droit français	358
<i>A- Le renforcement des pouvoirs des présidents de tribunaux en matière d'alerte</i>	358
1- La clarification et le contrôle judiciaire des critères de déclenchement de l'alerte	358
2- La sanction du dirigeant en cas de refus de déférer à la convocation du juge de la prévention	360
<i>B- Le repositionnement du commissaire aux comptes au cœur du dispositif de détection</i>	361
1- La nécessaire simplification de la procédure d'alerte du commissaire aux comptes .	361
2- L'assurance d'une véritable indépendance du commissaire aux comptes.....	364
3- L'amélioration des autres sources d'information extérieures au commissaire aux comptes.....	366
Paragraphe II : L'accroissement du rôle et du nombre des organes de détection de l'espace OHADA	371
<i>A- Le renforcement des pouvoirs des organes titulaires du droit d'alerte..</i>	371

1-	Le renforcement des pouvoirs des commissaires aux comptes	371
2-	Le renforcement des pouvoirs des associés.....	373
B-	<i>La multiplication mesurée des agents de détection en droit Ohada</i>	<i>374</i>
1-	La nécessaire reconnaissance d'un droit d'alerte aux institutions du personnel.....	375
2-	La reconnaissance d'un pouvoir d'alerte aux autorités judiciaires	376
	TITRE II: LA CONSOLIDATION DU SYSTEME DE PREVENTION TRAITEMENT	379
	Chapitre I: La clarification et l'amélioration du rôle préventif de la cessation des paiements	381
	Section I: Le caractère incertain de la fonction de la cessation des paiements	382
	Paragraphe I: Un critère générateur de conflits	382
A-	<i>Un critère suscitant la méfiance du débiteur en sauvegarde</i>	<i>382</i>
B-	<i>Un critère provoquant la défiance des créanciers dans le règlement préventif.....</i>	<i>385</i>
	ParagrapheII: Un critère inadapté aux techniques de prévention	387
A-	<i>Le spectre permanent dans les procédures de prévention</i>	<i>387</i>
1-	La déconnexion de la cessation des paiements	388
	du périmètre des procédures amiables	388
2-	Le maintien du rôle de sanction de la cessation des paiements.....	389
3-	Un critère également inadapté aux procédures judiciaires de prévention	391
B-	<i>Les difficultés liées à la preuve de la cessation des paiements</i>	<i>393</i>
	SectionII: L'institution d'un nouveau critère de la prévention	395
	Paragraphe I: L'exclusion de la cessation des paiements.....	395
A-	<i>Exposé du contenu actuel de la cessation des paiements.....</i>	<i>395</i>
1-	Le maintien de la définition classique dans les deux ordres juridiques.....	396
2-	Une définition améliorée en droit français et en droit Ohada.....	399
B-	<i>Le risque de confusion avec les autres institutions</i>	<i>400</i>
1-	Les notions proches.....	401
2-	Les notions concurrentes de la cessation des paiements	404
	Paragraphe II: L'admission du critère de difficultés	407
A-	<i>L'intérêt du choix du critère.....</i>	<i>407</i>
1-	Le souci de cohérence relativement au rôle de la cessation des paiements	407
2-	Les conséquences attachées à ce choix : la suppression de l'expression prévention des difficultés du code de commerce et de l'acte uniforme	409
B-	<i>Le choix du critère de difficultés et sa mise en œuvre.....</i>	<i>410</i>
1-	La liberté d'appréciation du juge et le caractère indifférent des difficultés	411
2-	L'entreprise éligible à la prévention selon le critère de difficultés	412
	Chapitre II: La sensibilisation à la culture de la prévention.....	415
	Section I: Le préalable à la sensibilisation : L'assouplissement de l'interventionnisme judiciaire	415

Paragraphe I: Le caractère pesant de l'omniprésence judiciaire	416
<i>A- Le caractère paradoxal de la surveillance judiciaire de la prévention .</i>	<i>416</i>
<i>B- Le renforcement des solutions contractuelles et volontaires</i>	<i>419</i>
1- Les solutions espérées en droit français	420
2- L'amélioration des solutions proposées par la nouvelle réforme de l'acte uniforme .	424
<i>C- La sanction de la violation de l'obligation de confidentialité des</i> <i>procédures préventives.....</i>	<i>431</i>
ParagrapheII: La diffusion des procédures préventives.....	432
<i>A- Les objectifs de la diffusion.....</i>	<i>432</i>
1- La nécessaire connaissance des procédures de prévention en droit interne et dans chaque espace communautaire respectif	432
2- La nécessaire reconnaissance des procédures de prévention de droit français en droit européen.....	434
3- L'encadrement juridique des organes de la prévention en droit Ohada	437
<i>B- Les acteurs de la diffusion.....</i>	<i>442</i>
Section II: La sensibilisation des acteurs et partenaires de l'entreprise	443
Paragraphe I: La sensibilisation pour le financement de la prévention	443
<i>A- Les modalités possibles de financement en droit français</i>	<i>443</i>
1- Les efforts financiers des salariés à la survie de l'entreprise	443
2- L'extension possible de l'AGS à la procédure de conciliation	445
3- L'extension du bénéfice du privilège de la conciliation aux associés dans le cadre d'une augmentation de capital social.....	446
4- Le remplacement du dirigeant négligent ou incompetent à titre de sanction	448
<i>B- Les solutions de financement de la prévention en droit OHADA</i>	<i>449</i>
1- La participation des créanciers financiers dans la procédure de règlement préventif	450
2- Favoriser le financement des entreprises de l'espace Ohada : Le cas des entreprises informelles ou l'entrepreneur de droit Ohada	452
Paragraphe II: La sensibilisation pour l'institution d'une assurance prévention obligatoire	459
<i>A- L'intérêt d'une telle assurance dans les deux ordres juridiques</i>	<i>459</i>
<i>B- Le fonctionnement d'une telle assurance.....</i>	<i>460</i>
Conclusion Deuxième Partie	465
Conclusion Générale	467
BIBLIOGRAPHIE	473
ANNEXE :	519
INDEX ALPHABETIQUE	628

