

Sujet: Souci de Préservation de l'Activité Economique des Entreprises en difficulté et Procédures de Sauvegarde en droit OHADA

INTRODUCTION

Les entreprises constituent le poumon du développement aussi bien économique que social de tout pays. En effet, tous les pays que l'on désigne aujourd'hui sous le nom de pays développés doivent leur puissance au dynamisme du secteur privé.

Il est en effet une réalité indéniable que l'entreprise joue un rôle majeur et crucial dans la vie économique et sociale d'un pays, d'une région, d'un continent.

Les propriétaires y tirent des dividendes, les salariés des revenus, les prêteurs des intérêts sur les prêts consentis, l'Etat des impôts et la création d'emplois.

Quant aux usagers et clients ils bénéficient de ses services ou produits.

Ainsi la protection des entreprises et la préservation de leurs activités, en tout temps et en tout lieu, s'avèrent être une exigence voire une nécessité absolue, dans une sphère internationale marquée par la mondialisation et la globalisation croissante de l'économie engendrant une concurrence très âpre, que supportent péniblement les économies faibles, à l'instar de celles des Etats africains.

A cet effet l'harmonisation du droit économique et l'amélioration du fonctionnement des systèmes judiciaires dans les Etats africains se sont avérés nécessaire pour, notamment, restaurer la confiance des investisseurs, faciliter les échanges entre les pays et développer un secteur privé performant.

C'est ainsi, semble-t-il, pour établir ce contrat moral entre les investisseurs et les Etats, que les Ministres de l'Economie et des Finances de la zone franc décidèrent à Ouagadougou en avril 1991 d'incorporer un projet d'harmonisation du droit des affaires dans le processus d'intégration régionale et de coopération institutionnelle en cours dans la région.

Cette initiative entérinée par les Chefs d'Etat réunis au sommet France-Afrique de Libreville les 5 et 6 Octobre 1992 a abouti à la signature du Traité fondateur de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) à Port-Louis le 17 octobre 1993.

L'OHADA semble constituer, aujourd'hui, la panacée au souci de développement des Etats membres, notamment par le biais de l'intégration juridique.

A cet égard elle constitue un exemple édifiant. En effet en 2012, la Banque mondiale a eu pour la première fois à reconnaître que les Etats membres ont accru le rythme de réformes pour améliorer la capacité des entreprises locales à véritablement entreprendre¹.

¹ Boris Martor "L'intégration juridique au service de l'émergence du continent africain": article paru sur Jeune Afrique.com, le 23 Octobre 2012

Il s'y ajoute également, que cet organisme semblerait aujourd'hui inspirer d'autres entités régionales africaines. En effet en moins de deux décennies, elle a accompli le tour de force de mettre en place une organisation régionale disposant d'instruments juridique de pointe dans des domaines tels que le droit commercial, le droit des sociétés, le droit des sûretés, le droit de l'arbitrage le droit des procédures collectives.

La lecture du Traité et de ses actes uniformes, permet de se rendre aisément compte que la philosophie économique de l'Organisation est celle du développement par la promotion de la libre entreprise.

En effet, des normes modernes sont consacrées à la naissance de celle-ci, à son organisation, à sa gestion aussi bien en situation normale qu'en situation de difficultés, ainsi qu'à sa liquidation le cas échéant.

L'entreprise est dès lors au centre de la thématique du corpus législatif OHADA.

Ainsi apparaît-il hors de doute que le législateur communautaire a été mû par de fortes préoccupations de succès économiques et la réussite par l'entreprise semble être l'option des promoteurs de l'OHADA.

A cet effet relativement au traitement des difficultés des entreprises, il a été institué l'Acte Uniforme portant Organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC) adopté à Libreville le 10 avril 1998 et entré en vigueur le 1er janvier 1999².

Cet Acte Uniforme s'est voulu réformateur et normatif quant au traitement des difficultés des entreprises.

Il prévoit trois solutions qui prennent en compte la gradation des difficultés des entreprises allant du règlement préventif à la liquidation des biens en passant par le redressement judiciaire.

Cependant, malgré son titre évocateur et son article 1 qui énonce que, le présent Acte uniforme a pour objet:

- d'organiser les procédures collectives de règlement préventif, de redressement judiciaire et de liquidation des biens du débiteur en vue de l'apurement de son passif,
- de définir les sanctions patrimoniales professionnelles et pénales relatives à la défaillance du débiteur et des dirigeants de l'entreprise débitrice.

Il n'en reste pas moins que l'objectif de protection et de préservation de l'activité économique des entreprises en difficulté, apparaît en filigrane comme une priorité pour le législateur communautaire.

Pour s'en convaincre, il suffit de s'attarder sur les nombreuses mesures et mécanismes mises en place par le législateur communautaire, notamment dans les procédures destinées à la sauvegarde de l'entreprise que sont le règlement préventif et le redressement judiciaire.

En effet, il y apparaît tout un ensemble de règles et de moyens destinés à assurer la protection de l'entreprise en difficulté et à favoriser son redressement. Cela se vérifie dans la recherche de solutions aux difficultés, que ce soit aussi bien en période de simples

2 J.O. OHADA, n° 7 du 1er juillet 1998, p. 1 et s.

difficultés qu'en situation de cessation des paiements. En effet le législateur y associe, en plus du tribunal, les partenaires sociaux qui doivent contribuer par exemple à la mise en place du concordat par diverses propositions telles que l'augmentation du capital social, l'ouverture de crédits, les engagements de caution...

Ainsi apparaît-il à travers ces procédures, des solutions assez réconfortantes aux difficultés des entreprises, qui cherchent autant que possible à protéger l'économie et à sauvegarder les emplois.

C'est dans ce cadre, alors que ce tient notre propos; montrer que le législateur de notre droit uniforme n'est pas resté insensible à un sauvetage des entreprises en difficulté, et par voie de conséquence à la préservation de l'activité économique.

La notion d'entreprise en difficulté n'est pas définie par l'acte uniforme, même s'il est vrai que l'entreprise apparaît comme le destinataire de ces procédures³.

La notion d'entreprise en difficulté, est une notion dynamique et complexe, rebelle à une détermination simple de ses éléments constitutifs. Cela se vérifie lorsque l'on tente d'établir des critères permettant de déceler la défaillance. La multiplicité des critères est à la fois le résultat de la variété des situations qui peuvent se présenter, et du rôle que l'on veut leur assigner⁴. La notion paraît ainsi difficile de définition. Elle apparaît comme une notion éminemment évolutive. Tout dépend alors du degré des difficultés.

Le législateur OHADA s'est d'ailleurs abstenu de régler clairement la question. En effet celui-ci s'est tout simplement limité à la définition de la notion de cessation des paiements et à l'énoncé de certaines indications relatives à la survenance d'une situation préoccupante.

Dès lors, le droit de procédures collectives d'apurement du passif OHADA retient une définition restrictive de l'entreprise en difficulté dans le cadre de ses conditions d'ouverture, en ne retenant que l'état de cessation des paiements ainsi que la situation difficile mais non irrémédiablement compromise.

Quant aux procédures destinées à sauvegarder l'entreprise que sont le règlement préventif et le redressement judiciaire: la première est considérée comme ayant un but préventif, et est destinée "à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise". Elle intervient à l'initiative exclusive du débiteur connaissant une situation difficile mais non irrémédiablement compromise.

Quant à la seconde, elle intervient après la cessation des paiements, et a un but curatif. Elle est toute comme la première "destinée à la sauvegarde de l'entreprise et à l'apurement de son passif"⁵.

Notre problématique sera donc axée sur l'étude de l'objectif de sauvetage et de préservation de l'activité de l'entreprise à travers ces deux procédures.

³ Voir article 2 -1 et 2 de l'Acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif (AUPC)

⁴ Nguibe kante Pascal, "Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif"., Penant n°838, 2002, www.ohada.com

⁵ Voir article 2 -1 et 2 de l'Acte uniforme, précité

S'il est vrai, que cet objectif n'est pas le seul, et a considérer même qu'il reste secondaire, pour bien des auteurs, par rapport à celui d'apurement du passif, il n'en reste pas moins que le souci d'une préservation de l'activité économique des entreprises en difficulté reste une réalité qui ne saurait être occulté.

A cet égard, même si les dispositions en la matière peuvent apparaître des fois assez inappropriées ou rétrogrades, au regard du droit positif actuel, notamment français, dont s'inspire le législateur de notre droit uniforme. Il n'en reste pas moins, qu'on peut affirmer sans risque de se tromper, qu'un certain souci de préserver l'activité des entreprises en difficulté, a guidé le législateur OHADA, tout le long de la rédaction de l'Acte Uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif.

Il s'y ajoute, s'il est vrai, que le législateur africain n'a pas développé tout un arsenal de procédures, destiné à organiser ce sauvetage, à l'instar de son homologue français; il reste que les dispositions en la matière restent à la portée des entreprises désirant procéder à leur redressement, si celles-ci sont menées à bien.

Et comme le rappelait si bien un auteur, "la règle de droit n'est qu'une technique au service d'une finalité pratique"; il suffit alors de manier les dispositions de notre droit commun en la matière, de les interpréter dans le sens du redressement de l'entreprise, pour comprendre qu'elles peuvent apparaître beaucoup plus intéressantes qu'on pourrait le croire.

Enfin les réformes entamées depuis quelques années ont abouti à l'adoption depuis, le 10 Septembre 2015 à Grand Bassam (en Côte d'Ivoire) à l'adoption du Nouvel Acte sur les procédures collectives d'apurement du passif⁶.

La lecture de ce nouvel Acte uniforme réconforte notre position quant à une volonté insistante voire prioritaire du législateur, à préserver l'activité économique des entreprises. En effet les nouvelles dispositions relatives aux procédures de sauvegarde des entreprises, en sont plus que jamais révélatrices; sans compter l'institution de nouvelles procédures préventives que sont la médiation et la conciliation, destinées tous à assurer cet objectif. A cela s'ajoutent l'institution de procédures simplifiées de règlement préventif, de redressement judiciaire et de liquidation des biens pour les petites entreprises.

Les réformes ainsi intervenues, semblent être dans la voie, de donner de plus en plus à ses dispositions, un contenu en adéquation avec les réalités économiques politiques et sociales, conformément aux aspirations de la doctrine africaine. Qu'il est enfin satisfaisant de constater que celles-ci se sont véritablement résolues à consolider les acquis en la matière et réconforter notre position; même si des efforts restent, cependant à faire.

Mais il convient dès à présent de préciser que notre étude reste axé sur l'Acte uniforme ancien, et qu'il sera fait référence du nouveau toutes les fois que cela s'avérera nécessaire.

⁶ L'adoption du nouvel Acte uniforme sur les procédures collectives a eu lieu en pleine rédaction finale de ce mémoire. Pour autant l'on y fera référence toutes les fois que cela s'avère nécessaire; mais il convient de préciser que l'ancien acte uniforme reste le cadre de notre étude, ce d'autant plus que, que le nouveau ne sera pleinement en vigueur au niveau des Etats-parties que 90 jours après leur adoption conformément à l'article 9 du traité, soit à partir de Décembre 2015

Ainsi en l'état actuel des textes, il existe une réelle volonté de préservation de l'activité économique des entreprises en difficulté que nous tenterons de démontrer (**Chapitre I**), même si son efficacité reste amoindrie à bien des égards (**Chapitre II**).

CHAPITRE I : La réalité d'une volonté de préservation de l'activité économique des entreprises en difficulté en droit OHADA

Malgré sa volonté, somme toute affichée, d'énoncer que les procédures prévues dans l'Acte Uniforme, sont organisées en vue de l'apurement collectif du passif du débiteur. Il n'en reste pas moins que le législateur OHADA n'est pas resté insensible à l'impact négatif de la disparition des entreprises sur l'économie nationale. C'est ainsi que dans les procédures destinées à assurer la sauvegarde de l'entreprise, que sont le règlement préventif et le redressement judiciaire, le législateur a édicté des mesures susceptibles de préserver la situation du débiteur en difficulté en attendant l'adoption d'un plan de sauvetage de l'entreprise (**Section I**). Corollairement à ces mesures, il est mis à la charge du débiteur, l'obligation de proposer un concordat sérieux susceptible d'assurer le redressement de l'entreprise et agréé par ses créanciers (**Section II**).

Section I: Les mesures préliminaires préservatrices de la situation du débiteur en difficulté

Certaines affectent directement la situation du débiteur et ont une influence favorable sur la situation de celui-ci (**Paragraphe I**), tandis que d'autres restent favorables à la poursuite de son activité en attendant l'adoption du plan de sauvetage de l'entreprise (**Paragraphe II**).

Paragraphe I: Les mesures affectant favorablement la situation du débiteur

Ces mesures sont principalement de deux ordres. La première crée une véritable situation de droit favorable à l'entreprise. Elle est qualifiée d'autoritaire et d'exceptionnelle. En ce sens qu'elle intervient de plein droit sur décision du juge et suspend exceptionnellement les droits de poursuite des créanciers insatisfaits du débiteur (**A**).

La seconde quant à elle, moins qu'une mesure, apparaît comme une conséquence de la première, et vise à consolider les restrictions édictées dans le cadre de ces procédures (**B**).

A. La mesure exceptionnelle de suspension des poursuites individuelles

En procédure de prévention des difficultés tout comme dans celle de redressement judiciaire, le législateur OHADA n'a pas manqué de reprendre une règle classique du droit des procédures collectives. Cette mesure est assez préservatrice de la situation du débiteur en ce sens qu'elle fait d'une part obstacle à l'exercice par les créanciers de leurs

droits peu importe la nature de ceux-ci **(a)**, et d'autre part elle constitue un moyen efficace de limiter les effets d'une situation déjà difficile de l'entreprise **(b)**.

a) Une mesure exorbitante de droit commun

La mesure paraît opportune en période de difficultés. Elle a des origines lointaines, et a toujours été instituée dans un but d'accorder un répit au débiteur en situation difficile. A cet effet elle constitue un moyen efficace de protection du débiteur en difficulté en raison notamment de son prononcé par le juge. La règle de suspension des poursuites individuelles remonte aussi longtemps qu'on pourrait le croire et a toujours été utilisée dans un souci de protection des entrepreneurs. Elle est apparue en France dès 1673. En effet sous le règne du Roi Louis XIV l'ordonnance de commerce de Colbert, a créé ce qu'on appelle "des lettres de Répit"⁷. Celles-ci étaient émises par le Roi qui pouvait accorder des délais et même ordonner la suspension des poursuites à l'encontre du débiteur de bonne foi, ce dernier devant, pour ce faire, abandonner ses biens au profit de ses créanciers.

Elle sera plus tard consacrée en tant que procédure autonome, avec la loi du 13 juillet 1967 relative au règlement judiciaire et à la liquidation des biens. Cette loi, pour préserver les entreprises importantes, dont la disparition causerait un trouble grave à l'économie nationale ou régionale, institua une procédure sélective dite de suspension provisoire des poursuites, réservée aux grandes entreprises connaissant des difficultés sérieuses mais qui ne sont pas encore en état de cessation des paiements et dont le sauvetage est compatible avec l'intérêt des créanciers. Les réformes intervenus ultérieurement en 1994 et notamment en 2005, consacrent également la règle à travers les procédures de sauvegarde de l'entreprise.

Le législateur africain, à la suite de celui français, a repris la règle de suspension des poursuites individuelles, consacrée tout comme en matière de règlement préventif qu'en procédure de redressement judiciaire, à travers les articles 8, 9 et 75 de l'AU/PC. Dans les deux procédures, elle répond à l'objectif principal et unique de mettre le débiteur à l'abri des poursuites anarchiques des créanciers, susceptibles de faire obstacle à l'objectif de sauvetage de l'entreprise.

Ainsi en matière de règlement préventif, la décision de suspension des poursuites individuelles est rendue par le Président de la juridiction compétente, saisie par le débiteur, voulant être admis en règlement préventif. Cette saisine est volontaire et relève de l'initiative exclusive du débiteur connaissant une situation difficile mais non irrémédiablement compromise.

Elle se fait par le biais d'une requête, à la quelle le débiteur enjoigne toutes les pièces justificatives prévues à l'article 6 de l'AUPC, ainsi qu'une offre de concordat déposée en même temps ou au plus tard dans le délai de trente jours. Le législateur subordonne le prononcé de la mesure de suspension des poursuites, par le juge, au dépôt obligatoire d'un

⁷ AURIEAU, Les lettres de répit, thèse, Bordeaux, 1910: "Le répit est une surséance qui est accordée par le roi aux débiteurs qui, par des accidents fortuits et imprévus, se trouvent hors d'état de payer leurs dettes dans le temps alors qu'ils sont poursuivis par les créanciers et qui, ayant plus d'effets que de dettes, n'ont besoin que de quelques délais pour s'acquitter par la vente de leurs biens et par le recouvrement de ce qui leur est dû".

concordat. Le dépôt de ce concordat est à ce titre exigé à peine d'irrecevabilité de la requête, et conditionne le bénéfice par le débiteur de la mesure. Le débiteur est donc dans l'obligation d'élaborer et de déposer un concordat pour pouvoir prétendre valablement à une suspension des poursuites. Enfin en l'absence du contradictoire, la décision du juge est rendue sous la forme d'une ordonnance et produit tous ses effets dès son prononcé.

En revanche, en matière de redressement judiciaire, cette mesure ne fait pas l'objet d'une décision autonome rendue sur demande du débiteur. En effet elle résulte implicitement du jugement prononçant l'ouverture de la dite procédure⁸. Elle constitue au même titre que l'arrêt du cours des intérêts par exemple, l'une des conséquences majeures de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire.

Mais précisons que, tout comme, dans la première procédure, le débiteur reste également soumis à l'obligation de proposer un concordat pour être admis en une telle procédure et bénéficier par conséquence de la suspension des poursuites.

Dans les deux procédures, il convient de signaler que l'objectif est le même : l'arrêt des poursuites engagées contre le débiteur. L'intérêt de cette mesure, dans ces procédures tient au fait qu'elle est automatique, le juge n'a pas ainsi à se faire une idée sur la viabilité des propositions du débiteur à ce stade. Ainsi en procédure de règlement préventif, au regard de l'article 8 de l'AUPC, le président de la juridiction compétente ne semble disposer d'aucun pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité du prononcé de la décision. Le texte dispose, en effet, que "dès le dépôt de la proposition de concordat préventif, celle-ci est transmise, sans délai, au Président de la juridiction compétente qui rend une décision de suspension des poursuites individuelles...". Cela veut donc dire que le juge est tenu de prononcer de manière automatique la suspension des poursuites dès réception de l'offre de concordat du débiteur en l'absence de toute motivation de sa décision.

Cependant il convient de souligner qu'avec le nouvel Acte uniforme, elle n'apparaît plus comme une étape en prélude à l'ouverture de la procédure de règlement préventif mais constitue un de ses effets, puisque la procédure s'ouvre désormais de plein droit, dès le dépôt d'un concordat sérieux. Mais en tout état de cause l'objectif et le but poursuivis restent le même, et son efficacité se mesure quant à ses effets sur la situation du débiteur.

b) Une mesure efficace quant à ses effets sur la situation du débiteur

Il convient de souligner qu'une telle mesure paraît être édictée dans l'intérêt de l'entreprise. En ce sens qu'elle constitue un véritable moratoire général en faveur du débiteur. En effet plutôt que précipiter l'entreprise dans l'impasse, et de laisser ses créanciers le démanteler, le législateur OHADA a fait l'option d'attenter à leurs droits, en faisant obstacle à toute poursuite de leur part.

La suspension des poursuites individuelles bien qu'étant provisoire, a des effets non indéniables sur la situation du débiteur en raison de son domaine très vaste. Dans les deux procédures, elle apparaît alors comme l'inévitable moyen d'assurer la stabilité de l'entreprise, en attendant l'adoption d'un concordat susceptible de sortir l'entreprise de l'impasse. A cet effet, et comme déjà montré, dans les dites procédures, elle semble être obligatoirement subordonnée à la soumission d'une offre de concordat par le débiteur⁹.

⁸ Voir article 75 alinéa 1 de l'AU/PC

Ceci reste compréhensible en raison notamment du caractère exceptionnel de la mesure et de ses conséquences sur les relations entre le débiteur et ses créanciers¹⁰. Il s'y ajoute que l'objectif de sauvetage de l'entreprise, prévalant, il est important que le débiteur pour pouvoir bénéficier d'une telle mesure, puisse présenter le minimum de garantie quant à sa réelle volonté de redresser son entreprise, par le dépôt d'un concordat¹¹.

Le domaine de la mesure est très vaste. Elle peut concerner tous les créanciers de l'entreprise, antérieurs à l'ouverture des procédures; seuls y échappent, les créanciers que la loi y soustrait expressément, ou ceux écartés par le débiteur dans sa requête dans le cadre du règlement préventif. Toutefois au vue des dispositions nouvelles, l'exception qui concernait ces derniers créanciers semble ne plus être de mise¹². La nouvelle solution a donc le mérite de mettre tous les créanciers antérieurs de l'entreprise dans l'inertie sans distinction aucune, ce qui paraît fort favorable à la préservation de la situation du débiteur.

Dans tous les cas, la mesure suspend toutes les poursuites déjà intentées, de même qu'elle interdit toute nouvelle poursuite. De manière générale la suspension concerne tous les actions tendant à obtenir paiement des créances peu importe la nature chirographaire ou privilégiée de celle-ci; les voies d'exécution ainsi que les mesures conservatoires y compris celles d'exécution extrajudiciaire.

Ne sont pas concernés les actions tendant à faire reconnaître des droits ou des créances contestés, les créances de salaires, et les actions cambiaires dirigées contre les signataires autre que le bénéficiaire de la suspension dans le cadre du règlement préventif. En matière de redressement judiciaire, en revanche, il semble aujourd'hui qu'il n'y ait plus aucune exception à cette mesure¹³, tous les créanciers antérieurs semblent donc être concernés par la suspension des poursuites.

Cependant y sont exclus, les créanciers postérieurs à l'ouverture des procédures. Le fait que le législateur fait échapper ces créanciers, à la mesure de suspension, peut constituer un obstacle à l'objectif de redressement, des procédures, notamment pour ceux dont les montants sont très importants, mais qui sont nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise. Mais l'on comprend que dans le but d'attirer ceux-ci, le législateur ait fait

9 En matière de règlement préventif, par exemple, l'article 8 subordonne le prononcé de la suspension des poursuites au dépôt obligatoire d'un concordat; la même exigence semble prévaloir également en procédure redressement judiciaire au vue des dispositions y relatives.

10 Le législateur entoure la mesure d'un grand sérieux, mais il n'empêche que son bénéfice pour un but purement dilatoire reste une réalité, notamment en règlement préventif. Mais les juges sauront faire la différence, et le débiteur récalcitrant reste soumis dans tous les cas à toutes les autres obligations dont dépend son bénéfice.

11 Cependant il reste vrai qu'au dépôt de la proposition, le juge n'a à ce stade des procédures, aucun pouvoir d'appréciation sur le caractère sérieux ou non du concordat. Le dépôt s'analyse ainsi en une simple condition de forme que le débiteur est tenu de respecter, mais il constitue quand même le préalable à l'ouverture des procédures dont dépend le bénéfice de la mesure.

12 Voir article 9 nouveau de l'AUPC

13 Voir art 75 nouveau de l'AUPC, cependant les alinéas 4 et 5 semblent apporter des exceptions sous certaines conditions: celle prévue par l'al 4 a toujours été de mise et concerne les créances contestées mais l'action y relative ne peut être exercée que sous certaines conditions; alors que celle de l'al 5, nouvelle, paraît moins explicite.

le choix de les exclure d'une quelconque suspension de leurs poursuites à l'égard du débiteur. Il en est ainsi car de tels créanciers constituent de véritables partenaires indispensables à la poursuite de l'activité, ce qui justifie que le législateur les traite de façon si particulière et privilégiée.

Dans le but de lui donner plus d'efficacité l'article 22 de l'AU/PC énonce également que la mesure de suspension des poursuites n'est susceptible d'aucune voie de recours. On pourrait penser que la même interdiction s'applique également en matière de redressement. En effet l'article 216 relative aux voies de recours en matière de redressement n'y fait pas référence. Il s'y ajoute que dans le cadre de cette procédure, il n'est prévu aucun moyen d'y faire obstacle. La seule possibilité de limiter ses effets dans le temps consisterait pour le créancier récalcitrant, d'interjeter un recours en appel contre la décision homologuant le concordat.

Et dans ce cadre même, cette possibilité ne lui est pas offerte, si on s'en tient à l'article 129 de l'AU/PC.

Mais aujourd'hui, le législateur l'en ayant réduite en simple effet de l'ouverture des procédures, l'a conséquemment dénuée de toutes ces restrictions. Puisqu'il est possible à travers, l'exercice d'un appel contre les procédures qui y sont à l'origine, d'y faire obstacle¹⁴. Mais dans tous les cas l'exercice de l'appel ne peut empêcher la mesure de produire plein effet, car les décisions y relatives sont exécutoires par provision. L'appel n'est donc pas suspensif, ce qui permet à la mesure de garder ainsi toute son efficacité.

La suspension des poursuites, dans le cadre des procédures de sauvegarde, semble ne pas être la seule mesure prévue en ce sens par le législateur OHADA. En effet un auteur a également pu parler de suspension des poursuites, relativement au délai de trois ans accordé au débiteur par ses créanciers pour l'exécution de ses obligations concordataires¹⁵, et prévu par l'article 15-2. La mesure ainsi étudiée, entraîne nécessairement et corolairement des restrictions que le législateur a su consolider et aménager, toujours dans un objectif de redressement de l'entreprise.

B) Les restrictions aux droits des créanciers

Ces restrictions sont le plus souvent justifiées par un souci de sauvetage de l'entreprise **(a)**; et étant faites dans l'intérêt de l'entreprise, il ne peut y être dérogé sous peine de révision des droits des créanciers récalcitrants **(b)**.

a) Des restrictions justifiées par un souci de sauvetage de l'entreprise

Les limitations apportées par le droit OHADA, quant aux droits des créanciers, ne concernent pas tous les créanciers de l'entreprise

Dans les procédures de sauvegarde, elle concerne généralement les créanciers antérieurs à l'ouverture des procédures. Ceux d'après ouverture, étant souvent considérés comme des partenaires de l'entreprise, des créanciers dont la venue est plutôt souhaitée selon l'expression de certains.

Deux raisons expliquent essentiellement cette prééminence des créanciers postérieurs sur les créanciers antérieurs. D'abord ces créanciers doivent être encouragés à contracter avec

¹⁴ Voir art 23 et 129 nouveau de l'AUPC

¹⁵ NGUIHE KANTE Pascal, Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, précité

l'entreprise dont on connaît officiellement les difficultés, sinon personne n'accepterait de lui faire confiance, donc de lui accorder un crédit.

Il s'y ajoute que le paiement du passif antérieur au jugement d'ouverture doit être momentanément gelé, c'est à dire suspendu, pour permettre à l'entreprise de maximiser ses chances de redressement et rendre le paiement des créanciers plus équitable.

Ce qui justifie ainsi que ces créanciers bénéficient d'un traitement plus ou moins de faveur.

Il doit en être ainsi, car on considère que, la réussite du redressement de l'entreprise passe, non seulement par un aménagement de la dette antérieure, mais aussi par l'apport de fonds nouveaux¹⁶.

C'est ainsi même que l'article 117 de l'AUPC révèle expressément leur préférence, en énonçant, que les dettes nées régulièrement après l'ouverture de la procédure, sont préférées et payées avant les créances antérieures¹⁷. Ce privilège est également consacré par les articles 11-1 et 33-1 nouveaux, pour les créanciers ayant consenti un nouvel apport en trésorerie ou fourni un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité. Cette solution incitative à l'endroit de ces créanciers est consacrée en droit français, depuis longtemps. Elle vise à favoriser efficacement le redressement de l'entreprise, par le biais du privilège ainsi accordé aux créanciers postérieurs, qui constituent à bien des égards de véritables partenaires de l'entreprise.

Relativement aux créanciers concernés c'est-à-dire, les créanciers antérieurs, ils ne peuvent ni exiger ni obtenir encore moins tenter une action relative à un quelconque paiement contre leur débiteur en difficulté. De même qu'ils ne peuvent exercer les voies d'exécution.¹⁸

A cet effet en matière de règlement préventif en plus de l'arrêt de leurs poursuites, ils ne peuvent entre autres, en interprétation de l'article 11, recevoir paiement de leur débiteur ne serait-ce qu'en partie; de même qu'ils ne peuvent exiger de celui-ci l'octroi de sûretés conventionnelles quelconque.

En matière de redressement judiciaire, les mêmes restrictions frappent les créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure. Ainsi ils ne peuvent recevoir paiement de leur débiteur, ni se faire consentir des sûretés sur leurs créances, et le législateur annonce même à ce titre un arrêt total du cours des inscriptions de toute sûreté mobilière ou immobilière¹⁹. L'interdiction vise principalement les sûretés prises avant le jugement d'ouverture et qui ne seraient pas encore publiées à la date de celui-ci. Si malgré

¹⁶ Michel Jeantin et Pierre Le Cannu, "Droit Commercial, Entreprises en difficulté", 7ème éd., n° 775 et svts.

¹⁷ Filiga Michel Sawadogo, obs. sous art. 117, AUPC in, OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, 3ème éd., Juriscope, 2008

¹⁸ Les voies d'exécution sont réglementés par l'Acte Uniforme sur les procédures simplifiées et voies d'exécution (AU/PSRVE) adopté en 1998, les dispositions de celui-ci respectent la décision de suspension des poursuites prononcés par le juge en vertu de l'article 8 de l'AUPC, ou applicable de plein droit à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.

¹⁹ Voir article 73 de l'AUPC

l'interdiction, il est procédé à la publication de la sûreté, celle-ci vont être annulées ou déclarées inopposables.

De même les créances qui leur sont dues, cessent de produire de plein droit des intérêts: on parle d'arrêt du cours des intérêts.

Il s'y ajoute qu'en cette procédure, ces créanciers sont également soumis à certaines obligations, liés aussi bien à un souci de discipliner leur demande de paiement, qu'à celui de maximiser les chances de redressement de l'entreprise.

Ainsi ils ne peuvent plus exercer individuellement leurs droits. Ils sont constitués en une masse représentée par le syndic, qui seul agit en son nom et le représente, conformément à l'article 72 de l'AU/PC. La masse a une personnalité juridique consacrée depuis longtemps, notamment en jurisprudence française²⁰.

En outre ils sont tenus, de produire leurs créances, pour pouvoir prétendre au paiement, conformément aux articles 78 et suivants de l'AUPC²¹. A défaut d'une telle production, ils sont frappés de la forclusion; et ne peuvent être réhabilités que dans les conditions très strictes de l'article 83 de l'AUPC. Dans le cas même, où ils sont relevés de cette forclusion, ils ne pourront concourir que pour les répartitions de dividendes postérieures à leur demande.

Il en découle alors, que dans les procédures de sauvegarde, tous les créanciers antérieurs dont les dettes grevaient le patrimoine du débiteur et dont le non-paiement a mis au jour les difficultés financières de celui-ci, sont limités dans l'exercice de leurs droits.

Cependant quelque atténuation reste de mises, pour certains créanciers antérieurs en raison de leurs droits particuliers, ou en raison de leurs personnes même.

La principale explication tient au fait que ces créanciers ont des droits particuliers, que le droit des entreprises en difficultés ne peut ignorer, et qu'il a tenu à tout le moins à faire respecter. Ainsi est-il reconnu à certains créanciers, lorsque les conditions sont réunies, le droit de revendiquer la propriété des biens remis ou vendus aux débiteurs mais non intégralement payés ou faisant l'objet d'une clause de réserve de propriété. De même lorsque les créanciers ont des dettes envers le débiteur en difficulté, de procéder valablement à une compensation entre celles-ci sous certaines conditions. On parle dans

²⁰La Cour de cassation française a en effet eu à rendre une décision dans laquelle elle reconnaissait la personnalité juridique à la masse en énonçant que: "la personnalité morale n'est pas une création de la loi ; elle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés" Civ., 28 janvier 1954 JCP 1954, 2, 7978 ; Dalloz 1954, 217, note Levasseur. Cependant notons qu'en droit française, la masse a été supprimée par la loi française du 25 janvier 1985, qui a confié la représentation des créanciers à un auxiliaire de justice.

²¹ Selon les articles 78 et svts de l'AUPC, "les créanciers sont constitués en une masse, ils doivent produire leurs créances auprès du syndic dans le délai de trente jours suivant la deuxième insertion dans un journal d'annonces légales annonçant l'ouverture de la procédure en remettant au syndic, directement ou par pli recommandé, une déclaration indiquant le montant de la créance du au jour de la décision d'ouverture, les sommes à échoir, et les dates de leurs échéances"

le premier cas d'action en revendication²², et dans le second de compensation de dettes échues.

Les autres créanciers principalement concernés par les atténuations, sont les salariés et le bailleur d'immeubles. Concernant les salariés, ils sont autorisés à réclamer leurs salaires à n'importe quelle stade des procédures. Ce privilège leur est reconnu que ce soit aussi bien en règlement préventif qu'en redressement judiciaire. Relativement au bailleur d'immeuble, les articles 97 et 98 de l'AUPC, lui reconnaissent des droits non négligeables. Ainsi il bénéficie d'un privilège assez intéressant selon que le bail est résilié ou non, de même qu'il peut demander et obtenir, malgré l'ouverture de la procédure, la résiliation du bail, notamment lorsque les garanties offertes pour garantir son privilège, sont jugées insuffisantes par la juridiction compétente.

Il reste dans tous les cas que la loi sévit lorsque les créanciers ou le débiteur en difficulté méconnaît les restrictions qui pèsent sur leurs droits.

b) La révision des droits des créanciers en cas de violation des restrictions

Les restrictions apportées aux droits des créanciers de l'entreprise ne peuvent avoir l'efficacité voulue en l'absence de sanctions adéquates. C'est ce qu'a compris le législateur en édictant la révision des droits des créanciers, à chaque fois qu'il a été méconnu, les règles mises en place en période de difficultés.

Ainsi à l'ouverture des procédures de sauvegarde, les créanciers antérieurs en plus de voir leur droit d'agir restreint, sont également tenus de ne pas profiter des difficultés de l'entreprise pour réclamer certains droits ou faveurs.

Ainsi que ce soit aussi bien en matière de règlement préventif qu'en matière de redressement judiciaire, la sanction par l'inopposabilité des actes accomplis frauduleusement, ou en violation des interdictions pesant sur le débiteur, restent de mise.

A cet effet en procédure de règlement préventif, les créanciers antérieurs à la décision de suspension des poursuites individuelles, ne peuvent exiger ni recevoir paiement du débiteur en difficulté, sous peine d'inopposabilité. Ces créanciers ne peuvent donc réclamer paiement de leurs créances, quand bien même, celles-ci seraient échues. Cette interdiction découle déjà de la mesure de suspension des poursuites prévue par l'article 8. L'article 11 entérine ainsi l'interdiction en sanctionnant par l'inopposabilité tout acte accompli en violation de celle-ci.

Un auteur a ainsi souligné que ces interdictions constituaient la contre partie des limitations qui frappent les créanciers à travers la suspension des poursuites individuelles²³. Mais il ne saurait en être autrement, car on ne peut par souci de préserver l'entreprise en difficultés, interdire toute poursuite contre celle-ci et en même temps permettre le paiement des créanciers dont les demandes ont remis en jour les difficultés de l'entreprise.

²² Il convient de préciser, qu'aujourd'hui la revendication fait l'objet de toute une procédure exhaustivement réglementée par les articles 101 nouveau et suivants de l'AUPC.

²³ Voir F- M- Sawadogo obs. sous art. 11, AUPC in, OHADA, précité

Il s'y ajoute qu'aujourd'hui, plus qu'une inopposabilité, l'article 11 nouveau sanctionne par une nullité de droit, tout paiement reçu par les créanciers précités. Cette même nullité frappe tous les droits que les futurs cocontractants de l'entreprise tiendraient du débiteur en difficulté, toutes les fois que les actes ainsi entrepris seront considérés comme étrangers à l'exploitation normale de l'entreprise. Il en est ainsi lorsque le débiteur accomplit des actes n'ayant aucun lien avec l'activité normale de l'entreprise. C'est le cas notamment lorsque le débiteur procède à une vente des immobilisations nécessaires à l'exploitation de l'entreprise ou cède des stocks de matières premières destinés à production.

De même cette inopposabilité, ou nullité aujourd'hui, frappe les actes du débiteur consistant à consentir des sûretés à ses créanciers ou à désintéresser en retour les cautions qui ont acquitté ses dettes.

Tout compte fait ces actes ne peuvent échapper à la sanction de nullité de droit que s'ils ont été autorisés par le Président de la juridiction compétente.

En ce qui concerne la procédure de redressement judiciaire la sanction par l'inopposabilité reste de mise pour certains actes accomplis pendant la période dite suspecte. Cette inopposabilité pourrait également s'appliquer aux actes postérieurs à l'ouverture de la procédure, qui gênent l'objectif de redressement, notamment lorsqu'ils ont été accomplis en violation de règles d'assistance.

On considère comme période suspecte, la période comprise entre la date de la cessation des paiements et le jour du jugement d'ouverture; et elle est limitée à un maximum de 18 mois par l'AUPC.

A cet effet les articles 67 et suivants de l'AUPC énoncent les actes pouvant être déclarés de droit ou facultativement inopposables par le juge ainsi que leur sort.

L'intérêt des inopposabilités de la période suspecte résulte de ce qu'elles contribuent à rétablir l'égalité entre les créanciers mais également et surtout à sanctionner les fraudes.

Mais il faudrait faire la distinction entre les inopposabilités de droit que le juge est tenu de prononcer dès lors que les conditions sont réunies (article 68 AUPCAP) et inopposabilités facultatives pour lesquelles, même si toutes les conditions sont réunies, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation pour prononcer ou ne pas prononcer l'inopposabilité (article 69 AUPCAP).

En tout état de cause, il reste que la créance n'est pas nulle. Il demeure mais reste sans effet à l'égard de la masse des créanciers. Ainsi par exemple le créancier dont le paiement est déclaré inopposable rend ce qu'il a reçu et produit pour être dans la masse ; celui dont la sûreté est déclarée inopposable devient chirographaire ; en revanche le bénéficiaire d'une libéralité doit rendre ce qu'il a reçu sans pouvoir prétendre au moindre paiement dans la procédure (article 71 AUPCAP).

Paragraphe II: Les mesures complémentaires inhérentes à la protection de l'activité de l'entreprise

Préalablement au sauvetage de l'activité de l'entreprise, le législateur communautaire a édicté un principe général de poursuite de plein droit des contrats dans les deux procédures nonobstant l'apparition des difficultés (A). De même que dans une procédure telle que celle de redressement judiciaire ou le débiteur en cessation des paiements fait l'objet de beaucoup de restrictions, le législateur a choisi de prescrire expressément et contrairement au droit antérieur la poursuite de plein droit de son activité (B).

A) La continuation de plein droit des contrats en cours nonobstant les difficultés

Il est vrai que loin d'une instrumentalisation économique à la française, le législateur communautaire a, dans un objectif de redressement de l'entreprise, cherché à l'instar de la France, à tirer le maximum d'une poursuite des contrats en cours.

Ce principe constitue ainsi un moyen efficace de maintenir les contrats indispensables et susceptibles d'assurer la préservation de l'activité de l'entreprise **(a)**; mais il reste encadré notamment en procédure de redressement judiciaire, où l'option y relative est reconnue au seul syndic **(b)**.

a) Un moyen de maintien des contrats indispensables à la poursuite de l'activité de l'entreprise

Dès lors qu'une entreprise est en difficulté, de profondes répercussions s'ensuivent le banquier voudra mettre fin à son concours, le fournisseur à cesser de livrer, le cocontractant à suspendre une prestation indispensable, le bailleur à dénoncer le bail commercial. A ce titre, le législateur a mis en place une règle prévisionnelle qui limite les conséquences désastreuses d'un événement inattendu sur les relations contractuelles d'une entreprise. Il s'agit de la règle de continuation de plein droit des contrats. Il concerne tous les contrats en cours à l'ouverture des procédures de sauvegarde à l'exception de certains limitativement énumérés par le législateur

Que faut-il entendre d'abord par contrats en cours?

On considère, qu'il s'agit généralement de tous les contrats en cours d'existence et non complètement exécutés au jour de la décision de suspension des poursuites ou du jugement déclaratif d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire. Il en est ainsi de tous les contrats dont la prestation caractéristique à la charge du partenaire contractuel du débiteur n'a pas été complètement exécutée. On en déduit également qu'il s'agit de tous les contrats n'ayant pas épuisé leurs effets fondamentaux au jour du jugement d'ouverture²⁴. L'ouverture des procédures n'entraînant pas la résiliation des contrats, il en résulte alors que celles-ci restent sans effet sur les contrats. Ainsi si le contrat était en cours, il le reste après le jugement d'ouverture, et s'il était déjà arrivé à terme ou résilié, il le demeure. Il ne s'agit donc pas de rompre le lien contractuel ou de faire renaitre celui-ci. Il suppose tout simplement qu'à l'ouverture des procédures, le contrat ne soit ni résilié, ni arrivé à terme. A défaut la règle de la continuation des contrats ne peut trouver application.

Précisons qu'en redressement judiciaire, le principe est clairement énoncé par l'article 107 de l'AU/PC qui prévoit qu' "hormis pour les contrats conclus en considération de la personne et ceux expressément prévus par la loi de chaque Etat- partie, la cessation des paiements déclarée par décision de justice n'est pas une cause de résolution et toute clause de résolution pour un tel motif est réputée non écrite".

En matière de règlement préventif, bien que n'étant pas prévu par aucun texte particulier, il n'en reste pas moins qu'on pourrait penser que la mesure s'applique également en cette matière. En effet le potentiel économique de l'entreprise devant être préservé dans cette procédure, il en résulte alors que les liens contractuels qui constituent un élément

²⁴ Georges Ripert et René Roblot "Traité de droit commercial", par Pierre DELEBECQUE et Michel GERMAIN., tome 2, LGDJ, 14ed.

essentiel de l'actif de l'entreprise, doivent être nécessairement sauvegardés, d'où la nécessité de maintenir, par principe, les contrats en cours. Au surplus le législateur en énonçant que la cessation des paiements n'est pas une cause de résolution, il en découle, à fortiori, qu'en l'absence de celle-ci, le débiteur en faveur duquel est ouverte une procédure de règlement préventif devrait pouvoir également bénéficier de cette mesure. Ce, d'autant plus qu'il est, par hypothèse, in bonis, et donc pas en cessation des paiements. Il reste, également, qu'on peut trouver des indices d'une volonté du législateur, quant à l'application de ce principe, en matière de règlement préventif, à travers l'article 7 de l'AU/PC. Le dit article prévoit en effet que le débiteur a la possibilité de demander la poursuite de l'exécution de contrats conclus antérieurement à la requête. Ainsi en interprétation des articles précités, on peut penser que tous les contrats en cours d'existence et non complètement exécutés au jour de la décision de suspension des poursuites devraient pouvoir être valablement continués.

Cependant cette règle est limitée dans son efficacité en ce sens que le législateur en a exclu certains contrats qui peuvent se révéler importants ou du moins nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise.

L'Acte uniforme, à cet effet, prévoit en son article 107, la résolution de plein droit des contrats conclus *intuitu personae* ainsi que de ceux expressément prévus par la loi nationale de chaque Etat-partie²⁵

Les contrats *intuitu personae* sont ceux généralement conclus, en prenant compte certaines qualités personnelles du cocontractant, telles que l'identité la solvabilité l'honorabilité voire la compétence personnelle. Ils sont donc caractérisés par l'importance accordée à la personne du contractant, au moment de l'établissement du lien contractuel. La résolution automatique de cette catégorie de contrats décidée par le législateur semble être motivée par le souci de respecter la dimension personnelle de ce type d'engagement. Cependant, il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit des affaires, et que les partenaires ne sont pas toujours choisis *intuitu personae*.

Le législateur énonce engagement que les Etats parties au traité OHADA ont la latitude, par une loi nationale, d'exclure certains contrats du principe de continuation.

La nature de ces types de contrats est soumise à un régime particulier qui n'est pourtant pas précisé. On peut imaginer qu'il puisse s'agir, comme le précise un auteur, par exemple, des marchés publics passés au nom de l'Etat, lesquels sont résiliés de plein droit par l'autorité signataire et sans indemnité, en cas de liquidation des biens ou de redressement judiciaire, si le cocontractant d'administration n'est pas autorisé par le tribunal, à continuer l'exploitation de son entreprise²⁶.

25 Voir article 107 ancien de l'AU/PC: "Hormis pour les contrats conclus en considération de la personne et ceux expressément prévus par la loi de chaque Etat- partie, la cessation des paiements déclarée par décision de justice n'est pas une cause de résolution et toute clause de résolution pour un tel motif est réputée non écrite".

26 Serge Guinchard et Th- Debard , Lexique des termes juridiques, 18ème éd., Dalloz, 2011 il s'agit "des contrats conclus par l'Etat, les collectivités locale et les établissements publics administratifs avec des personnes privées, en vue de la réalisation des travaux de ou de la fourniture des biens ou de services. Ils sont assujettis à des règles précises de fond et de forme, en vue d'assurer le respect des principes de liberté, d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

De telles exclusions peuvent être critiquées, en ce sens qu'elles peuvent faire obstacle à l'objectif de redressement de l'entreprise, notamment lorsque la poursuite de ces contrats s'avère nécessaire ou indispensable à la poursuite de l'activité. Ce faisant le législateur communautaire, s'est inévitablement engagé dans une contradiction qui ne peut être qu'être déplorable²⁷.

Fort heureusement les nouvelles réformes ont tenu compte de telles critiques, puisque le principe de continuation des contrats s'applique désormais à tous les contrats, nonobstant même toute disposition légale ou clause contractuelle. Les seuls contrats qui échappent à ce principe restent ceux de travail. Et l'on comprend que le législateur ait adouci cette mesure à l'endroit des travailleurs. Il s'est agi sûrement de protéger ces derniers, en les libérant d'un travail devenu difficile ou précaire au vue des conditions d'exécution, liées notamment à l'existence des difficultés de l'entreprise. Ce qui est acceptable si l'on sait qu'à ce stade, il est reconnu au seul syndic la faculté d'exiger ou non l'exécution des contrats en cours.

**b) Une continuation subordonnée à l'exercice d'une option reconnue
c) au seul syndic**

La continuation des contrats prévue dans la procédure de redressement judiciaire n'est pas automatique. Le débiteur étant en principe déchargé, il revient au seul syndic, d'user de la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours à charge de fournir la prestation promise à l'autre partie.

Ainsi donc le syndic peut en se fondant sur l'intérêt de l'entreprise voire des créanciers même, décider de poursuivre ou de ne pas poursuivre l'exécution de tel ou tel contrat en cours.

Ce principe est ainsi édicté dans un but d'assurer à mieux la poursuite de l'activité de l'entreprise. Et il est normal que le sort du contrat dépend du choix non de l'autre cocontractant mais du syndic. Il en est en effet le mieux placé pour exercer cette option, car il est le mieux informé et le plus objectif. Son choix fera donc prévaloir l'intérêt général, sur des considérations égoïstes qui peuvent guider tel ou tel contractant.

A cet effet le choix dépendra à la fois de l'intérêt que le contrat présente pour l'entreprise, ou tiendra compte des considérations financières. Il en est ainsi lorsque le contrat est indispensable pour assurer la survie de l'entreprise en raison des montants importants en jeux, ou lorsque même sa rupture serait de nature à faire obstacle au redressement de l'entreprise en raison de la personne du cocontractant, de son importance et de son poids financier sur le marché.

Ainsi le syndic doit être en mesure de pouvoir demander la poursuite de tous les contrats lui paraissant favorables ou susceptibles de l'épauler dans l'objectif de redressement de l'entreprise. Dans le doute il doit, semble t-il, opter pour la continuation, car c'est la solution la plus propice à un redressement²⁸.

²⁷Ainsi concernant les contrats prévus par les Etats- parties, un auteur a fait observer qu'une telle exception constituait une entrave à l'ambition d'uniformisation du droit africain et pouvait même constituer une dérive, en faisant la promotion de droits nationaux résiduels en ce qui concerne l'exécution des contrats., Algadi-Seid Aziber et ELKOUBI Laurence " La résolution de plein droit des contrats en droit OHADA des procédures collectives", Revue congolaise de droit des affaires, n° 8, 2012, p.25, Ohadata D 13-09

²⁸ Yves Guyon "Droit des affaires, Entreprise en difficultés- Redressement judiciaire-Faillite", 5ed, p238

Précisons cependant que l'option du syndic n'est soumise à aucun délai et ne fait l'objet de formalisme particulier.

En effet selon l'article 108 alinéa 3, il revient au cocontractant de mettre en demeure le syndic par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite, d'exercer son option ou de fournir la prestation promise, dans le délai de trente jours, sous peine de résolution de plein droit du contrat. A cet effet la poursuite peut résulter d'une décision expresse du syndic par laquelle il exerce son option ou découler tacitement de la fourniture par celui-ci de la prestation promise. Et selon l'article 109 alinéa, s'il n'use pas de sa faculté d'option ou ne fournit la prestation promise dans le délai imparti, son abstention ou son inexécution peut donner lieu, outre la résolution, à des dommages et intérêts.

Le syndic a alors tout intérêt à manifester son intention le plus vite possible; ce d'autant plus qu'en période de difficulté, le cocontractant accepte la continuation en accordant souvent des facilités de paiements, les exécutions se faisant étape par étape en fonction des moyens de l'entreprise.

Il s'agit donc, pour celui-ci de mettre à profit, une règle d'ordre public, qui, s'il est bien appliqué, lui permettra d'assurer dans le temps le redressement de l'entreprise et de sauver l'activité.

Précisons enfin, que cet organe, qu'est le syndic, institué par l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, devient un acteur incontournable dans la poursuite de la relation contractuelle. Un autre organe tel que le juge-commissaire, n'est pas aussi en reste, car il est également appelé, en garant du bon déroulement de la procédure et des intérêts en présence, à prendre des décisions de grande importance et notamment lorsqu'il s'agit de conclure de nouveaux contrats.

Dans la procédure de règlement préventif, ce principe reste également de mise, même s'il n'a pas fait l'objet d'une réglementation particulière²⁹. Ceci est par ailleurs lié à la nature de cette procédure. Mais le principe a, autant que, dans la procédure de redressement, besoin de recevoir application. Et nous pensons que le débiteur a également dans ce cadre, tout intérêt à demander à bénéficier de son application, si un créancier venait à lui refuser la poursuite de son contrat en raison de ses difficultés.

Autre fait essentiel, la continuation des contrats en cours ne peut se faire que dans le cadre d'une poursuite de l'activité économique. C'est ce qu'a compris le législateur en énonçant également la poursuite de plein droit de l'activité malgré l'état de cessation des paiements du débiteur.

29 Comme déjà expliqué, en procédure de règlement préventif, le législateur ne fait aucune référence à la poursuite de plein droit des contrats en cours. On comprend une telle position: d'abord parce que cette procédure est purement préventive et on considère que le débiteur est in bonis; il s'y ajoute que souvent les créanciers ne sont pas au courant de l'ouverture de la procédure de règlement préventif, d'où l'inutilité pour le législateur d'édicter de telles règles en ce domaine. Mais rien n'empêche qu'un créancier puisse, au nom de l'ouverture de la procédure de règlement préventif, refuser de renouveler son contrat ou de la continuer. Ceci est loin d'être un cas d'école et est rendu plus plausible en raison de l'obligatoire publicité dont le législateur soumet la décision de règlement préventif au RCCM (voire article 17 de l'AUPC).

B) La poursuite de plein droit de l'activité économique en période de cessation des paiements

Cette mesure se justifie à bien des égards et est innovatrice par rapport au droit antérieur **(a)**; mais il reste que dans ce cadre, la gestion n'est pas laissée à la seule volonté du débiteur, et est soumise à des limites **(b)**.

a) Une mesure incitative pour les entreprises en difficulté

L'ouverture d'une procédure de règlement préventif tout comme celle de redressement judiciaire n'entraîne, malgré l'existence des difficultés le gel de l'activité de l'entreprise. Ainsi en règlement préventif, cet arrêt est impensable si l'on sait que l'entreprise est en simples difficultés et in bonis. Il n'y a donc pas intérêt à discuter de la poursuite de l'activité dans ce cadre.

En matière de redressement judiciaire, en revanche, la poursuite de l'activité de l'entreprise en état de cessation des paiements n'a pas toujours été la règle.

Le droit OHADA en ce sens s'inspirant du droit français, a permis la poursuite de l'activité, même lorsque l'entreprise est en état de cessation des paiements. En effet en France cette poursuite de plein droit est intervenue avec la loi du 25 janvier 1985 qui énonce en son article 35 que " l'activité de l'entreprise est poursuivie pendant la période d'observation".

Ce qui est compréhensible si l'on sait que le redressement a pour but le sauvetage de l'entreprise, il est donc normal que la continuation d'activité soit automatique. Il s'y ajoute que le redressement de l'entreprise, ne serait-ce que celui d'une unité économique, n'est concrètement envisageable que si l'exploitation se poursuit. Une rupture dans l'activité, s'agissant notamment d'une entreprise fragile serait donc un obstacle insurmontable à toute mesure de sauvetage³⁰.

La règle est donc désormais la poursuite de plein droit de l'activité de l'entreprise en droit OHADA. Au surplus, l'article 112 de l'AUPC y relatif ne la soumet à aucune autorisation préalable, elle intervient de plein droit à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire.

Il en est ainsi car l'intérêt de l'entreprise postule même une continuation de l'activité. Cella est d'autant plus acceptable, si l'on sait que l'entreprise fonctionne, et est susceptible de se redresser sinon le tribunal aurait immédiatement prononcé la liquidation. De ce fait il serait absurde d'arrêter l'entreprise pour ensuite lui faire reprendre ses activités. Il s'y ajoute qu'une telle interruption risquerait d'entraîner une disparition de clientèle, généralement sensible à la permanence du fonds du commerce. De même qu'elle serait mal supportée par les salariés contraints au chômage temporaire. Ainsi donc du point de vue de l'entreprise, l'exploitation doit non seulement continuer, mais elle doit continuer dans des conditions aussi proches que celles qui existaient avant le jugement d'ouverture³¹.

La règle de poursuite de plein droit de l'activité de l'entreprise apparaît ainsi comme un moyen indispensable d'assurer le redressement de l'entreprise, et montre ainsi une fois de

30 Corinne Saint Alary Houin, "Droit des entreprises en difficulté, 6ème éd., Montchrestien, 2009, n°540

31 Corinne Saint Alary Houin " Droit des entreprises en difficulté", op.cit

plus que l'objectif de sauvetage des entreprises en difficulté reste de mise en droit OHADA.

En s'y penchant de près, on constate alors que le législateur du droit uniforme s'est résolument engagé dans un objectif de sauver celle-ci, même lorsqu'elle est en état de cessation des paiements, mais que son redressement reste une possibilité. Cependant il faut signaler que cette poursuite n'est pas laissée à la libre disposition du débiteur. Elle se fait sous certaines conditions qu'il convient de respecter sous peine de sanctions.

b) Une mesure assouplie par une gestion contrôlée de l'activité

La poursuite de plein droit de l'activité, en période de cessation des paiements n'est pas sans conséquence sur la situation du débiteur. Elle n'est pas laissée à la seule volonté du débiteur et se fait sous le contrôle vigilant du juge-commissaire et de son représentant qu'est le syndic³².

La poursuite de l'activité de l'entreprise, étant de mise alors que l'entreprise est en état de cassation des paiements, c'est à dire que son actif disponible ne peut plus faire fac à son passif exigible; Il en résulte alors, qu'il s'est agit pour le législateur, d'éviter la dilapidation de l'entreprise ainsi que le dépérissement de son patrimoine.

C'est ainsi que durant la procédure de redressement judiciaire, le débiteur étant dessaisi, la poursuite de l'activité se fait avec l'assistance du syndic. A cette fin l'article 112 relatif à la poursuite de l'activité énonce que l'activité est continuée avec l'assistance du syndic pour une durée indéterminée.

Le fondement de cette assistance se retrouve déjà dans l'article 52 de l'AUPC qui énonce que " la décision qui prononce le redressement judiciaire emporte de plein droit, à partir de sa date jusqu'à l'homologation du concordat ou la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens, assistance obligatoire du débiteur pour tout acte concernant l'administration et la disposition de ses biens sous peine d'inopposabilité de ces actes".

L'assistance signifie que tous les actes importants requièrent le concours du débiteur et du syndic. Par contre, chacun d'eux peut faire des actes conservatoires. De plus, le syndic peut se faire autoriser par le juge-commissaire à agir seul si le débiteur ou les dirigeants refusent de faire un acte nécessaire à la sauvegarde du patrimoine du débiteur.

En sens inverse, le débiteur ou les contrôleurs peuvent contraindre le syndic à accorder son assistance pour accomplir des actes d'administration ou de disposition par décision du juge-commissaire. Enfin, même en cas d'accord du syndic et du débiteur, une autorisation du juge-commissaire est nécessaire pour les actes susceptibles de compromettre la survie de l'entreprise tels que la vente des immeubles ou de certaines immobilisations tels que par exemple les machines.

C'est donc dire que le principe de la continuation n'est pas absolu. En effet le législateur l'encadre et le soumet à certaines conditions.

32 Le syndic et le juge-commissaire constituent les principaux organes de la procédure de redressement judiciaire. Ils sont nommés conformément à l'article 35 de l'AUPC par le jugement d'ouverture de la procédure

Ainsi selon toujours l'article 112 précité, le syndic doit à la fin de chaque période fixé par le juge-commissaire et au moins tous les trois mois, communiquer les résultats de l'exploitation à celui-ci et au représentant du Ministère public.

De même qu'il indique le montant des derniers déposés. Ces derniers sont déposés conformément à l'article 45 sur un compte spécial ouvert à cet effet et destiné à recevoir les fonds recueillis par le syndic quelle qu'en soit la provenance.

L'idée est donc d'éviter toute malversation au cours de la poursuite et de rendre aussi transparent soit peu, celle-ci. De même qu'il permet d'informer les intéressés à la procédure des résultats de l'exploitation, de la situation de la trésorerie de la capacité prévisible de l'entreprise à faire face aux dettes nées après le jugement d'ouverture.

Au surplus cette poursuite n'est pas acquise, et le législateur a prévu qu'il est possible d'y mettre fin à tout moment. C'est ainsi que l'article 112 alinéa 3 prévoit que le juge-commissaire peut mettre un terme à la continuation de l'activité après avoir entendu le syndic et au besoin les créanciers et les contrôleurs qui en feraient la demande.

C'est donc dire que l'arrêt de la poursuite reste une possibilité, et peut émaner sur une décision d'office du juge-commissaire ou à la demande des créanciers ou des contrôleurs. Une telle situation peut se produire lorsque notamment, la poursuite s'est révélée être un désastre, en aggravant la situation de l'entreprise alourdissant ainsi son passif.

L'objectif de la poursuite, dans les procédures de sauvegarde, n'est donc pas de pérenniser une situation sans issue. Il apparaît tout simplement comme un moyen de continuer l'exploitation dans un objectif de sauvetage de l'entreprise. Néanmoins il reste qu'elle peut mener vers le prononcé direct d'une liquidation lorsqu'elle s'avère être un désastre, avant même l'adoption de tout plan de sauvetage conformément à l'article 112 alinéa 3 et 4 de l'AUPC.

En définitive il faut signaler que les conditions de l'article 112 ne sont pas les seules auxquelles est soumis le débiteur en difficulté.

En effet celui-ci est également tenu dans le cadre de cette poursuite d'activité, de respecter toutes les interdictions et restrictions édictées à son égard, et étudiées ci-dessus.

Il s'y ajoute également que les dirigeants de l'entreprise, peuvent être écartés dans le cadre de cette poursuite d'activité. Et dans le cas où ils y seront associés, le juge-commissaire sur requête du syndic fixe les modalités de leur participation.

Il en résulte alors que dans un souci de protection de l'activité de l'entreprise, le législateur a édicté la continuation de l'activité celle-ci, même en l'existence de cessation des paiements, mais l'a du reste encadré afin d'éviter tout dérapage.

A côté de ces multiples mesures prévues, en attendant l'accord de sauvetage de l'entreprise, le législateur OHADA a également mis à la charge du débiteur en difficulté, une obligation unique en son genre lui permettant d'assurer définitivement son redressement et de son activité: il s'agit du concordat.

Section II: L'impératif pesant sur le débiteur en difficulté relativement à la préservation de l'activité de l'entreprise

Afin d'assurer sa survie, le débiteur en difficulté ne peut atteindre l'objectif de redressement et partant la sauvegarde de son activité que s'il propose un concordat sérieux (**Paragraphe I**); celui-ci ne peut avoir l'efficacité voulue qu'avec l'intervention du juge qui l'homologue en lui conférant ainsi un caractère officiel et obligatoire (**Paragraphe II**).

Paragraphe I: L'obligation de proposer un concordat sérieux

Dans les procédures de sauvegarde que ce soit aussi bien en règlement préventif qu'en redressement judiciaire, le débiteur est soumis à l'obligation unique de soumettre au juge des propositions concordataires sérieuses susceptibles d'assurer le redressement de l'entreprise **(A)**. Du reste l'élaboration de ce concordat diffère selon les procédures ouvertes, d'où l'intérêt de s'y attarder **(B)**.

A) L'exigent caractère sérieux du concordat: une condition de réalisation de l'objectif de redressement

Le concordat est un plan de redressement au moyen d'une proposition de paiement échelonné de la part du débiteur.

Le concordat, qu'il s'agit de celui préventif ou de redressement, doit présenter certains caractères, pour être considéré comme pouvant être admis au titre d'un sauvetage de l'entreprise. Son caractère sérieux, étant celui que répute, le plus le législateur communautaire, afin d'assurer la sauvegarde de l'entreprise **(a)**; il en est ainsi car ce sérieux dans les propositions concordataires, constitue dans ce cadre, un outil d'appréciation de la volonté du débiteur quant au redressement de son entreprise **(b)**.

a) La proposition d'offres réalisables

Le concordat constitue la clef de voûte des procédures destinée à éviter la disparition de l'entreprise. D'après les termes même du législateur, il est le moyen mis à la disposition du débiteur pour, d'une part, lui permettre d' "éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité", d'autre part de favoriser "l'apurement de son passif"³³.

C'est ainsi que le législateur OHADA met à la charge des entreprises en difficulté, l'obligation de proposer un concordat sérieux, ou à tout le moins de faire des offres concordataires susceptible d'assurer leur redressement. Le législateur subordonne ainsi le sauvetage des entreprises au dépôt obligatoire d'une proposition de concordat.

Dans ces procédures, cette obligation est érigée en une règle obligatoire, pour toutes les entreprises désirant, assurer leur redressement. Cependant il ne s'agit pas, au titre de propositions concordataires, de faire de simples propositions irréalistes, alléchantes, voire irréalisables pour être admis au titre des dites procédures.

Il ne peut être réduit en de simples bonnes intentions aussi bienvenues, soient-elles.

Il doit consister en des mesures concrètes, souvent pénibles, mais capables d'assurer la sauvegarde de l'entreprise et l'apurement de son passif, dans les meilleures conditions et délais.

Le concordat sérieux est donc, celui qui, tout en préservant l'entreprise et en permettant son assainissement, assure le paiement des créanciers dans des conditions acceptables³⁴. Il en est ainsi lorsque le débiteur a fait des propositions réalisables, lorsqu'il comporte de sérieuses perspectives de redressement de nature à permettre le redressement de l'entreprise ainsi que le paiement des créanciers.

33 Voir article 2 de l'AUPC

34 Filigua Michel Sawadogo, Présentation de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif adopté le 10 avril 1998, www.ohada.com

De ce fait dans la procédure de règlement préventif, pour rappel le dépôt de la proposition de concordat est requis à peine de nullité de la requête du débiteur voulant être admis en règlement préventif³⁵. L'obligation de proposer un concordat sérieux dans cette procédure résulte des dispositions de l'article 7 qui combinées avec celles de l'article 15, font obligation, au de là du débiteur, au juge de refuser l'admission dudit débiteur en règlement préventif toutes les fois qu'il a été établi que celui-ci n'a pas déposé de concordat ou n'a fait de propositions concordataires sérieuses.

A cet effet la jurisprudence communautaire est intransigeante sur la question. Ainsi à titre d'exemples, une Cour d'appel a annulé l'ordonnance de suspension des poursuites individuelles dont bénéficiait une société, dans le cadre d'une procédure de règlement préventif, après avoir constaté que plus de dix mois après l'obtention de ladite ordonnance la société n'établit, ni ne déclare même pas avoir déposé une quelconque offre de concordat préventif, et n'a, en outre, accompli aucune des diligences et formalités prévues à sa charge par l'Acte uniforme³⁶. On peut ajouter à cette décision, une autre d'un tribunal de TGI, qui a prononcé la liquidation des biens d'une entreprise qui, tout en sollicitant le bénéfice d'un règlement préventif, ne propose pas un concordat sérieux et ne présente pas de réelles perspectives de redressement³⁷.

Une telle obligation est compréhensible, car le succès d'un traitement préventif par cet instrument dépendra, non seulement, du débiteur, mais également de sa prise de conscience suffisamment rapide de ses difficultés³⁸. Le concordat préventif permet ainsi d'assurer une résorption rapide et anticipée des difficultés auxquels est confronté l'entreprise³⁹.

En son absence il n'y a d'autre issue pour le juge que de prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens, conformément à l'article 15-1 de l'AUPC, ce qui aurait pu être évité par une intervention sérieuse et précoce à travers le dit concordat.

Dans le cadre du redressement judiciaire, également, la même obligation est reconduite pour les entreprises en état de cessation des paiements. A cet effet les articles 27, 28, et 29 font obligation au débiteur de déposer une proposition de concordat sérieux dans les conditions et délais prévus. En effet par le biais des propositions qui y sont faites, l'entreprise pourrait, en toute succès atteindre l'objectif de

35 Voir article 7 de l'AUPC

36 CA, Abidjan, arrêt n° 383 du 1^{er} avril 2005, D.L.H. NORDISK c/ HAIDAR BOIS EXOTIQUE., Ohadata J- 07-35.

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

38 Philippe 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° 40, p. 69.

39 Kokou Serge Evelamenou. Le concordat préventif en droit Ohada. , thèse de doctorat., Université Paris-Est; Université de Lomé, 2012, <https://tel.archives-ouvertes.fr>

redressement. Il s'y ajoute également qu'en l'état de cessation des paiements, la proposition d'un concordat sérieux apparaît comme le critère du choix entre le redressement judiciaire et la liquidation des biens.

En effet à l'état actuel du droit positif africain, en l'existence d'une cessation des paiements avérée, il n'est plus pris en compte dans le choix de la procédure à adopter par le juge, le comportement de l'intéressé, mais plutôt l'existence d'un concordat sérieux ou non.

Cette exigence résulte des termes de l'article 33 de l'AUPC qui font obligation au juge de prononcer le redressement judiciaire s'il lui apparaît que le débiteur a proposé un concordat sérieux; dans le cas contraire il prononce la liquidation des biens.

Au surplus l'article 33 nouveau, plus soucieux que jamais de la sauvegarde de l'activité de l'entreprise, permet en l'absence de réelles perspectives de redressement, que le concordat prévoit, tout au moins, une cession globale de l'entreprise.

Ceci montre, le caractère combien important, que le législateur accorde à un tel projet pour justifier la décision du juge, quant au sort de l'entreprise⁴⁰.

Aujourd'hui le législateur communautaire, semble plus que jamais, lui donner d'importance, en l'assortissant d'une variété de mesures. Ceci dans un objectif d'assurer la sauvegarde de l'activité économique et de réduire autant que ce peut les sanctions d'une conversion de procédure dues à un défaut de proposition de concordat, ou de son retrait⁴¹.

Le concordat apparaît ainsi, comme le moyen de survie des entreprises en difficulté, dans les procédures destinées à la sauvegarde de l'entreprise et de son activité. Il constitue également un moyen d'appréciation de la volonté du débiteur quant au redressement de son entreprise, d'où l'intérêt d'étudier également son contenu.

b) Le contenu du concordat susceptible d'assurer la sauvegarde de l'activité

Le concordat est considéré comme un document qui comporte l'ensemble des mesures de redressement envisagées par le débiteur. Mais plus qu'un simple document de procédure, il est considéré comme un plan de redressement qui doit s'intégrer dans la gestion de l'entreprise⁴².

Pour pouvoir assurer la survie et le sauvetage de l'entreprise, le concordat doit être sérieux. Dans les procédures de sauvegarde, le concordat sérieux est celui qui répond aux conditions des articles 7 et 27 de l'AUPC, dont celles nouvelles, en ont complété le contenu.

Aux termes de ces articles le concordat peut contenir notamment:

40 Un auteur a cependant critiqué le fait que le législateur subordonne ce choix, à la proposition d'un concordat sérieux ou non, plutôt qu'en référence à une situation irrémédiablement compromise. Cependant nous pensons que le critère précité paraît être le plus indiqué, en ce sens qu'elle constitue un moyen d'appréciation de la volonté du débiteur de redresser son entreprise ou non. Il s'y ajoute qu'en état de cessation des paiements, la situation est en tout état de cause irrémédiablement compromise (le seul critère qui reste à ce stade, est celui-ci de son caractère récent ou non) , il n'y a donc pas intérêt à s'y référer une fois de plus pour décider du sort de l'entreprise. Voir Filiga Michel Sawadogo, obs. sous art. 33, AUPC in, OHADA, précité

41 Les dispositions nouvelles prévoient une variété importante de mesures que peut contenir le concordat afin de sauver l'activité de l'entreprise. Le législateur cherche ainsi, à tout point de vue, à faciliter les moyens de son élaboration et d'éviter que les entreprises ne puissent pas être en mesure d'en proposer.

42 Paul Kane Ebanga "La nature juridique du concordat de redressement judiciaire dans le droit des affaires Ohada", Juridis, n°50, p.109, Ohadata D-08-23

- des modalités de continuation de l'entreprise avec notamment des demandes de délais et remises; des cessions partielles d'actifs ou cession d'entreprises, de la de location-gérance d'une branche d'activité ou de la totalité de l'entreprise, de la cession ou de la location-gérance d'une partie ou de la totalité de l'entreprise;
- l'ensemble des engagements relatives à l'exécution du concordat et nécessaires au redressement de l'entreprise ainsi que les personnes y ayant souscrits;
- des modalités de refinancement de l'entreprise et du règlement du passif né antérieurement à l'ouverture des procédures et les garanties fournies pour en assurer l'exécution, ces engagements pouvant prendre diverse formes telle que la souscription à une augmentation du capital par les anciens associés ou par de nouveaux notamment par conversion des créances en titres donnant accès capital, des apports en trésorerie sous forme de nouveaux biens ou services, l'ouverture de crédits par les établissements bancaires ou financiers;
- Des perspectives d'emploi ainsi que des licenciements pour motif économique conformément aux dispositions relatives au droit du travail;
- des mesures relatives au remplacement de dirigeants.

Au regard des mesures énoncées et comme déjà explicité le concordat semble ainsi viser essentiellement la continuation de l'activité de l'entreprise débitrice.

Ainsi devrait-il pouvoir indiquer, les différentes mesures qui vont être prises par le débiteur pour permettre à l'entreprise de surmonter ses difficultés. Ainsi à titre d'exemple le débiteur peut, entre autres, s'engager à augmenter son capital, à vendre certains actifs improductifs, à cesser certaines activités jugées non-rentables, à procéder à des licenciements qui s'opéreront dans les conditions de droit commun.

L'objectif de redressement de l'entreprise et de protection de l'activité apparaît donc, une fois de plus, comme la priorité du législateur communautaire.

Ceci est salubre, en ce sens que le législateur a compris que l'apurement total et intégral du passif ne pouvait se réaliser de manière approprié et efficace que dans le cadre d'une continuation de l'entreprise; d'où l'existence à foison, dans le nouvel Acte uniforme, de dispositions prévoyant des modalités de plus en plus variées, susceptibles d'assurer le maintien de cette activité.

A l'inverse, le débiteur devrait pouvoir éviter tout échec de l'accord, parce que les créanciers ne veulent pas accepter les conditions offertes par lui. Il en est ainsi lorsque les propositions du débiteur exigent des sacrifices trop importants pour les créanciers, un plan peu crédible, de mauvaises conditions juridiques, ou simplement parce que le marché est tellement dégradé que l'entreprise n'est plus à même de demeurer compétitive.

Ainsi en l'absence d'un contenu fiable ou du caractère irréalisable du concordat, pouvant conduire à son rejet, le tribunal n'aura d'autre alternative que d'ouvrir d'office ou sur requête du ministère public une procédure de redressement judiciaire; ou même de

liquidation des biens s'il estime que la situation du débiteur est irrémédiablement compromise, en l'absence bien entendu d'un dépôt de bilan par le débiteur⁴³.

Cependant ces cas d'échec devraient être réduits avec l'application du nouvel Acte uniforme. En effet les dispositions de celui-ci prévoient des solutions complémentaires, dans le cas où le concordat aurait des difficultés à être accepté par les créanciers. C'est ainsi que dans le cadre du règlement préventif, l'article 15 nouveau énonce qu'au cas où les créanciers auraient refusé de consentir des délais ou remises, le président de la juridiction compétente fait ses bons offices entre ces créanciers et le débiteur⁴⁴.

Il convient à présent de s'attarder sur l'élaboration d'un tel accord dont la nature est, semble-t-il, âprement discutée en doctrine.

B) L'élaboration du concordat dans les procédures de sauvegarde d'activité

Dans les procédures de sauvegarde, le concordat est établi différemment selon les procédures. En règlement préventif il est établi à la suite des différents accords conclus par le débiteur avec chacun de ses créanciers **(a)** alors qu'en procédure de redressement judiciaire, il fait l'objet d'un vote **(b)**; d'où l'intérêt de l'étude de leurs élaborations respectives.

a) La conclusion du concordat de règlement préventif

Il convient de préciser qu'en procédure de règlement préventif, le concordat prend le nom de concordat préventif.

Au sens de l'Acte Uniforme, ce type de concordat est un accord conclu entre le débiteur et ses créanciers, destiné "à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise"⁴⁵. Le concordat préventif requiert que le débiteur parvienne avec chacun des créanciers à un accord sur les délais ou les remises qu'il consent. Tel ou tel créancier peut donc refuser tout délai et/ou toute remise, sans que cela empêche la formation du concordat⁴⁶. Il en résulte que le débiteur n'a pas besoin de réunir l'ensemble des créanciers et de leur faire voter ses propositions; l'accord de tous ses créanciers n'étant pas requis pour la conclusion du concordat préventif. D'ailleurs, l'article 15-2, AUPC, précise expressément que "les délais et remises consentis par les créanciers peuvent être différents".

A cet effet l'Acte uniforme ne précise pas la manière dont le débiteur entre en relation avec les créanciers: il n'y a ici rien du formalisme des procédures collectives, donc pas de convocation en assemblée.

43 Voir, not. Tribunal régional hors classe de Dakar, Jugement n° 1538 du 8 août 2000, Ohadata J-04-342 : Ainsi doit être déclarée en liquidation des biens, la société qui, à la suite d'une ordonnance de suspension des poursuites individuelles, se trouve en état de cessation des paiements et ne présente pas de propositions concordataires. V. aussi TGI, Ouagadougou, Jugement n° 20 du 29 janvier 2003, Ohadata J-04-188 ; TGI, Ouagadougou, jugement du 25 mai 2004, Revue burkinabé de droit, n° 45, note Prof. F. M. Sawadogo, Ohadata J-05-249.

44 Voir art 15 nouveau de l'AUPC

45 Voir article 2 précité

46 Filiga Michel Sawadogo, OHADA, "Droit des entreprises en difficulté", Bruylant, 2002, p. 70, n° 78.

Il appartient donc au débiteur en difficulté qui veut éviter l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire de prendre l'initiative de contacter ses créanciers. On estime qu'une lettre peut être envoyée aux fournisseurs les plus importants, ou aux créanciers qu'il a décidé d'appeler, leur indiquant qu'un règlement préventif est demandé. Ceux qui acceptent de participer à l'accord recevront davantage d'informations, les propositions formulées par le débiteur dans l'offre de concordat pouvant à ce stade servir de base aux futures négociations⁴⁷.

Cependant il reste que, la tenue d'une réunion bien que n'étant pas prévu par le législateur, peut s'avérer utile. Ainsi il peut être procédé à la tenue de celle-ci, entre le débiteur et ses créanciers en présence de l'expert. Ce sera de ce fait, l'occasion pour le chef d'entreprise d'expliquer sa situation aux créanciers, leur indiquant que celle-ci peut être sauvée si des sacrifices lui sont consentis, tout en avançant les conséquences de l'ouverture d'une procédure collective. Il pourra aussi recueillir les avis des créanciers ainsi que, le cas échéant, leur accord même de principe sur ses propositions.

En effet ceci permettra d'éviter le risque de voir se développer plusieurs négociations indépendantes, certains créanciers accordant beaucoup plus de facilités que d'autres. Il est donc indispensable que tous les créanciers désignés disposent de la même information, de sorte que si certains créanciers se montrent plus généreux que d'autres, qu'ils le fassent en toute connaissance de cause.

L'information des créanciers est donc importante en ce sens qu'ils doivent pouvoir mesurer la fiabilité économique de la solution qui leur est proposée, avant de s'engager. Ils doivent, pour cela, connaître les mesures de redressement proposées par le débiteur, l'étendue approximative du passif, et les propositions de délais et remises avancées par le débiteur⁴⁸.

Dans cet ordre d'idée le législateur semble aujourd'hui régler indirectement la question, puisque les créanciers sont associés à la procédure de règlement préventive, dès les premières heures, avec une saisine du juge, par une requête conjointe du débiteur et de ses créanciers⁴⁹.

Le concordat apparaît ainsi dans cette, procédure comme la somme des accords conclus avec les différents créanciers.

Reste maintenant à s'intéresser à l'élaboration du concordat de redressement judiciaire.

b) Le vote du concordat de redressement judiciaire

Comme ci-dessus énoncé, ce concordat prend le nom de concordat de redressement. Contrairement à celui préventif, qui est un accord librement conclu par le débiteur et ses créanciers, celui de redressement requiert qu'il soit voté par l'ensemble des créanciers. Il a la particularité ainsi de dépendre du bon vouloir des créanciers de l'entreprise. Ce qui, à tout point de vue, limite son efficacité dans la mise en œuvre de l'objectif de sauvetage de l'entreprise. Et le législateur dans ses nouvelles réformes est resté muet sur la question.

⁴⁷ Kokou Serge Evelamenou. Le concordat préventif en droit Ohada., précité

⁴⁸ Cette information peut s'avérer nécessaire notamment quant aux éventuels sacrifices consentis par les créanciers. Et il est vrai qu'une inégalité entre les sacrifices n'est pas considérée comme illégale, mais il reste qu'un niveau d'information équitable n'est pas aussi à négliger.

⁴⁹ Voir art 6 al 1 nouveau de l'AUPC

Il peut donc être sujet à discussion; mais reste quand même acceptable si l'on sait que l'apurement du passif reste une réalité que ne peut nier les procédures de sauvegarde. Ainsi un auteur a-t-il fait remarquer pertinemment qu' "en dépit de la priorité accordée à la continuation de l'activité, les droits des créanciers demeurent une réelle préoccupation, (...). Le règlement des créanciers est sous-jacent à la pérennité de l'entreprise et ne peut être occulté"⁵⁰.

Un autre auteur d'affirmer que "le concordat de redressement a pour fondement classique, apparemment toujours valable dans l'Acte uniforme, le remboursement des créanciers dans les meilleures conditions possibles..." Cependant "il y a lieu de souligner que le sauvetage de l'entreprise est devenu prépondérant dans la pratique judiciaire africaine et il n'est pas négligé par l'Acte uniforme, loin s'en faut"⁵¹. Ces réflexions réconfortent l'idée de conciliation de deux objectifs assez contraires à savoir le sauvetage de l'entreprise et le paiement des créanciers. Ce qui explique, par ailleurs la place prépondérante des créanciers dans cette procédure, et leur intervention inéluctable dans le processus d'adoption du concordat de redressement. Le concordat de redressement est défini comme une convention conclu entre le débiteur et ses créanciers chirographaires et privilégiés⁵².

Pour rappel, le vote du concordat de redressement a lieu, conformément aux articles 122 et suivants de l'AUPC⁵³, après la vérification des créances, qui constitue le préalable à l'obtention de la qualité nécessaire pour prendre part au vote. L'autre préalable consiste à vérifier si le débiteur ou les dirigeants de la personne morale qui doivent l'exécuter ne sont pas sous le coup d'une banqueroute ou de la faillite personnelle, ces derniers doivent par ailleurs y assister obligatoirement conformément à l'article 123 al 4 nouveau de l'AUPC.

A cet effet, quinze jours après l'expiration du délai prévu par la loi pour faire réclamation, le président de la juridiction compétente, sur saisine du juge-commissaire, convoque les créanciers à une assemblée chargée de voter le concordat. Sont convoqués tous les créanciers dont la créance a été admise. Il en est ainsi par exemple des créanciers chirographaires (article 122), des créanciers dont la sûreté est contestés qui y sont admis à titre chirographaire (article 123), des créanciers munis d'une sûreté réelle spéciale, quand bien même, ils n'ont pas fait la déclaration prévue à l'article 120 de l'AUPC⁵⁴. La convocation se fait individuellement. Il y est joint un état dressé par le syndic et indiquant l'actif et le passif du débiteur, les propositions concordataires, les garanties, l'avis des contrôleurs ainsi que de la réponse des créanciers munis de sûretés réelles aux propositions concordataires.

50 Paul Kane Ebanga " La nature juridique du concordat de redressement judiciaire dans le droit des affaires OHADA". Juridis, n°50, p.109., Ohadata D-08-23

51 Filiga Michel Sawadogo, "Droit des entreprises en difficulté", op. cit

52 Yves Guyon, "Droit des affaires", Tome 2, 5ed., Economica,1995

53 La procédure ainsi que les conditions de vote du concordat sont réglementées à travers les articles 122 et suivants de l'AUPC

54 Voir article 120 de l'AUPC qui renvoie dans une certaine mesure à l'article 119

Le vote du concordat est acquis s'il obtient la majorité en nombre des créanciers représentant 50 % des créances en sommes. Si une seule des majorités seulement est acquise, le vote est reporté sous huitaine mais il ne concernera que la majorité non acquise. Si aucune des majorités n'est acquise ou si la majorité manquante n'est pas obtenue, il n'y a pas de concordat. Si les deux majorités sont acquises, le concordat est valable.

Cependant il reste à souligner que l'AUPC a prévu une solution dérogatoire, en présence de propositions concordataires ne comportant pas de demandes de remises ni de demandes de délais supérieur à deux ans. Dans ce cadre, il est institué un concordat simplifié qui ne fait pas appel à l'accord des créanciers et ne donne donc pas lieu à la tenue d'une assemblée concordataire.

Une fois adopté, le concordat est soumis à l'homologation de la juridiction compétente, ce qui lui garantit une grande efficacité quant à l'objectif poursuivi.

Paragraphe II: La nécessaire homologation du concordat par le juge

Le concordat une fois adopté, ne produit pleine efficacité que s'il est homologué par le juge (A). Celui-ci procède également à son appréciation avant de prononcer la décision d'homologation (B).

A) Le régime de l'homologation du concordat

Il s'agira, principalement ici, de montrer les conditions de l'homologation des concordats préventif et de redressement (a); ainsi que les effets qu'elle produit sur la situation postérieure du débiteur en difficulté (b).

a) Les conditions de l'homologation

L'homologation est l'approbation judiciaire à laquelle la loi subordonne certains actes et qui, supposant du juge un contrôle d'opportunité, confère à l'acte homologué, la force exécutoire d'une décision de justice⁵⁵. Elle est un acte "normateur et perfecteur". Elle est "un acte normateur" en ce sens qu'elle assure la reconnaissance d'un acte par l'autorité publique, et "perfecteur" en ce sens qu'elle se greffe sur un acte préexistant, soit pour lui faire produire des effets, soit pour les renforcer⁵⁶. L'homologation apparaît ainsi comme le moyen permettant au concordat de produire ses pleins effets.

Les conditions de l'homologation sont prévues dans toutes les deux procédures et visent à mettre la pression sur le débiteur afin d'atteindre les objectifs escomptés.

L'homologation du concordat est faite par la juridiction compétente ayant ouvert la procédure de règlement préventif ou de redressement judiciaire.

Elle est subordonnée aux possibilités de redressement qu'il offre au débiteur, ainsi que par le respect des règles qui gouvernent les dites procédures. A cet effet homologation n'est de mise que lorsque les conditions requises par les articles 15 et 127 de l'AUPCAP sont réunies.

En conséquence, le concordat est homologué:

55 H- Kuassi Deckon, "Refus d'homologation, homologation et concordat", Revue Togolaise des Sciences Juridiques n°5- Janvier- Décembre 2013, p.8, Ohadata D-14-22., p2.

56 Mayatta-N-Mbaye, "Réflexions sur la modification du concordat préventif en droit OHADA", Rec. Penant, n°870, janv-mars 2010, n°6, p.4., Ohadata-D-09-40.

- Si les conditions de validité sont réunies: il en est ainsi des conditions de fond et de forme de validité de toute convention, notamment de celles prévues par l'Acte uniforme, tel que par exemple la condition de majorité prévue en matière de concordat de redressement;
- Si aucun motif tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public ne paraît de nature à empêcher le concordat; il en est ainsi du motif tiré de l'intérêt des créanciers et / ou de l'intérêt public;
- si le concordat offre de sérieuses possibilités de redressement de l'entreprise de règlement du passif et de garanties suffisantes d'exécution;
- si en cas de concordat préventif les délais consentis n'excèdent pas trois ans pour l'ensemble des créanciers et un an pour les créances de salaires
- si en cas de concordat de redressement d'une personne morale, que la direction de celle-ci ne soit plus assurée par les dirigeants dont le remplacement a été proposé dans les offres concordataires ou par le syndic ou contre lesquels ont été prononcées soit la faillite personnelle, soit l'interdiction de gérer de diriger ou d'administrer une entreprise commerciale.

Enfin précisons que l'homologation ne peut valider les avantages particuliers tels que ceux consentis à certains créanciers afin d'obtenir leur vote⁵⁷. En revanche les privilèges accordés aux créanciers ayant consenti un bien ou service afin d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise ou sa pérennité peuvent être validés si les conditions sont remplies

A contrario le concordat n'est pas homologué lorsque la situation du débiteur demandeur au règlement préventif ne relève d'aucune procédure collective ou qu'il est en état de cessation des paiements.

De même dans les deux procédures il est considéré comme non homologué lorsque le juge rejette le concordat conclu en le débiteur et ses créanciers ou voté par ceux-ci. C'est donc dire que le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation en la matière⁵⁸.

b) L'efficacité du concordat homologué sur la situation du débiteur

L'homologation produit des effets non indéniables sur la situation du débiteur en raison de l'autorité et de l'opposabilité dont elle jouit.

L'homologation, à la différence de l'autorisation judiciaire est une intervention du juge à posteriori, après l'adoption du concordat. Cette intervention apparaît comme le moyen

⁵⁷ Ces avantages sont définis et réprimés par les articles 2444 et 245 de l'AUPC, cependant y sont exclus les avantages particuliers consentis par les créanciers munis de sûretés réelles spéciales sous certaines conditions

⁵⁸ En effet même, après adoption du concordat par les créanciers, rien n'empêche au juge de rejeter celui-ci, en invoquant le non respect des conditions de validité, l'atteinte à l'intérêt public ou à l'intérêt collectif des créanciers..., de manière générale donc des conditions que la loi met à sa charge, de vérifier obligatoirement, avant de procéder à toute homologation

d'assurer le contrôle des actes, que le législateur en raison de leur importance, aussi bien sociale qu'individuelles, n'a pas voulu laissé à l'entière liberté des parties⁵⁹

Ainsi l'homologation apparait-il comme le moyen d'attribuer l'efficacité voulue à l'accord intervenu entre le débiteur et ses créanciers.

A cet effet le jugement homologuant le concordat, met non seulement fin à la mission des organes de procédure, mais produit également des effets légaux, tant à l'égard du débiteur que de ses créanciers.

Ainsi il convient de préciser tout d'abord, qu'en matière de règlement préventif, le jugement d'homologation met fin à la mission de l'expert, selon l'article 16 de l'AUPC, sous réserve pour lui de vérifier que cette décision est bien publiée conformément aux dispositions des articles 36 et 37, AUPC, à savoir la mention au RCCM et l'insertion dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. Enfin, il rend compte de sa mission au président de la juridiction compétente dans le délai d'un mois, à compter de la décision admettant le concordat préventif, selon les termes de l'article 19 de l'AUPC.

En ce qui concerne le redressement judiciaire aussi, l'article 137 prévoit que les fonctions du syndic et du juge-commissaire cessent, avec la remise du compte rendu de sa mission d'assistance par le syndic, à ce dernier et visé par lui.

Relativement aux créanciers, aux termes des articles 18 et 134 de l'AUPC, l'homologation du concordat rend celui-ci obligatoire, à l'égard de tous ceux antérieurs à l'ouverture des procédures règlement préventif et de redressement judiciaire, quel que soit la nature de leurs créances. Cependant en ce qui concerne les créanciers munis de sûretés réelles spéciales, ils ne sont obligés que par les délais et remises consentis par eux⁶⁰.

Concernant principalement le débiteur, conformément aux articles 18 et 136 de l'AUPC dès que la décision d'homologation est passée en force de chose jugée, il recouvre la liberté d'administration et de disposition de ses biens.

Le débiteur recouvre ainsi sa pleine capacité et ses pouvoirs; il n'est plus ni assisté, ni représenté. Il redevient le chef responsable de son entreprise et bénéficie, du fait de l'accord homologué, de la levée des interdictions.

Il s'y ajoute que la suspension des actions en justice et des poursuites en exécution de créances antérieures au jugement, le met à l'abri de l'exercice de celles-ci, tant qu'il exécute les termes du concordat.

Néanmoins, faut-il préciser, dans ce cadre, qu'il reste tenu de respecter les engagements concordataires, de même que le recouvrement de sa liberté d'administration et de

59 H- Kuassi Deckon, "Refus d'homologation, homologation et concordat", précité

60 En ce qui concerne ces créanciers, en matière de redressement judiciaire, l'article 134 prévoit expressément qu'ils ne peuvent être tenus que par les délais et remise consentis par eux (cette situation ne pouvant être remis en cause que lorsque le concordat ne comporte aucune remise et des délais n'excédant pas deux ans, dans ce cas le concordat homologué devient opposable de plein droit à tous les créanciers antérieurs de l'entreprise). Concernant la procédure de règlement préventif nous pensons que cette solution vaut également d'autant plus que dans ladite procédure les créanciers consentent individuellement des délais et remises en fonction de leur situation et de leur capacité

disposition ne peut concerner les biens ayant fait l'objet d'une cession dans le cadre du redressement judiciaire.

De ce fait en droit OHADA, l'homologation est obligatoire, la volonté des auteurs du concordat est, à elle seule, impuissante à produire les effets de droit recherchés; insuffisant à produire les effets de droit voulus par les parties, mais préalable nécessaire à l'intervention du juge⁶¹.

L'homologation apparaît, alors comme déjà précisé, comme le moyen de rendre le concordat tout aussi efficace qu'opposable aux créanciers. Dans le but de leur assurer pleine efficacité et d'assurer l'objectif de redressement des entreprises en difficulté, le législateur OHADA a restreint sensiblement les moyens d'y faire échec.

A cet effet la décision homologuant le concordat, et admettant par voie de conséquence le débiteur en règlement préventif ne peut, conformément à l'article 23, faire que l'objet d'appel dans le délai de 15 jours à compter de son prononcé. Cet appel n'étant pas, par ailleurs suspensif, il en résulte alors qu'il reste donc possible de poursuivre l'exécution du concordat malgré l'exercice de l'appel.

En matière d'homologation du concordat de redressement judiciaire, l'article 129 énonce qu'il ne peut également, faire que l'objet d'appel, dans les quinze jours de leur prononcé. L'exercice de cet appel n'étant reconnu qu'à deux personnes: il s'agit du Ministère public qui peut agir en cas de décision d'homologation ou de rejet. Quant à la seconde personne, il s'agit du débiteur, et cette faculté ne lui est reconnue qu'en cas de décision de rejet du concordat. Il convient de préciser que dorénavant, les dispositions nouvelles ont étendu l'exercice de l'appel aux créanciers ainsi qu'aux travailleurs.

Reste maintenant à se pencher sur l'attitude du juge en matière d'homologation. Exercice-t-il un véritable pouvoir de contrôle, ou agit-il en simple paraphe de la convention intervenue entre le débiteur et ses créanciers? Les lignes qui suivent vont nous aider à y répondre.

B) L'appréciation du juge en matière d'homologation du concordat

En matière d'homologation du concordat le juge semble disposer d'un large pouvoir d'appréciation, que la pratique ne cesse de confirmer d'ou la naissance assez timide d'une certaine magistrature économique en droit OHADA **(a)**. Cependant il n'en reste pas moins que le juge reste tenu du respect de l'ordre public quelque soit son appréciation de l'opportunité, à accorder l'homologation **(b)**.

a) L'appréciation de la légalité et de l'opportunité de l'homologation du concordat: vers l'éclosion timide d'une magistrature économique

En matière d'homologation du concordat, le juge dispose d'un véritable pouvoir d'appréciation. Ceci résulte des articles 15 (RP) et 127 (RJ) de l'AUPC, selon lesquels une fois l'ensemble des conditions réunies, la juridiction compétente doit procéder à l'homologation. Ce qui fait d'ailleurs penser que l'homologation est de droit dès lors que ces conditions sont remplies. Il s'agit, sans doute, d'une apparence plus qu'une réalité, puisque le tribunal apprécie souverainement chacune des conditions posées en procédant

61Kokou Serge Evelamenou., précité

à une vérification, un examen préliminaire de celles-ci avant toute décision relative à l'homologation.

Ce pouvoir d'appréciation aidant, le juge se livre, quelque fois, au prononcé de décisions fondées plus sur l'opportunité que la légalité, révélant du coup la naissance d'une véritable magistrature économique en droit OHADA.

La magistrature économique est considérée comme une méthode consistant, plutôt, que de déduire la solution d'espèce de quelques principes posés par une loi, de suivre un raisonnement factueliste et inductif. Le magistrat économique part d'une observation des faits dont il détermine les effets réels au regard du jeu de l'intérêt social ou du redressement de l'entreprise et il les compare aux bienfaits effectifs qu'on en attend. Si l'induction rationnelle qui conduit l'analyse aboutit à considérer que l'activité du marché n'est pas troublée d'une façon excessive, que l'intérêt national ou local y trouve son compte, que les créanciers ne peuvent s'en plaindre, etc..., la situation, le comportement ou la solution seront jugés juridiquement bons parce qu'acceptables économiquement⁶².

L'idée d'une magistrature économique est née sous l'emprise des difficultés économiques sectorielles, et consiste généralement à substituer largement une appréciation de l'opportunité des faits constatés au contrôle de leur légalité⁶³.

En jurisprudence OHADA cette appréciation de l'opportunité prenant le pas sur le contrôle de la légalité, peut se vérifier à bien des égards.

En matière de règlement préventif par exemple, l'article 15-1 de l'AUPC dispose, que si la juridiction compétente constate la cessation des paiements, elle prononce, d'office, et à tout moment, le redressement judiciaire ou la liquidation des biens sans préjudice des dispositions de l'article 29, c'est-à-dire, tout en accordant au débiteur un délai de trente jours pour en faire la déclaration et déposer une offre de concordat de redressement, conformément aux dispositions des articles 25, 26 et 27, AUPC.

C'est dire donc que l'homologation de l'accord, en cette matière, est subordonnée à la constatation par le tribunal que le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements. Mais dans la pratique, dans bien des cas, le juge s'abstient de prononcer de telles procédures, même en l'existence de cessation de paiement, apparu notamment en cours d'une procédure de règlement préventif⁶⁴. L'intérêt du règlement préventif apparaît alors dans ce cadre, comme un moyen de mettre fin à l'état de cessation des paiements, tout au moins celle en court terme.

62 Claude Champaud. "L'idée d'une magistrature économique, Bilan de deux décennies", Revue "Justices", n° 1, Dalloz 1994., p.30

63 C- Champaud "L'idée d'une magistrature économique, Bilan de deux décennies", précité

64 Tribunal régional hors classe, Dakar, jugement commercial n°6 du 9 JANVIER 2004, IPRES c/ EURAFRICAINNE D'INDUSTRIES, Ohadata J-04-259, qui a pu homologuer l'offre de concordat préventif proposée par une entreprise, manifestement en état de cessation des paiements, et de surcroît assignée en liquidation des biens par les créanciers, aux motifs que "l'offre de concordat telle que présentée dans le rapport d'expertise paraît viable et offre de sérieuses garanties de redressement" et qu'il "est conforme à l'ordre public et ne compromet nullement la survie des créanciers", et ce après avoir expressément reconnu que la débitrice "ne semble pas en mesure de faire face à son passif et devrait donc voir ouvrir à son encontre la procédure de liquidation prévue par les articles 25 et suivant de l'acte uniforme".

Ensuite une autre condition commune aux deux procédures et qui réside dans la constatation que les conditions de validité du concordat soient réunies fait également souvent l'objet d'appréciation. Ce qui ne devrait nullement être le cas puisqu'il s'agit de conditions légales⁶⁵. L'expression "conditions de validité du concordat", fait référence, à notre avis, aux conditions de validité des conventions en général, à savoir un consentement éclairé, la capacité à contracter, un objet certain et une cause licite. Ce qui implique que le concordat doit respecter ses conditions, et ne devrait pas faire l'objet de dénonciation par un ou des créanciers.

Concernant les délais et remises consentis et l'opposabilité de ces délais, le juge du droit des entreprises en difficulté s'est également illustré par son opportunisme, dans les décisions, en prorogeant ceux prévus par l'Acte Uniforme.⁶⁶

Précisons que ces décisions sont, pour la plupart du temps rendues, pour des raisons d'ordre économiques, tenant notamment à une volonté de préserver les entreprises en difficulté, et d'éviter leur disparition du tissu économique. Ainsi plus qu'une simple appréciation, le juge se borne bien des fois à interpréter, à l'avantage des entreprises en difficulté, les dispositions de l'Acte Uniforme en la matière.

Cependant ces interprétations ou appréciations ne peuvent en tout état de cause, se faire en violation de l'ordre public notamment économique, au risque de détourner ces procédures de leurs objectifs.

b) Le nécessaire respect de l'ordre public dans les procédures d'homologation

En plus de faire parti des conditions exigées par la loi, pour procéder à l'homologation, il apparait au surplus, que cette condition sous-tend tous les autres.

En effet l'homologation du concordat qu'il s'agisse de celui préventif ou de redressement, ne doit en tout état de cause porter atteinte à l'ordre public. L'ordre public, dont il est question ici, est l'ordre public économique.

De ce fait selon les articles 15 et 127 précités, le concordat ne doit être homologué que "si aucun motif tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public, ne paraît de nature à empêcher le concordat".

Le juge de l'homologation doit donc s'assurer que la convention qui lui est soumise n'est pas contraire à l'ordre public.

⁶⁵ Tribunal de première instance de Lomé, jugement n° 565 / 2009 du 10 mars 2009: Une société avait sollicité un concordat qui a été rejeté. Deux ans après, elle introduit une nouvelle requête avec le même objet. La demande est accueillie et le concordat homologué par décision de ce Tribunal. Mais cette décision a fini par être annulée par la Cour d'Appel de Lomé : qui sur appel des créanciers annula la décision d'homologation et admit la société débitrice en redressement judiciaire, après avoir constaté qu'elle était déjà en cessation des paiements., CA Lomé, arrêt n° 066/09 du 20 avril 2009, BIA-TOGO, SICOME SARL, SASTOGO, MIDNIGHT SUN SA, BATIMEX-TOGO c/ UDECTO, Ohadata J-10-156. La décision de la Cour d'Appel est salubre, à notre avis, car bien plus qu'une sanction de l'appréciation faite par le juge, le jugement de 2009 viole à bien des égards les dispositions de l'Acte Uniforme en la matière.

⁶⁶ C'est ainsi que le Tribunal régional hors classe de Dakar, dans une décision rendue le 27 mars 2008 a homologué un concordat préventif deux ans après le dépôt du rapport de l'expert, et a eu à imposer, au nom d'un principe "d'effort similaire ou équivalent" un délai de remboursement des créances détenues par le pool bancaire sur une période de 12 ans avec un différé de 3 ans à compter de la date du jugement aux taux de 1% pour la période du différé et de 3% pour la seconde période de 9 ans., Ohadata J-10-106

A cet effet il faut préciser qu'il peut y avoir contrariété à l'ordre public sans qu'un texte de loi spécifique n'ait été méconnu. Ce qui est sans doute le cas de l'ordre public économique, qui est généralement affecté par les défaillances d'entreprises, sans compter les répercussions que celles-ci ont sur l'emploi.

C'est ainsi que certains auteurs, se fondant sur les dispositions de l'article 1133 du Code civil, n'hésitent d'ailleurs pas à évoquer l'existence d'un "ordre public judiciaire", estimant que le législateur étant lui-même conscient de ne pouvoir figer dans une norme toutes les situations qui affectent l'ordre public, aurait laissé aux juges le soin d'en préciser les contours⁶⁷.

De ce fait, selon ces auteurs, c'est en toute liberté et en toute exclusivité que le juge pourrait déterminer ce qui est d'ordre public.

Suivant cette logique, le tribunal pourrait ainsi proroger les délais d'homologation, en prenant en compte les conditions particulières de l'espèce jugée, dès lors qu'il estime souverainement que cela n'est pas contraire à l'ordre public.

A contrario, il est interdit au juge de prendre des décisions qui portent gravement atteinte à l'ordre public, malgré une volonté de sauvetage des entreprises.

Par ailleurs l'exigence ainsi que le contrôle du respect de l'ordre public dans les procédures de sauvegarde des entreprises, apparaît implicitement dans de nombreuses dispositions de l'Acte Uniforme.

Ceci explique la présence et la place de choix, accordée à un organe non moins important, dans ces procédures, qu'est le Ministère public. Il apparaît souvent en garant de l'intérêt général et en véritable défenseur du respect de l'ordre public.

En droit français le rôle du ministère public a subi, des modifications très sensibles, du fait de la prise en compte, de plus en plus croissante, de l'intérêt général, compte tenu de la situation économique

Traditionnellement, le ministère public n'était concerné que par la communication de la procédure et la répression pénale de la banqueroute et des délits connexes. Mais avec les différentes réformes intervenues en France, les lois modernes relatives aux procédures collectives lui ont confié un rôle général d'information et d'intervention, accroissant du coup son rôle dans ces procédures.

En droit OHADA, le législateur reconnaît, également, un rôle non négligé à cet organe, ne serait que pour faire assurer le respect de l'exigence précitée et faire dénoncer certains abus.

A cet effet, en matière de règlement préventif, le Ministère public est quelque peu associé à la procédure dès le début. En effet l'article 13 al 2 fait obligation au greffier de transmettre le rapport de l'expert à celui-ci⁶⁸. En outre, même s'il reste vrai qu'il

⁶⁷ Jean Carbonnier, Droit civil, t. 2, Les biens – Les obligations, PUF, 2004, n° 984: l'article 1133, C. civ. "atteste clairement l'existence d'un ordre public détaché de tout support légal"

⁶⁸ Le rapport dont il est question contient le concordat proposé par le débiteur ou conclu entre lui et ses créanciers. On peut donc penser, que le législateur cherche à faire jouer le Ministère public son rôle, en exigeant que ce rapport lui soit transmis. Ainsi ce sera l'occasion pour lui de procéder à un contrôle et de voir si l'accord intervenu entre les parties ne viole à tout le moins l'ordre public.

n'intervient pas directement dans cette procédure⁶⁹. Il reste qu'il lui appartiendra de la contester, lorsque l'ordre public est menacé ou violé. A cet effet l'article 23 de l'AUPC, lui donne la possibilité, même s'il ne le dit expressément, de faire appel de la décision admettant le débiteur en règlement préventif.

Mais son rôle semble beaucoup plus accru en matière de redressement judiciaire. Tout d'abord l'article 35 al 2 de l'AUPC fait obligation au greffier de transmettre immédiatement la décision admettant l'entreprise, en redressement judiciaire, au Ministère public; de même qu'il lui est transmis le rapport du syndic (article 66). Autre fait, l'article 47 lui donne la possibilité, de requérir communication, de tous actes, documents, livres, relatifs à cette procédure.

Enfin, il lui est reconnu le droit de participer au vote du concordat, au surplus d'y faire ses observations écrites ou orales en faveur ou non du débiteur; et apparait comme le seule ayant qualité à faire échec à la décision d'homologation, par le biais d'un appel⁷⁰.

En définitive, il apparait que dans le but de protéger l'ordre public, dans les procédures d'homologation, l'intervention du Ministère public, peut paraître aussi efficace qu'on pourrait le croire. En effet plus qu'un simple organe de répression, il apparait en la matière, comme un véritable défenseur du champ économique.

Au vu de tout ce qui précède, il convient de constater que le souci de préserver les entreprises en difficulté; et partant leur activité économique, apparait bien qu'une simple volonté. Il constitue, en droit OHADA, une réalité qui ne saurait être occulté; il s'y ajoute que le législateur y donne apparemment les moyens à tout point de vue.

La sauvegarde des entreprises, leur préservation dans le tissu économique reste ainsi une priorité pour le législateur du droit uniforme, même s'il apparait également que l'apurement du passif du aux créanciers n'en est pas pour autant négligé. Cependant fort heureusement, le législateur a compris que cet apurement ne pouvait se réaliser qu'à travers la survie de l'entreprise, par le biais notamment de mesures efficaces permettant d'assurer son redressement. Et un survol des dispositions nouvelles permettent de réconforter cette position.

Reste maintenant à s'interroger sur l'efficacité des moyens mis en œuvre pour l'atteinte de tels objectifs?

CHAPITRE II: Une volonté de préservation de l'activité économique à l'efficacité amoindrie

Le législateur communautaire, dans sa volonté de préserver l'activité économique des entreprises en difficulté, a mis en place des mécanismes susceptibles d'assurer la

⁶⁹En procédure de règlement préventif, l'article 14 ne le cite pas parmi les personnes devant être convoquées par le Président de la juridiction, à l'audience d'homologation. Il en résulte alors qu'il n'intervient que de manière limitée, dans cette procédure. Mais il reste vrai que son intervention peut, à bien des égards, avoir son sens, notamment lorsque certaines conditions ne sont pas respectés.

⁷⁰ L'autre personne à qui, il est reconnue le droit de faire appel de la décision d'homologation est le débiteur lui-même, mais avec cette restriction, qu'il ne peut le faire qu'en cas de décision de rejet. Cependant comme déjà explicité plus haut, l'article 129 nouveau a élargi l'exercice de l'appel aux créanciers et au représentant du personnel de l'entreprise.

poursuite de leur activité. Celle-ci peut, de ce fait, se faire au moyen de mesures de réorganisation efficaces, avec le débiteur lui-même qui continue d'être à la tête de son affaire (**Section II**). Elle peut également se faire par le biais de l'intervention d'un tiers, celui-ci pouvant hériter d'une partie de l'activité de l'entreprise, ou de la totalité de celle-ci possible avec l'avènement du nouvel Acte uniforme ou l'exploiter temporairement en attendant sa reprise par le propriétaire ou en vue d'une éventuelle cession (**Section I**).

Section I: les moyens de la poursuite d'activité impliquant l'intervention d'un tiers

Le législateur du droit uniforme a prévu, principalement, deux moyens, permettant la poursuite de l'activité de l'entreprise par des tiers. Cependant les restrictions et les règles qui les entourent ont fini d'amoindrir l'efficacité de ceux-ci quant à l'objectif recherché. La première paraît exceptionnelle, elle est soumise à certaines conditions de droit et doit faire obligatoirement l'objet d'une autorisation (**Paragraphe I**). Quant à la seconde elle ne fait pas l'objet d'autorisation préalable, mais le juge contrôle étroitement la procédure y relative (**Paragraphe II**).

Paragraphe I: l'exceptionnelle modalité de poursuite de l'activité par le truchement d'un tiers: la location-gérance

La location-gérance apparaît comme une modalité de continuation de l'entreprise en difficulté sans son chef (**A**), mais cette technique paraît limitée quant à l'objectif poursuivi (**B**).

A) Une modalité de continuation temporaire de l'activité par les tiers

Il convient tout d'abord de préciser les conditions particulières qui entourent la formation d'un contrat de location-gérance en période de difficultés (**a**). Par ailleurs elle constitue une modalité favorable à la préservation de l'activité de l'entreprise si l'on se penche sur les effets qu'elle est susceptible de produire une fois conclue (**b**).

a) Les conditions de formation de la location-gérance

La location-gérance est prévue par les articles 7 et 27 de l'AUPC, comme l'une des modalités de continuation de l'entreprise, que le débiteur peut prévoir dans son offre de concordat. Il s'agit ainsi d'une solution qui peut se révéler heureuse en vue d'atteindre les objectifs poursuivis par les procédures de règlement préventif et de redressement judiciaire, qu'est le sauvetage de l'entreprise. Il s'y ajoute, qu'elle peut s'avérer très efficace pour pouvoir assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise, notamment lorsque ses dirigeants sont frappés d'une interdiction de gérer le commerce.

Selon un auteur, "elle permet au propriétaire d'un fonds de commerce de continuer de tirer profit de son actif commercial, tout en se déchargeant des soucis d'une exploitation personnelle"⁷¹.

Sa définition nous est donnée par l'article 138 de l'Acte Uniforme sur le droit commercial général, lequel Acte uniforme constitue le droit commun en la matière. Cet article nous énonce en son al 3 qu'il s'agit d'une "convention par laquelle le propriétaire du fonds de

71 Jean Paillusseau, "Cession d'entreprises", Dalloz référence, 4^e édit., p.201, n°1040

commerce, personne physique ou morale, en concède la location, en qualité de bailleur, à une personne physique ou morale, locataire-gérant, qui l'exploite à ses risques et périls"⁷².

En droit OHADA, des entreprises en difficulté, il est prévu qu'elle peut concerner soit une branche d'activité formant un fonds de commerce, soit la totalité de l'entreprise.

Mais elle semble ne concerner qu'une catégorie limitée d'entreprises; celles dont 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. Le législateur ne s'est pour autant pas embarrassé de précisions, quant à ce qu'il faut entendre par une entreprise dont la disparition causerait un trouble grave à l'économie nationale, régionale ou locale. A notre avis, il revient donc aux législations nationales, de déterminer de telles entreprises, au gré notamment des intérêts en jeux.

De plus, le tribunal n'accorde son autorisation que lorsqu'il estime suffisantes les garanties offertes par le locataire-gérant ou si celui-ci présente une indépendance suffisante à l'égard du débiteur⁷³. Cette exigence vise à éviter que la location-gérance ne serve de modalité permettant au débiteur de reprendre son entreprise en sous-main, ou que celle-ci soit vidée de sa substance par le locataire.

Quant à sa durée, elle ne nous est pas fournie par l'Acte uniforme précité, mais dans le cadre des entreprises en difficulté, l'article 115 de l'AUPC, nous informe qu'elle ne peut excéder deux ans, mais reste toutefois renouvelable⁷⁴.

En interprétant cet article, on pourrait donc penser qu'il s'agit d'un contrat à durée limitée, à l'expiration duquel le loueur reprend l'exploitation de son fonds.

Contrairement au droit français où la location-gérance est le préalable de la cession et ne peut être conclue que par celui qui a promis de racheter l'entreprise aux meilleures conditions⁷⁵.

En droit OHADA, elle constitue une solution autonome de continuation de l'entreprise, au même titre que la cession, un mode d'exploitation de l'entreprise en difficulté, limité dans le temps. Ce qui implique que le loueur peut y mettre fin en reprenant son fonds, à l'arrivée du terme prévu.

Cependant, rien ne s'oppose à ce que la location-gérance de l'entreprise en difficulté puisse constituer un mode d'acquisition indirecte de l'entreprise. Ainsi peut-elle constituer un prélude à la cession de l'entreprise au locataire-gérant, il importe que celui-ci sollicite de la part du propriétaire ou gérant du fonds de commerce, une promesse de vente lui permettant à terme de lever l'option et de reprendre ainsi pour son compte le fonds de commerce⁷⁶.

72 Voir article 138 de l'Acte Uniforme sur le Droit Commercial General (AU/DCG) adopté le 15 décembre 2010

73 Voir article 115 al 1 de l'AUPC

74 Cependant voir art 115 nouveau qui énonce que "la location-gérance ne peut excéder deux ans et est renouvelable une seule fois pour la même durée au maximum".

75 Voir article L. 642-15, Code du commerce français.

Par ailleurs, dans un tel domaine, les reprises brutales devraient être évitées, si l'on sait que le législateur a prévu ce mécanisme pour résoudre par la voie appropriée les difficultés de l'entreprise, notamment lorsque ceux-ci ont leur source dans la mauvaise gestion ou dans l'incompétence du débiteur ou des dirigeants sociaux⁷⁷. Nous pensons donc, que la reprise ne devrait pouvoir se réaliser que lorsqu'il est constant et évidente que l'entreprise a assez repris les forces, pour pouvoir retourner dans le patrimoine du débiteur en difficulté.

L'autre particularité de ce contrat, réside dans le fait que le législateur l'entoure d'exceptions, par rapport au droit commun. Ainsi à priori celle-ci peut se faire, même, en présence d'une clause du bail l'interdisant. La seule autorisation, dont elle a besoin, reste celle de la juridiction compétente, ayant ouvert la procédure. Cependant cette disposition ne doit pas être interprétée comme autorisant le locataire-gérant à ne pas se conformer aux dispositions du bail ou à exploiter le fonds contrairement aux conditions prévues. Elle doit plutôt s'analyser, comme n'étant pas un obstacle à l'opération même de location-gérance, la situation nouvelle créée par l'ouverture de la procédure collective justifiant ainsi l'entorse à la clause contraire du bail.

Il s'y ajoute en outre, que l'exigence de l'article 141 de l'AUDCG, relative à la durée d'exploitation du fonds par le loueur, ne reçoit pas ici application⁷⁸, selon les termes de l'article 115 al 4. En effet cette exigence tendait à éviter la spéculation résultant de la mise en location prématurée de fonds de commerce, mais ce risque n'existe pas lorsque le titulaire du fonds est en redressement judiciaire par exemple, d'où la précision de l'al 4 du texte précité.

Reste maintenant à se pencher sur la conclusion d'un tel contrat et les effets qu'elle peut produire, notamment sur l'entreprise en difficulté.

b) Une modalité favorable à la poursuite de l'activité de l'entreprise quant à ses effets

La location-gérance est une technique juridique, permettant efficacement la poursuite d'activité des entreprises en difficulté. Ce qui explique que le législateur, en a fait sienne, dans les procédures destinées à la sauvegarde de l'entreprise.

Le législateur, l'encadre d'obligations particulières, une fois conclue. De ce fait, si elle est menée à bien, elle peut avoir des effets non indéniables sur la situation de l'entreprise.

76 Steve Marian ALILI "La reprise des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA", Mémoire DESS droit des affaires, Université de Lomé, faculté de droit, 2001-2002., www.ohada.com, Ohadata D-06-38,

77 Viliga-M-SAWADOGO, "OHADA, Droit des entreprises en difficulté", op. cit., p. 190, n° 95

78 Voir l'article 141 de l'AUDCG, selon lequel " la personne physique ou morale qui concède une location-gérance doit avoir exploité, pendant deux ans au moins en qualité de commerçant, le fonds mis en location gérance". Ceci constitue le droit commun, mais l'article 115 al 4 de l'AUPC y déroge en prévoyant que " les conditions de durée d'exploitation d'un fonds de commerce par le débiteur pour conclure une location-gérance ne reçoivent pas application." Il s'y ajoute que cette exception semblait être, déjà prévue, par l'article 143 de l'AUDCG même, lequel énonce que l'exigence de la durée de deux ans n'est pas applicable "aux mandataires de justice chargés, à quelque titre que ce soit, de l'administration d'un fonds de commerce, à condition qu'ils aient été autorisés par la juridiction compétente et qu'ils aient satisfait aux mesures de publicité prévues.

Mais voyons tout d'abord les obligations que cette technique fait naître à la charge des parties concernées, pour en mesurer l'efficacité sur l'entreprise en difficulté.

Tout d'abord, concernant le débiteur en difficulté (le loueur), il est tenu aux obligations de droit commun: il doit, principalement, délivrer le fonds au locataire avec tous les éléments dont il se compose; et lui assurer la jouissance paisible du fonds pendant toute la durée du bail.

En ce qui concerne, le gérant, en plus des obligations de droit commun qui pèsent sur lui, il est en outre tenu de respecter, celles particulières, mises à sa charge par le droit des entreprises en difficulté.

Tout d'abord, il doit exploiter le fonds suivant sa destination, c'est-à-dire qu'il ne peut changer la nature du commerce exploité. Il en est ainsi, car le loueur peut ne pas avoir les qualifications ou les aptitudes nécessaires pour continuer, après la fin de la location, l'exploitation du nouveau commerce entrepris par le locataire-gérant.

Il ne doit, non plus, concurrencer le fonds qu'il a pris en location-gérance. Il peut tout au plus se livrer à une activité voisine ou différente mais indépendante, l'élément essentiel étant qu'il ne s'adresse pas à la même clientèle⁷⁹.

Il s'y ajoute qu'aux termes de l'article 138 al 4 de l'AUDCG, il doit payer au bailleur du fonds un loyer correspondant à la redevance due pour la jouissance des locaux, et un loyer pour la jouissance des éléments corporels et incorporels du fonds de commerce tels que décrits dans le contrat de location-gérance. Ces deux éléments de loyer doivent donc obligatoirement être déterminés de façon séparée dans le contrat de location-gérance, même si leurs échéances sont fixées aux mêmes dates.

Au titre des obligations particulières, le locataire-gérant d'une entreprise en difficulté est tenu, conformément à l'article 116 de l'AUPC, d'exploiter celle-ci à bon escient, conformément aux conditions prévues et aux obligations pesant sur lui.

Ces obligations paraissent justifiées, si l'on sait que dans ce cadre, l'entreprise n'a pas besoin d'une recrudescence de ses difficultés, par une gestion catastrophique du locataire. Le respect de ses obligations pourraient ainsi avoir des effets et pas les moindres sur l'objectif ainsi recherché.

C'est ainsi qu'en redressement judiciaire par exemple, le syndic exerce, dans ce cadre, un véritable pouvoir de contrôle sous la supervision du juge-commissaire, en veillant au respect scrupuleux des engagements du locataire-gérant.

A cet effet, le locataire-gérant peut être tenu, de faire communiquer, au syndic, tout document ou information utile à sa mission.

A son tour le syndic doit rendre compte au juge-commissaire de l'exécution de ses obligations par le locataire-gérant dans les conditions énoncées par l'article 116 de l'AUPC.

De ce fait, le compte-rendu doit se faire au moins tous les trois mois, et doit préciser le montant des sommes perçues et déposées au compte de la procédure collective. Les sommes dont il est question, sont sans doute, les redevances payées par le locataire relativement à la jouissance du fonds et des locaux, notamment lorsque le débiteur est

⁷⁹ Jean Paillusseau, "Cession d'entreprise"., précité

propriétaire des deux à la fois. De même, le syndic doit rendre compte au juge-commissaire, des atteintes faites aux éléments mis en location-gérance. Ce qui paraît essentiel, afin d'éviter les abus, et les gestions catastrophiques qui peuvent à la longue, faire obstacle, à l'objectif poursuivi.

Enfin afin d'éviter de tels abus, l'al 2 de l'art 116, donne au juge-commissaire, le pouvoir de mettre fin à la location-gérance, en résiliant celle-ci, notamment lorsqu'il est constaté que par ses agissements ou son fait, le preneur diminue les garanties qu'il avait données ou compromet la valeur du fonds.

Cette résiliation pouvant être prononcée, soit d'office par le juge, soit résulté d'une action en résiliation introduite par le syndic ou le Ministère public, ou à la demande des contrôleurs sur rapport du juge-commissaire.

On est en droit de penser que ce contrôle reste également de mise, en matière de règlement préventif, l'article 116 pouvant être considéré comme le droit commun en la matière. A cet effet le syndic désigné, peut sous la supervision du juge-commissaire, procéder à ce contrôle⁸⁰, conformément à l'article 20 de l'AUPC combiné avec le dit article.

Précisons enfin, qu'en ce qui concerne les contrats de l'entreprise, ceux-ci devraient pouvoir se poursuivre valablement avec le locataire-gérant, sous réserve de l'accord des cocontractants, notamment lorsqu'il s'agit de contrats conclus intuitu personae. En ce qui concerne les contrats de travail, on considère également qu'ils se poursuivent de plein droit, en raison d'une modification juridique intervenue dans la situation de l'employeur, notamment avec le transfert de jouissance de la propriété de l'entreprise⁸¹.

Malgré l'existence de garde-fous dont le législateur encadre cette technique, afin d'assurer de manière appropriée la poursuite de l'active des entreprises en difficulté, il n'en reste pas moins qu'elle demeure limitée en raison notamment de ces conditions élitistes.

B) Une technique juridique limitée

La poursuite de l'activité des entreprises en difficulté par le biais de la location-gérance, malgré les efforts du législateur est assez limitée, en ce sens qu'elle ne peut concerner que certaines entreprises, pour le non moins, déterminées **(a)**. Ce qui contrarie à bien des égards l'objectif poursuivi et ne peut qu'être néfaste en ce domaine **(b)**.

a) Une modalité de continuation aux conditions élitistes

La location-gérance des entreprises en difficulté prévu par l'article 115 de l'AUPC, ne concerne pas à coup sur, toutes les entreprises. Le législateur a, en effet, reconnu la

80 En matière de règlement préventif, la désignation d'un syndic n'est pas obligatoire et relève d'une simple faculté pour la juridiction ayant ouvert la procédure, cependant la désignation du juge-commissaire reste obligatoire (art 16 de l'AUPC). Cependant dans une perspective de réussite de cette procédure, nous pensons que la désignation du syndic paraît indiquée, ne serait-ce que pour faire procéder au contrôle prévu par l'art 116. Le juge-commissaire étant souvent trop bien chargé pour y procéder

81 Joseph Issa SAYEGH " Le sort des travailleurs dans les entreprises en difficulté en droit OHADA", Ohadata D-09-41, p.8, www.ohada.com

possibilité d'y recourir qu'à une certaine catégorie entreprise, faisant du coup de cette technique, une modalité exceptionnelle de continuations de l'entreprise.

Aux termes de cet article, la location-gérance ne peut être autorisée par la juridiction compétente, à la demande du représentant du Ministère public, du syndic ou d'un contrôleur s'il en a été nommé, que lorsque la disparition ou la cessation d'activité, même provisoire, de l'entreprise est de nature à compromettre son redressement ou à causer un trouble grave à l'économie nationale, régionale ou locale dans la production et la distribution de biens et de services.

Cette règle semble voisine de celle prévue par l'article 42 de la loi française du 25 janvier 1985 relativement au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, et de celle de l'article 1 de l'ordonnance du 23 septembre 1967, lequel prévoyait également la dite règle pour déterminer les entreprises pouvant bénéficier de la suspension des poursuites.

On pourrait penser que cette exigence a été édictée dans le but de préserver certaines entreprises, très importantes pour l'économie nationale des Etats- parties, et dont la disparition pourrait avoir des conséquences néfastes sur celle-ci.

Il en serait ainsi, par exemple, des entreprises reconnues d'utilité publique. Ces dites entreprises étant pour la plupart du temps, détenues, à majorité ou totalement par l'Etat⁸². Ce qui fait que le juge national pourrait se montrer assez compréhensif et bienveillant à leurs égards; et surtout déterminés à assurer leur maintien dans le fleuron économique.

A ce sujet, les exemples de décisions de justice, assez indulgent ou faisant preuve de souplesse, à l'égard de certaines entreprises ne manquent pas. Ainsi bien des fois, certaines décisions sont prises, en entorse du droit communautaire,

Mais ce faisant, le législateur crée inévitablement des discriminations, entre entreprises.

Il s'y ajoute que celui-ci ne s'est embarrassé d'aucune précision quant à la question de savoir quand la disparition d'une entreprise serait de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale, régionale ou locale.

Cette règle manque ainsi de précision, en ce sens qu'il n'est établi aucun critère objectif précis, permettant de connaître l'importance ou l'utilité à partir de laquelle, une entreprise pourrait être autorisée à être mise en location-gérance. Elle a également un caractère élitiste en ce que certaines entreprises bénéficient des facilités qui ne sont pas accordées à d'autres. On est donc en droit de penser que la location-gérance prévue par le législateur OHADA, a pour but inavoué de trouver des solutions aux difficultés des grosses entreprises.

Ce qui par conséquent, a fini de faire de cette modalité de continuation de l'active économique une technique assez limitée.

Il s'y ajoute qu'en voulant trop protéger l'entreprise en difficulté, le législateur a fini par occulter le sort du locataire-gérant, rendant dans la pratique cette technique encore

⁸² Les entreprises publiques dont il est question ici, sont celles se livrant à des activités économiques telles que les entreprises publiques à caractère industriel et commercial (EPIC). Les autres personnes publiques étant exclues du champ d'application de l'Acte uniforme sur les procédures collectives, en raison, notamment du principe de l'insaisissabilité des biens et des personnes publiques, et de leur immunité d'exécution consacrée par l'article 30 de l'Acte Uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution.

beaucoup plus limitée, qu'on pourrait le croire. D'où le nécessaire équilibre du législateur quant à la protection des parties.

b) Vers un équilibre de la réglementation en matière de location-gérance d'entreprises en difficulté

La location-gérance est un procédé de sauvetage de l'entreprise en difficulté prévu par le législateur. On peut considérer également à travers les règles qui l'encadrent qu'elle est destinée à assurer la stabilité économique et sociale des Etats-parties. En effet sur le plan économique, elle peut empêcher la disparition d'une structure indispensable à la vie économique; et sur le plan social permettre la sauvegarde des emplois.

A cet égard bien plus qu'une simple modalité de continuation de l'activité économique de l'entreprise par des tiers, elle apparaît comme le moyen le plus efficace, lorsque les difficultés de l'entreprise sont dues à une mauvaise gestion ou à l'incompétence du débiteur ou des dirigeants sociaux, alors même qu'elle reste redressable, de confier sa gestion à des tiers. Elle constitue donc un véritable moyen de sauvetage de l'activité économique, et rien qu'à ce titre le législateur devrait pouvoir l'élargir à toutes les entreprises en difficulté sans distinction aucune.

Plus intéressant encore, dans le cadre d'une demande de résolution du concordat pour poursuite de l'entreprise par le débiteur frappé d'incapacité, le législateur l'érige en exception permettant de faire obstacle à cette demande. En effet dans ce cadre le législateur permet par le biais d'une location-gérance que le débiteur soit écarté et que l'activité soit poursuivie avec un tiers sans qu'il y ait lieu de prononcer la résolution du concordat⁸³.

A cet effet la réglementation en matière de la location-gérance devrait donc pouvoir édicter des règles permettant de sécuriser la transaction aussi bien pour le loueur que pour le repreneur.

En effet le loueur peut tout en préparant une éventuelle cession de l'entreprise tester les capacités du futur repreneur. Le futur repreneur peut de son côté tester le potentiel du fonds et bien réfléchir à l'acquisition. Ce temps lui permet aussi de trouver les financements nécessaires à l'achat tout en démontrant à ses partenaires financiers ses compétences. De même qu'il lui permet de prendre connaissance de la situation exacte de l'entreprise en difficulté avant une éventuelle acquisition (niveau de son chiffre d'affaires réel, montant du passif, stabilité de la clientèle...).

Par ailleurs le locataire-gérant, futur acquéreur de l'entreprise en difficulté de par son intervention participe à l'opération de sauvetage de l'activité. Pour cette raison une protection aussi minime soit-elle, devrait être érigée à son égard, afin d'inciter celui-ci, ainsi que tout éventuel repreneur.

La carence dans la protection du locataire-gérant se vérifie à plusieurs niveaux.

A titre d'exemple, dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire, la location-gérance est généralement conclue pour la durée du redressement. Or celui-ci prend généralement fin, soit du fait de sa conversion en liquidation des biens, soit en raison de l'homologation du concordat par le tribunal. A cet effet si le débiteur ne présente pas un concordat sérieux ou n'obtient l'homologation, ou si le concordat est annulé ou résolu, le

83 Voir art 139-2° de l'AUPC

redressement judiciaire est converti en liquidation des biens. La location-gérance prend alors fin et le syndic est tenu de liquider l'entreprise. Dans ce cadre il ne reste au locataire qui veut continuer d'exploiter le fonds que le rachat de celui-ci. Ce qui présente forcément un coût important et ne fera que majorer son investissement.

Ainsi le législateur OHADA en voulant trop protéger l'entreprise en difficulté et les créanciers, l'a encadré de restrictions de trop; ce qui a fini par limiter son efficacité quant à l'objectif poursuivi. Sans oublier le fait qu'il a fini d'occulter la protection du locataire, un potentiel investisseur dont la venue est plus ou moins souhaitée dans ce cadre.

Et aujourd'hui, il est dommage de constater que les réformes intervenues en la matière n'aient pu intégrer toutes ces difficultés pratiques.

Il s'y ajoute par ailleurs que l'excès de rigueur dans la réglementation peut peu être source de problèmes notamment pour les repreneurs nationaux⁸⁴.

Ainsi pour plus d'efficacité et dans un objectif de consolidation du tissu économique des Etats africains, nous considérons qu'une réglementation beaucoup plus précise en la matière et assez incitative serait de nature à assurer l'objectif de sauvetage de l'activité des entreprises.

Ainsi donc s'impose de nouvelles réformes adaptées aux réalités économiques et financières et qui sauront donner plus de vigueur à un tel mécanisme de sauvetage des entreprises. Ce faisant le législateur OAHADA russiserait à éradiquer où à tout le moins à ralentir inexorablement la disparition d'entreprises.

Intéressons nous à présent à l'autre modalité de continuation de l'activité de l'entreprise prévue par le législateur communautaire.

Paragraphe II: La modalité de reprise définitive de l'activité par les tiers : les cessions d'entreprise

Contrairement à la location-gérance, le législateur encadre les cessions de moins de restrictions, elles peuvent être partielles ou globales avec les nouvelles réformes (A), mais dans tous les cas elles restent encadrées, afin d'assurer leur efficacité (B).

A) Les cessions: une modalité efficace de maintien de l'activité économique

Le législateur a consacré, à travers les récentes réformes, la cession aussi bien partielle que globale d'actif et d'entreprise (a); mais encore faudrait-il préciser la nature de ses biens susceptibles de cession (b).

a) L'opportune extension de la cession d'actif aux cessions globales dans le nouvel acte uniforme

⁸⁴ La plupart des reprises d'entreprises en Afrique sont le fait de grandes firmes étrangères. Ainsi dans le but de favoriser une reprise par les nationaux, afin d'éviter toute reconquête coloniale, nous considérons que le législateur en accord avec les pouvoirs publics des Etats-parties se doit d'édicter des règles qui incitent les entrepreneurs locaux à y procéder plus facilement.

Il convient tout d'abord de préciser que dans les procédures destinées à la sauvegarde de l'entreprise, le législateur n'avait prévu que la cession partielle d'actif. La cessation globale n'étant réservée qu'à la procédure de liquidation des biens.

Aujourd'hui il semble que le législateur a tenu compte des critiques de la doctrine africaine en la matière. L'impertinence de l'exclusion des cessions globales en ces procédures était regrettable pour une bonne partie de la doctrine et avait fini de montrer toutes ses limites dans un objectif de sauvetage de l'activité économique. C'est ainsi même que le Professeur Sawadogo faisait remarque avec pertinence qu' "il serait rare qu'une cession partielle dégage un prix suffisant pour éponger le passif d'une façon significative. L'admission du concordat comportant une cession globale de l'actif ou de l'entreprise et devrait de ce fait être recommandé dans la perspective d'un amendement de l'Acte uniforme."⁸⁵

Mais plus qu'un moyen de règlement du passif, le procédé de la cession globale paraît être le moyen le plus efficace d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise, notamment lorsque le débiteur fait preuve d'incompétence ou d'incurie ou est frappé d'une interdiction d'exercer le commerce à la suite du prononcé de sa faillite personnelle ou de sa condamnation pour banqueroute. C'est d'ailleurs ce qu'avait prévu sans grande conviction l'article 139-2 de l'AUPC, selon un auteur⁸⁶.

Aujourd'hui, à l'instar de son homologue français⁸⁷, le législateur OAHADA a prévu aussi bien des cessions partielles que celles globales d'actif ou d'entreprise.

Même si la législation reste toujours laconique, le législateur reprenant pour l'essentiel les dispositions qui existaient en la matière; il reste que cette extension reste tout de même salubre.

Ainsi ces cessions pourraient tout d'abord permettre à l'entreprise de se redresser grâce au dynamisme, aux relations et aux moyens financiers de ses nouveaux propriétaires⁸⁸. On pourrait voire, dès à présent, à travers cette réforme, une solution efficace de reprise des entreprises en difficulté.

Les cessions ont, par ailleurs, l'avantage de permettre aux repreneurs de bénéficier du potentiel de l'entreprise en difficulté, de sa clientèle et de ses contrats. Elles présentent également des avantages fiscaux non indéniables en cas de constitution d'une société

85 Filiga-M-Sawadogo, "Droit des entreprises en difficulté"., précité

86 Filiga-M-Sawadogo, "Droit des entreprises en difficulté"., précité, Voire également l'article 139-2° ancien selon lequel, la location gérance pouvait être une solution intermédiaire en vue de la cession d'entreprise pour l'intérêt collectif, notamment lorsque " le débiteur était frappé d'une interdiction d'exercer une activité commerciale, et si la nature et la durée de cette interdiction était compatible avec la poursuite de l'activité par location gérance". Le législateur admettait implicitement dans ce cadre une cession globale, mais sans aucune autre précision. Précisons que cette disposition continue toujours d'exister dans le nouvel Acte uniforme et en les mêmes termes; mais elle semble à présent retrouver tout son sens.

87 Précisons tout de même qu'en France jusqu'à la loi de 1985 la cession globale n'était pas considérée comme une solution autonome des procédures collectives. Elle n'était pas inexistant, mais était tout simplement pratiqué par le biais des cessions à forfait, c'est à dire que certains biens étaient cédés sans aucune garantie de valeur, avec l'autorisation du tribunal. La cession avait alors un caractère global et aléatoire; ce qui lui a valu de nombreuses critiques.

88 Yves Guyon " Droit des affaires", op.cit

nouvelle, sans compter que les contrats de travail sont en général maintenus, ce qui protège en outre l'emploi.

Néanmoins il convient de préciser que les cessions prévues par le nouvel acte uniforme n'est pas la liquidation et diffère de celle-ci. En effet elles apparaissent plutôt comme un moyen de maintien de l'activité, soit de l'entreprise dans sa globalité, soit simplement de certaines unités formant une ou plusieurs branches susceptibles d'exploitation autonome. Les cessions ne devraient donc pouvoir porter que sur des unités viables et non sur des secteurs morts. Elles apparaissent donc comme un moyen de sauvetage de l'entreprise dans ses éléments sains⁸⁹.

La cession n'est pas un moyen de différer la liquidation, elle constitue une solution autonome de sauvetage de l'entreprise et ne devrait à priori être possible que si le redressement de l'entreprise est envisageable. A cet égard l'article 33 nouveau est plus que révélateur de cet objectif⁹⁰.

Précisons à présent les biens susceptibles de faire l'objet de cessions partielles ou globales.

b) Les cessions susceptibles d'une continuation d'activité: les cessions d'entreprise

Aux termes de l'article 131 al 2 nouveau de l'AUPC, la cession totale ou partielle d'actif peut concerner tout ou partie des biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles. La définition de ces cessions nous est donnée par l'alinéa 3 de l'article précité, aux termes duquel, " la cession d'entreprise ou d'établissement est toute cession de biens susceptibles d'exploitation autonome permettant d'assurer le maintien d'une activité économique, des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif ". Il convient à priori de préciser que le législateur n'a pas innové dans ce sens, l'ancien article précité retenait également la même définition pour les biens susceptibles de cessions.

Les biens composant l'entreprise sont, en effet, tous les biens qui lui permettent de fonctionner : biens corporels (immeubles, mobilier et matériel, stocks) et incorporels (clientèle, éléments de propriété industrielle, droits de jouissance divers, contrat en cours). Cependant les cessions de biens dont il est question, sont ceux qui sont consistants et sont susceptibles d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise.

Ainsi la cession devrait pouvoir porter non sur des biens isolés mais sur des ensembles fonctionnels c'est à dire des branches d'activité complètes et autonomes (usine, chaîne de production,..). L'AUPC parle de 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. Il n'est donc pas question de vendre une activité de production de distribution ou de transformation morcelée. Ainsi l'activité qui a été cédée ne doit pas être bloquée du fait qu'elle aurait du être reprise avec une autre. Concrètement il s'agira donc de la cession d'une branche d'activité susceptible de fonctionner par ses propres moyens.

A cet effet elle peut porter sur l'ensemble que constitue l'entreprise, mais encore sur des sous-ensembles, sur des activités ou des biens susceptibles d'exploitation autonome.

⁸⁹ Corinne Saint-Alary-Houin, "Droit des entreprises en difficulté", op cit

⁹⁰ Voir art 33 nouveau de l'AUPC qui érige la proposition de cession globale d'entreprise au même titre que la proposition d'un concordat sérieux, en solution de survie de l'activité l'entreprise

Le but poursuivi est le maintien, non pas de l'entreprise telle qu'elle se présente lors de l'ouverture de la procédure, mais plutôt le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome et rentable. La cession vise ainsi plus au maintien de l'activité économique qu'à la survie de l'entreprise dans sa forme actuelle passif⁹¹.

Ainsi, la cession doit être envisagée, non comme la disparition de l'entreprise, mais comme sa continuation dans d'autres mains, lorsque le débiteur est dans l'impossibilité d'en assurer lui-même le redressement.

A cet effet le législateur africain en limitant les cessions aux biens susceptibles d'exploitation autonome, invite les tribunaux nationaux à plus de pragmatisme, quant aux objectifs poursuivis.

En effet même s'il reste certain qu'en droit OHADA, l'offre de cession demeure une initiative exclusive du débiteur, proposé dans la cadre de son concordat, il reste qu'il revient au juge d'apprécier celle-ci avant de procéder à son homologation. Et le législateur semble lui donner les moyens en précisant les conditions dans lesquelles cette cession peut recevoir l'homologation du tribunal.

B) Une modalité réglementée

La cession est réglementée à travers les articles 131 à 133 de l'AUPC, lesquels prévoient les conditions de formation des contrats y relatifs **(a)**; mais il reste qu'une fois ces conditions réunies, la cession ne peut avoir l'efficacité voulue qu'avec l'intervention du juge qui lui accorde son homologation **(b)**

a) Les conditions de la cession d'entreprise

Il convient tout d'abord de souligner que malgré quelques lacunes constatées dans la réglementation aussi bien en matière de location-gérance qu'en matière de cession, il n'en reste pas moins que la loi a été assez interventionniste en ce qui les concerne.

A cet effet et comme déjà expliqué plus haut, les cessions prévues par le législateur ne peut concerner des biens isolés ou une vente globale de biens isolés comme en matière de liquidation des biens.

Ainsi convient-il de souligner que l'objectif est d'assurer le maintien d'une activité économique ainsi que des emplois y attachés, sans oublier l'apurement du passif de l'entreprise en difficulté. Pour cette raison les cessions partielles ou totales ne peuvent concerner que les biens de l'entreprise susceptibles d'exploitation autonome

A cet effet les dispositions des articles 131 à 133 de l'AUPC y relatifs, font appel à la concurrence et prévoient certaines conditions essentielles sans lesquelles, la cession ne peut obtenir l'approbation du juge et assurer l'objectif poursuivi.

L'Acte uniforme semble distinguer dans la procédure de cession, deux sortes d'offres: les offres de cession et les offres d'acquisition ou de reprise d'entreprise. Les premières devant être présentées par l'entreprise débitrice et les secondes par les tiers acquéreurs.

Ainsi en ce qui concerne les offres de cession, l'article 131 al 4 de l'AUPC, dispose que lorsque la cession totale ou partielle d'actif ou d'entreprise ou d'établissement est

91 Michel Jeantin et P Le Cannu, "Droit commercia", 5ème éd., Economica, 1995, n° 737

envisagée dans le concordat, le syndic doit établir un état descriptif des biens meubles et immeubles dont la cession est envisagée, la liste des emplois qui y sont éventuellement attachés, les sûretés réelles dont ils sont affectés et la quote-part de chaque bien dans le prix de cession⁹². A cet état, est joint à la convocation individuelle faite à tous les créanciers admis à titre chirographaire, définitivement ou par provision.

Le syndic doit ensuite, dès le moment où elles sont définitivement arrêtées par lui et le débiteur, et approuvées par une décision du juge-commissaire, faire connaître ces offres de cession par tous moyens, notamment par la voie d'annonces légales, ajoute l'alinéa 5. L'objectif d'une pareille publication systématique des offres proposées par le débiteur est sans doute de permettre au public d'avoir une meilleure connaissance des entreprises ou actifs susceptibles d'être cédées, afin de pouvoir présenter dans les délais requis leurs offres d'acquisition.

Et aux termes de l'article 132 de l'AUPC, les offres d'acquisition sont reçues par le débiteur assisté du syndic et portées à la connaissance de l'assemblée concordataire, s'agissant du redressement judiciaire. Dès lors, dans la procédure de règlement préventif où il n'existe pas d'assemblée concordataire, ces offres devraient être portées à la connaissance du juge-commissaire, après avoir été reçues par le débiteur, seul ou en présence du syndic, si ce dernier organe a été désigné.

Quant aux modalités de l'offre, notamment son caractère formel et son contenu, elles sont prévues par l'article 160 de l'AUPC applicable en cas de cession globale. L'alinéa 3 de ce texte, dispose en effet que toute offre d'acquisition doit être écrite et indiquer le prix et ses modalités de paiement, ainsi que la date de réalisation de la cession.

En ce qui concerne l'auteur de l'offre d'acquisition, l'article 160, al. 2, AUPC, prévoit qu'il doit être un tiers par rapport au débiteur. Le débiteur ne saurait donc être candidat à sa propre reprise, sans doute dans un souci de moralisation des affaires, et il importe de vérifier qu'il n'y parvient pas de façon détournée. D'où l'interdiction de soumettre des offres d'acquisition faite aux dirigeants de la personne morale, aux parents ou alliés de ces dirigeants et au débiteur personne physique, et ce jusqu'au deuxième degré.

Le domaine de l'interdiction semble assez large, puisqu'elle s'étend également au syndic et aux contrôleurs, c'est à dire à tous ceux qui ont participé à l'administration de la procédure collective. Il leur est, en effet, interdit, suivant les dispositions de l'article 51 de l'AUPC, d'acquiescer personnellement, soit directement, soit indirectement, à l'amiable ou par vente de justice, tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier du débiteur en état de règlement préventif, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. L'objectif est sans doute d'éviter qu'ils n'exercent leur mission qu'afin de servir leur propre intérêt de futur repreneur, attitude érigée en délit et sanctionnée par l'Acte uniforme⁹³.

Et enfin, afin d'éviter toute spéculation, l'article 132 al 2 frappe d'une inaliénabilité les biens acquis, tant que le prix n'a pas été intégralement payé, et celle-ci fait obligatoirement l'objet d'une publication au registre du commerce et du crédit mobilier.

92 En procédure de règlement préventif, le syndic s'il est nommé, peut établir cette liste, à défaut de celui-ci, le débiteur peut y procéder lui-même

93 Voir article 243 de l'AUPC.

b) L'adoption du plan de cession: une reprise de l'activité soumise à des garanties

La cession des biens de l'entreprise susceptibles d'exploitation autonome restent soumise à certaines conditions particulières pour pouvoir s'exécuter valablement. Ce qui est compréhensible si l'objectif semble être le maintien de l'activité économique.

Cependant il conviendra de démontrer que le législateur n'est pas allé jusqu'au bout de sa logique de protection de l'activité des entreprises, en raison de diverses tergiversations dans sa conduite.

D'abord il convient de préciser qu'il ne suffit pas qu'il y ait offre de cessions et offres d'acquisition, pour qu'il y ait contrat de cession. Aussi passe-t-elle nécessairement après le dépôt des offres d'acquisition, par l'homologation du concordat de cession par la juridiction compétente.

Le législateur OHADA subordonne l'adoption du plan de cession partielle ou totale à travers le concordat qui le contient, à certaines conditions lesquelles s'analysent plutôt en des garanties afin d'éviter tout risque de spoliation; mais au détriment de qui ?

Ainsi la réalisation de la reprise est subordonnée de prime abord, à une acceptation par les créanciers de l'entreprise. Cependant et contrairement en droit français ou la législation récente donne moins de pouvoir aux créanciers; le législateur OHADA malgré les réformes intervenue dernièrement continue de subordonner les moyens de la survie de l'entreprise à l'approbation des créanciers.

Ce qui est regrettable au vue des objectifs que s'assignent aujourd'hui les procédures collectives, dans nos législations modernes. Mais à y regarder de près, il ne pourrait en être qu'ainsi, car le législateur de notre droit uniforme semble continuer à se cramponner à l'objectif d'apurement du passif, s'abstenant ainsi et inévitablement, à reconnaître une quelconque finalité aux cessions, si ce n'est cet apurement⁹⁴.

Les dispositions de l'Acte uniforme, en sont révélatrices. Ainsi selon l'article 132 nouveau alinéa 1, il appartient à l'assemblée concordataire de retenir parmi les offres la plus avantageuse. Ce texte est prévu en matière de redressement judiciaire. Néanmoins en règlement préventif en l'absence d'une telle assemblée, il reviendra au juge-commissaire de choisir l'offre la plus avantageuse. Ce qui lui donnera probablement les pouvoirs du juge français, lequel en cette matière, décide du choix de l'offre.

En effet les articles L.621-86 et L.621-87, du code du commerce français, donnent au tribunal, le pouvoir de vérifier le caractère sérieux de l'offre et de retenir celle qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé et le paiement des créanciers.

En revanche en droit OHADA, il appartient aux créanciers d'une entreprise en redressement judiciaire, de déterminer l'offre qui leur parait la plus satisfaisante.

⁹⁴ Contrairement en droit français, où l'article L. 621-83, énonce clairement que la cession a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif.

Ce qui peut paraître assez bizarre et illogique. On se demanderait volontiers sur quel fondement, des créanciers de l'entreprise pourraient-ils déterminer en toute lucidité l'offre la plus avantageuse pour celle-ci.

De ce fait en ne donnant pas au juge, les moyens de choisir l'offre, à mieux d'assurer une conciliation, entre le redressement de l'entreprise, le maintien des emplois et l'apurement du passif et en réduisant ce choix à la volonté des créanciers, le législateur nie inexorablement aux cessions toute finalité économique⁹⁵. Il s'y ajoute également qu'il ôte au juge toute possibilité d'appréciation d'opportunité économique et heurte sensiblement l'objectif de poursuite de l'activité économique.

Le choix ainsi accordé aux créanciers a lieu à l'occasion du vote de la proposition de concordat de redressement judiciaire. Concrètement on pourrait penser que l'adoption du concordat emporte de plein droit ce choix. Mais on pourrait également penser qu'elle pourrait faire l'objet d'une résolution spéciale, notamment lorsqu'elle est prévue avec d'autres mesures. A cet effet son adoption ne peut être considérée comme acquise que si s'il obtient la majorité en nombre des créanciers représentant 50 % des créances en sommes⁹⁶.

Après adoption, la cession est soumise à l'homologation du juge qui n'y procède selon les termes de l'article 132 alinéa 2 que lorsque deux conditions sont réunies:

- D'abord le prix doit être suffisant pour désintéresser les créanciers munis de sûretés réelles spéciales sur les biens cédés, sauf renonciation par eux à cette condition et acceptation d'être traités pour le paiement du reliquat, comme des créanciers chirographaires;
- Ensuite si le prix est payable au comptant, ou dans le cas où des délais de paiement sont accordés à l'acquéreur, que ceux-ci n'excèdent pas deux ans et qu'ils soient garantis par le cautionnement solidaire d'un établissement bancaire.

Ces conditions spécifiques d'homologation du concordat comportant une cession d'actif, semblent être guidées, à l'heure actuelle, plus à souci d'apurement du passif qu'à une logique de protection de l'activité économique. Ce qui est fort regrettable.

Au total, la cession tout comme la location-gérance, en tant que mesure de redressement, méritent davantage de précisions et de règles adaptées, et se doivent de répondre à l'attente des entreprises en difficulté.

Il serait alors temps que le législateur, à l'instar de la plupart des législations modernes, puisse s'engager résolument dans cette voie, afin d'assurer efficacement la protection de l'activité des entreprises. Il lui revient alors d'apprendre à se débarrasser de ce carcan, consistant à valser entre mesures classiques et contemporaines; et devrait pouvoir s'engager en toute logique et pour l'intérêt supérieur de ses Etats membres, dans une pure démarche de sauvetage de ses entreprises.

⁹⁵ Il est regrettable de constater que le législateur n'a pas été du tout conséquent avec lui-même; et il semble nous ramener inévitablement à l'ancienne cession à forfait de la loi française du 13 juillet 1967. Au surplus il est décevant de constater qu'il n'y ait pas d'évolution avec la récente réforme. Les cessions semblent plus que jamais être aménagées, dans le but de vendre certains biens de l'entreprise et apurer tout au plus son passif.

⁹⁶ Voir article 125 de l'AUPC

Il est probable qu'à l'inefficacité à peine voilée de ces mesures, les mesures de la poursuite d'activité impliquant le maintien du débiteur à la tête de celle-ci puissent y remédier ? Intéressons-en-nous à présent pour le savoir.

Section II: La poursuite d'activité impliquant le maintien du débiteur

Il convient tout d'abord de préciser que les mesures impliquant le maintien du débiteur à la tête de son activité ne sont pas exclusives des premières étudiées. Elles peuvent coexister avec ces dernières.

L'intérêt de leur étude, en cette partie, tient plus à des raisons d'ordre pédagogiques que pratiques.

Ce faisant parmi les modalités destinées à assurer le maintien de l'activité de l'entreprise et partant l'apurement de son passif, le législateur annonce des mesures qui sans impliquer nécessairement le retrait du débiteur assurent efficacement le redressement de l'entreprise. Ces mesures sont souvent dites de restructuration et peuvent être de divers ordres (**Paragraphe I**). Enfin étant conscient que la protection des entreprises ne peut être efficacement entreprise, qu'avec des mesures dissuasives et répressives des comportements susceptibles de compromettre leur devenir, le législateur a mis sur pied un dispositif d'assainissement assez intéressant (**Paragraphe II**).

Paragraphe I: Les mesures de restructuration internes à l'entreprise

Les mesures de restructuration peuvent avoir, bien des fois, tout leur sens dans le dispositif de sauvetage de l'activité économique des entreprises en difficulté.

Il s'agit pour la plupart du temps, de procédés axés sur le refinancement de l'entreprise (**A**). D'autres beaucoup plus complexes et attachées aux ressources humaines de l'entreprise peuvent également, paraître nécessaires, toujours dans une logique de restructuration, d'où l'intérêt que leur accorde le législateur (**B**).

A) Les moyens de rétablissement de la situation financière de l'entreprise

Ce financement peut se faire au moyen de finances propres à l'entreprise et peut passer par divers procédés (**a**); mais dans tous les cas, ces mesures impliquent souvent qu'elles soient assorties de garanties afin d'en assurer le sérieux et l'exécution (**b**).

a) La mise en œuvre du refinancement de l'entreprise

Le refinancement de l'entreprise admise en règlement préventif ou en redressement judiciaire, peut se faire de diverses manières si l'on se réfère aux dispositions des articles 7 et 27 de l'AUPC.

Généralement le refinancement nécessite une reconstitution des fonds propres par l'apport de ressources nouvelles. Il peut se réaliser par divers moyens.

Tout d'abord sur le plan économique ou financière, il peut consister en une cession d'actifs isolés de l'entreprise débitrice. Autrement dit de la vente d'un ou plusieurs biens, corporels ou incorporels, dès lors qu'elle apparaît comme le moyen le plus approprié pour assurer la poursuite de l'activité et l'apurement du passif.

Il en est ainsi par exemple de la vente d'immeubles de grande valeur mais dont la propriété n'est pas indispensable à l'exploitation de l'entreprise.

Il s'agit donc dans ce cas de cession de biens isolés et individualisés. Cependant il convient de préciser ici, que la cession ainsi réalisée n'est nécessairement pas envisagée comme la continuation de l'entreprise, fût-elle dans d'autres mains.

Il n'est donc pas indispensable que les biens ou ensembles de biens cédés constituent une entité indépendante, susceptible d'exploitation autonome. L'objectif visé n'est rien d'autre que le renflouement des caisses de l'entreprise.

Soulignons néanmoins que cette cession devra respecter le régime de la cession partielle ou totale d'actif prévu par les articles 131 et suivants de l'AUPC, en ce qui concerne le sérieux de l'offre. Et enfin selon l'article 63 al 5 nouveau, les biens cédés doivent obligatoirement faire, d'abord, l'objet de prise.

Au titre du refinancement de l'entreprise, il est également possible, selon les termes du législateur, de recourir au concours des établissements bancaires ou financiers par l'ouverture de crédits⁹⁷. Cependant, il convient de préciser que malgré le fait que ces concours soient homologués dans le cadre du concordat; il n'en reste pas moins qu'il ne pourrait justifier, en tout état de cause, que ces établissements bancaires puissent accorder des crédits abusifs aux entreprises admises en règlement préventif ou en redressement judiciaire, sous peine d'engager leur responsabilité conformément à l'article 118 de l'AUPC.

Il en est ainsi par exemple, lorsque malgré la persistance des difficultés, la banque continue d'agir dans le cadre d'une opération de financement qui maintient artificiellement l'activité de l'entreprise et par la lui donne une apparence de solvabilité.

Au surplus le législateur ayant compris qu'une restructuration trop largement financée par l'emprunt risquerait d'être vouée à l'échec, a également prévu l'augmentation de capital comme moyen de sauvetage de l'entreprise.

L'augmentation de capital est un procédé juridique utilisé dans les entreprises exploitées sous la forme d'une personne morale. Il convient d'y recourir si du fait des pertes résultant des difficultés, les capitaux propres sont devenus inférieurs à la moitié du capital social. Concrètement, l'augmentation de capital sera proposée par le débiteur, en même temps que les autres éléments du concordat, mais ne se fera que par les organes compétents de la personne morale, notamment la collectivité des associés réunis en assemblée générale extraordinaire. En principe, la décision d'augmentation doit être prise avant le jugement d'homologation dont l'effet sera de la rendre obligatoire. À cet effet l'article 119-2 nouveau prévoit la procédure y afférente et certaines de ses dispositions rejoignent les solutions du droit des sociétés⁹⁸.

Mais soulignons que conformément à ce droit qui constitue le droit commun en la matière, il est précédé d'une mise à niveau, c'est-à-dire qu'il sera procédé à une réduction de capital pour que la valeur nominale des titres corresponde à leur valeur réelle

Enfin soulignons à ce propos que les nouvelles réformes ont été assez innovatrices, en ce sens, en consacrant l'entrée des créanciers dans le capital de l'entreprise par une conversion de créances⁹⁹.

97 Voir art 7 et 27 de l'AUPC

98 Voir art 360 et svts pour les (SARL) et art 562 et svts pour les (SA) de l'Acte uniforme sur le droit des sociétés en comparaison avec les dispositions de l'art 119-2 de l'AUPC

99 Voir art 7 et 27 nouveaux de l'AUPC

Ce qui peut d'ailleurs faciliter l'apurement du passif de l'entreprise, et réduire le nombre de créanciers demandeurs au paiement¹⁰⁰

Il importe enfin de souligner que le législateur subordonne la plupart de ces mesures de refinancements d'engagements de personnes susceptibles d'en assurer l'exécution, d'où l'importance de l'étude des garanties apportées à ces engagements

b) Les garanties préconisées et nécessaires à l'exécution des engagements

Au titre des mesures destinées à assurer le redressement de l'entreprise et le maintien de son activité, le législateur prévoit également des mesures supplémentaires destinées à assurer une bonne exécution du concordat: il en est ainsi des garanties.

A cet effet le concordat qu'il soit préventif ou de redressement peut être assorti de garanties destinées à en assurer l'exécution. Celles-ci peuvent consister en des sûretés réelles ordinaires, telles qu'une hypothèque, un gage ou un nantissement pris sur des biens appartenant au débiteur ou même à des tiers, qui acceptent de se porter garants de la bonne exécution du concordat.

De même que tel ou tel créancier, ou même l'ensemble des créanciers participant au concordat peuvent exiger, par exemple, la caution personnelle du chef d'entreprise.

S'agissant d'une société, les dirigeants et/ou les associés peuvent s'engager par exemple à verser une certaine somme en cas d'inexécution du concordat par leur société en règlement préventif ou en redressement judiciaire.

De même en ce qui concerne le concours financier des banques, il fait souvent l'objet de garantie par lequel le débiteur se porte caution, notamment en sa qualité de dirigeant. Sur ce point, il convient de noter que l'Acte uniforme nouveau a véritablement innové en ce sens.

Ainsi en matière de règlement préventif, il est possible que les personnes physiques, coobligés ou ayant consenti une sûreté personnelle ou affecté ou cédé un bien en garantie, puissent se prévaloir des délais et remises du concordat¹⁰¹. La règle a cependant ses limites. Elle concerne seulement les cautions ou coobligés personnes physiques à l'exclusion des personnes morales, il s'y ajoute qu'elle n'a pas été reconduite en matière de concordat de redressement, ce qui paraît fort regrettable.

La solution a ainsi le mérite de faciliter l'engagement des cautions en vue de faciliter le redressement.

Et enfin selon l'article 140 de l'AUPC, les personnes cautions ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie sont libres de plein droit en cas d'annulation du concordat pour dol.

Il en résulte alors que les personnes qui se sont portées garant des engagements souscrits au titre de l'exécution du concordat, que ce soit aussi bien en procédure de règlement préventif ou de redressement judiciaire peuvent échapper à toute poursuite en cas de dol. Concrètement il s'agira bien en entendu des tiers qui se sont portés cautions ou ont affecté des biens en garantie, car le dol étant souvent l'œuvre du débiteur en personne. Ces

100 Cependant elle reste réglementée et ne peut être imposée aux créanciers; voire articles 119-2 et 119-3 nouveau de l'AUPC

101 Voir art 18 al 3 nouveau de l'AUPC

cautions ou coobligés ne peuvent perdre leur bénéfice de non poursuite, que s'ils avaient eu connaissance du dol lors de leur engagement.

Intéressons nous à présent à la restructuration liée aux ressources humaines de l'entreprise.

B) Les mesures de restructuration du personnel de l'entreprise

La principale mesure prévue en ce sens est le licenciement pour motif économique (a), que le législateur encadre et réglemente, dans une certaine mesure, par renvoi aux législations nationales (b).

a) L'admission des licenciements pour motif économique

Le maintien des contrats de travail est l'un des objectifs poursuivis par les procédures collectives à travers la sauvegarde de l'entreprise. Le législateur français, contrairement à son homologue africain, en a fait expressément une des finalités des procédures destinées au redressement de l'entreprise.

Le législateur communautaire n'a cependant pas été en reste dans un souci de préserver les emplois. C'est ainsi que l'article 107 de l'AUPC édicte la poursuite de plein droit des contrats de travail malgré l'existence de la cessation des paiements. Il s'y ajoute également qu'il est prévu un privilège intéressant, pour les salariés d'entreprises en difficulté; de même qu'il leur est reconnu un droit de réclamer à tout stade des procédures le paiement de leurs créances de salaire, ce malgré l'intervention de la mesure de suspension des poursuites individuelles.

Cependant il reste que la volonté de préserver les emplois peut être contrariée par la réalité économique et le refus d'envisager, de réaliser les licenciements nécessaires peut conduire à la disparition de l'entreprise, et par voie de conséquence à celle de tous les emplois¹⁰². Ainsi s'est-il avéré nécessaire pour le législateur de prévoir des licenciements pour motif économique lorsqu'ils sont indispensables à la survie de l'entreprise.

D'où la nécessité d'admettre les licenciements pour motifs économique. Il en est ainsi car il serait en effet illogique, que dans un souci de préservation de l'activité économique des entreprises en difficulté, que celles-ci continuent de subir une masse salariale très importante source de frais colossaux, au détriment de son sauvetage.

Par ailleurs à l'instar du législateur communautaire, la plupart des législations nationales ont eu à reconnaître la possibilité de procéder à des licenciements pour motif économique lorsqu'ils s'avèrent nécessaire à la sauvegarde de l'entreprise¹⁰³.

Ainsi conscient du caractère inéluctable de ces mesures, l'article 7 relatif au règlement préventif énonce que le concordat peut prévoir au titre des modalités de maintien de l'entreprise, des licenciements pour motif économique, qui doivent intervenir dans les conditions prévues par les dispositions du droit du travail.

¹⁰² Filiga-M-Sawadogo, précité

¹⁰³ Voir article 63 du Code du travail sénégalais

Alors que son pendant, en matière de redressement judiciaire (article 27), énonce également qu'il est possible de recourir aux licenciements pour motif économique, qui doivent intervenir dans les conditions prévues par les articles 110 et 111 de l'AUPC.

Il en résulte alors que le droit commun est la règle en ce qui concerne le licenciement en matière de règlement préventif, qu'en revanche en ce qui concerne les licenciements de la procédure de redressement judiciaire, le législateur a institué un régime spécial de licenciement pour motif économique¹⁰⁴.

Mais on ne saurait clore sur ce sujet, sans nous attarder sur les dispositions de l'article 107 nouveau. Nouveauté ou simple précision? Le législateur y indique, en effet que la poursuite de plein droit des contrats n'est pas applicable aux travailleurs.

Des interrogations s'imposent? S'agit-il d'un moyen de libérer le chef d'entreprise et de le débarrasser d'un personnel devenu lourd? Ou bien s'est-il agité pour le législateur, de faciliter la libération de salariés, dont les conditions de travail sont devenues difficiles et précaires en raison des difficultés de l'entreprise.

Nous penchons pour la deuxième solution. En effet à notre avis le législateur s'est voulu d'abord explicite sur la question de l'exclusion des travailleurs des conditions de la poursuite des contrats des articles 108 et 109; qu'ensuite il s'est agité dans un souci de protection des travailleurs, de ne pas leur imposer une continuation de plein droit de ceux-ci. Ces dispositions pourraient ainsi, à l'avenir, être valablement invoquées par un travailleur désireux rompre la relation de travail, en raison des difficultés de l'entreprise¹⁰⁵. Dans tous les cas, il reste que les licenciements eux sont permis et réglementés.

b) La mise en œuvre des licenciements pour motif économique

Il convient tout d'abord de préciser, comme déjà suggéré, que la procédure de licenciement diffère selon qu'il intervient dans le cadre d'une procédure de règlement préventif ou de redressement judiciaire.

Ainsi dans le cadre du règlement préventif, ces licenciements sont effectués dans le strict respect des dispositions des codes du travail nationaux prévues à cet effet. Cette option ne doit pas surprendre dans la mesure où l'entreprise n'est pas en état de cessation des paiements et que le concordat préventif est destiné, précisément à empêcher l'avènement de cette situation.

Le recours à ces mesures dans le cadre de cette procédure, est au surplus compréhensible. En effet le fait qu'elles soient contenues dans le concordat et qu'elles soient destinées à mettre fin aux difficultés économiques de l'entreprise donne à ces licenciements un caractère économique et un juste motif¹⁰⁶.

A cet effet aux termes de l'article 60 du code du travail sénégalais, constitue un licenciement pour motif économique, "tout licenciement individuel ou collectif effectué

104 Voir art 110 et 111 de l'AUPC

105 Avec de telles dispositions, on est en droit de croire que les difficultés de l'entreprise ou sa cessation des paiements constitue désormais une cause valable de rupture du contrat de travail, par conséquent le salarié n'aurait pas à subir les rigueurs des dispositions du droit du travail en cas de rupture unilatérale.

106 Michel Jeantin et Pierre Le Cannu, "Droit commercial, Entreprises en difficulté", 7^{ème} éd., op. cit., n° 946.

par un employeur, et motivé par une difficulté économique ou une réorganisation intérieure". Il en est ainsi lorsque la réorganisation entraîne une suppression d'emplois ou une modification d'emplois consécutifs à des difficultés économiques d'ordre conjoncturelle ou structurel.

La mise en œuvre d'un tel licenciement dans cette procédure relève des droits nationaux, il convient donc de s'en référer.

Ainsi aux termes des dispositions des articles 60 et suivants du code du travail sénégalais, il est établi par l'employeur un projet de licenciement pour motif économique, suivi d'une consultation des délégués des personnel et de l'inspecteur du travail.

En outre l'employeur est tenu d'établir l'ordre des licenciements en tenant compte de l'aptitude professionnelle, de l'ancienneté dans l'entreprise, et des charges de famille des travailleurs. Et selon toujours les dites dispositions en cas d'égalité au plan des aptitudes professionnelles, l'employeur doit préférer le plus ancien, et en cas d'ancienneté égale, celui qui a le plus de charges de famille.

Et enfin précisions de taille, en cas de litige, survenu dans le cadre des licenciements pour motif économique, l'article 63 du CT sénégalais énonce clairement, qu'ils doivent être examinés prioritairement par les juridictions du travail. Le droit national sénégalais écarte alors la compétence du tribunal ayant ouvert la procédure et autorisé les licenciements pour motif économique. Ce qui pourrait être source de difficultés, et pose inéluctablement une fois de plus le débat de l'uniformisation du droit du travail qui reste toujours en l'étape de projet, afin d'éviter toute distorsion entre les législations nationales¹⁰⁷.

En ce qui concerne maintenant le redressement judiciaire, la procédure prévue par les articles 110 et 111 paraît plus souple et plus rapide qu'en droit commun.

En effet si les étapes préalables sont semblables à celles du droit du travail national sénégalais (établissement de l'ordre des licenciements, information et avis des délégués du personnel, communication à l'inspection du travail de cette information et de cet avis); l'autorisation des licenciements est ici donnée par le juge-commissaire et non par l'autorité administrative.

Il s'y ajoute que le législateur, dans le but de donner plein effet à la décision, l'a par ailleurs privée de tout moyen de recours. Ainsi aux termes de l'article 111 al 3, "la décision de la juridiction compétente est sans appel"¹⁰⁸.

A côté de ces mesures destinées à renflouer les caisses de l'entreprise et à permettre son redressement, le législateur n'a également pas manqué d'édicter des mesures d'assainissement de l'entreprise en difficultés qui s'analysent souvent en des sanctions.

Paragraphe II: Les mesures d'assainissement de l'entreprise en difficulté

S'il est vrai que le fait de ne pas payer ses dettes ne constitue pas en soi une infraction; il n'en reste pas moins que le législateur OHADA, dans un souci de moraliser

¹⁰⁷ L'Acte uniforme de l'OHADA, relatif au droit du travail, est toujours en l'état d'avant-projet, dont la version finale a été adoptée le 24 novembre 2006 à Douala

¹⁰⁸ Soulignons cependant qu'avec les nouvelles réformes l'article 111 nouveau donne la possibilité d'y faire opposition dans le délai de quinze jours

l'environnement des affaires, de dissuader les chefs d'entreprises peu scrupuleux des méfaits d'une gestion catastrophique sur la situation et l'activité économique des entreprises, et d'éradiquer du monde des affaires ceux dont les comportements peu fiables, incompétents ou malhonnêtes ont fini de faire toutes leurs preuves, a mis en place un dispositif répressif assez intéressant notamment au titre d'une prévention des difficultés des entreprises.

A cette fin il a été édicté un certain nombre de mesures dont certaines d'entre-elles s'analysent en des sanctions pécuniaires destinées à assurer l'apurement du passif de l'entreprise (A). Les autres s'analysent en de véritables sanctions pénales destinées à écarter les dirigeants fautifs lorsque ceux-ci se sont rendus coupables des délits prévus par le législateur en ce sens (B).

A) Les sanctions pécuniaires encourues par les dirigeants d'entreprises en difficulté

Les sanctions pécuniaires notamment connus sous le nom de sanctions patrimoniales visent à combler le passif de l'entreprise, lorsque les difficultés de celles-ci résultent notamment d'une faute de gestion des associés dirigeants de droit ou non (b).

Les dites sanctions peuvent également prendre la forme de restrictions dans l'exercice des droits attachés aux titres sociaux et conduire à la cession de ceux-ci (a).

a) L'éviction des dirigeants présumés auteurs des difficultés de l'entreprise

Cette sanction ne peut être conçue que dans le cadre des entreprises exploitées sous la forme d'une personne morale. Aux termes des dispositions du nouvel Acte uniforme relative en la matière, elle peut débiter par une incessibilité suivie d'une cession forcée. La finalité de l'immobilisation ou de l'incessibilité des droits sociaux est semble-t-il, de permettre que ceux-ci, le cas échéant, puissent garantir l'exécution des sanctions pécuniaires qui pourront être prises contre les dirigeants¹⁰⁹. Ce qui en fait ainsi une sanction à titre pécuniaire.

Cependant ceci est fort peu réconfortant si l'on sait qu'à l'apparition des difficultés, les titres sociaux ont tendance à perdre de leur valeur. Ils peuvent ainsi se trouver bien en dessous de leur valeur initial, ce qui ne favorise pas du tout leur cession, ou bien celle-ci n'est faite qu'à titre dérisoire. Néanmoins il reste que cette sanction peut avoir tout son sens dans le dispositif de répression des dirigeants d'entreprises en difficulté et peut se révéler beaucoup plus intéressante, qu'une simple peine pécuniaire.

Les sanctions touchant aux droits d'associés des dirigeants peuvent d'abord débiter par une limitation à ces droits, via une mesure d'incessibilité prononcée par le juge.

Dans la procédure de règlement préventif, la mesure d'incessibilité n'est pas à proprement parler, prévue. Cependant il pourrait avoir vocation s'appliquer, lorsque le sauvetage de l'entreprise le recommande et lorsque les dirigeants se sont révélés par leur incapacité ou par leur incompétence. Par ailleurs on pourrait en déceler le fondement à travers l'article 7 de l'AUPC, qui prévoit parmi les mesures de sauvetage de l'entreprise, le remplacement des dirigeants.

Dans la procédure de redressement judiciaire, par contre, il est prévu qu'à l'ouverture de la procédure contre une personne morale, les dirigeants de droit ou de fait apparents ou occultes, rémunérés ou non, ne peuvent à peine de nullité, céder les parts sociales, actions

109 Voir Filiga-M-Sawadogo, obs sous article 57

ou tout autres droit sociaux qu'avec l'autorisation du juge-commissaire¹¹⁰. L'incessibilité est donc de plein droit à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire

La mesure ne s'arrête pas aux seuls dirigeants, elle peut concerner tous les associés qui sans être investis des pouvoirs légaux, se sont immiscés dans la gestion de l'entreprise. Mais pour ces derniers, la mesure ne s'applique pas de plein droit, ainsi est-il fait obligation à la juridiction compétente, de prononcer l'incessibilité de leurs titres sociaux.

Dans tous les cas les titres constatant les droits sociaux doivent être déposés entre les mains du syndic. A défaut de remise volontaire, le syndic met en demeure les dirigeants concernés d'y procéder. Et la non-remise est constitutive de l'infraction de banqueroute simple. Mais à ce stade l'incessibilité ne touche pas à l'exercice de leurs droits sociaux, puisque les associés concernés peuvent valablement participer aux assemblées de la société par le biais d'un certificat de dépôt ou d'inscription d'incessibilité délivré par le syndic.

Le but de cette mesure est donc de neutraliser le ou les dirigeants susceptibles d'être à l'origine des difficultés des entreprises.

Cependant, au regard des dispositions du nouvel Acte uniforme en la matière, la mesure peut évoluer et prendre une autre tournure, lorsque, notamment, le sauvetage de l'entreprise le recommande¹¹¹. C'est ainsi qu'il est prévu qu'après une incessibilité, dans un premier temps des titres sociaux, le juge peut ordonner leur cession forcée entraînant définitivement la perte de la qualité d'associé de l'entreprise. Le prix devant dans ce cas, être fixé à dire d'expert.

Cette position du législateur subordonnant le redressement de l'entreprise à une éviction des dirigeants est plus que salutaire dans une logique de protection de l'entreprise et de sanction des dirigeants fautifs.

Enfin suivant en cela les dispositions nouvelles, il est possible même en cas de cette incessibilité préalable à la cession forcée, que le droit de vote soit exercé par le syndic ou un mandataire ad hoc désigné par la juridiction compétente pour une durée qu'elle fixe¹¹². Cette solution est consacrée depuis longtemps en droit français et permet d'écarter dès le début de la procédure, les dirigeants fautifs.

Lorsque la défaillance de l'entreprise débitrice ou son inaptitude au redressement résulte des fautes des dirigeants, il importe de mettre en cause, le cas échéant leur responsabilité personnelle, pour réparer le préjudice subi, notamment par les créanciers, d'où l'institution de sanctions destinées à assurer le paiement du passif de l'entreprise.

b) Les sanctions destinées au comblement du passif de l'entreprise en difficulté

110 Voir art 57 de l'AUPC

111 Voir article 127-1 nouveau de l'AUPC

112 Voir art 127-1 précité: le législateur remet ainsi à l'ordre du jour le débat sur l'interventionnisme de la justice dans le fonctionnement des sociétés. Mais cette disposition est compréhensible en ce domaine, si l'on sait qu'elle intervient en période de difficultés et est plus ou moins justifiée par un souci de redresser de l'entreprise, en en écartant ses dirigeants considérés comme malhonnêtes ou incompetents.

Ces sanctions sont dites patrimoniales ou pécuniaires, en ce sens qu'elles génèrent des ressources susceptibles, d'assurer le paiement des créanciers et peuvent dans une certaine mesure favoriser le redressement de l'entreprise. A cette fin, il peut être mis à la charge des dirigeants fautifs l'obligation de combler le passif, ou qu'il leur soit étendu la procédure ouverte contre la personne morale; de même qu'il peut être également prononcé contre ces derniers, la faillite personnelle. Les dirigeants concernés sont nombreux et variés: à cet effet il peut s'agir de ceux de droit ou de fait, rémunérés ou non, occultes ou apparents.

L'action en comblement du passif est prévue par les articles 183 et suivants de l'AUPC, et semble être réservée aux seules procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens. Cependant en procédure de règlement préventif, il pourrait y exister une semblable d'action, s'agissant d'un débiteur personne physique qui a un passif assez lourd, en raison de l'indivisibilité du patrimoine.

En matière de redressement judiciaire, il convient de préciser que l'obligation au passif n'est pas une conséquence automatique du redressement judiciaire comme en matière d'incessibilité. Cette obligation doit, au plus être distingué de l'obligation qui incombe aux associés tenus solidairement et indéfiniment du passif¹¹³.

L'obligation de combler le passif suppose une décision du juge le prononçant et indiquant les dirigeants concernés ainsi que les montants mis à leur charge. Elle n'est plus subordonnée à une présomption, et nécessite une faute, un lien de causalité et un dommage. La procédure y relatif est prévue par les articles 183 à 189 de l'AUPC.

Enfin une innovation de taille, l'action peut même être exercée contre les dirigeants retirés, alors même que ce retrait aurait fait l'objet d'une publication¹¹⁴.

L'une des conséquences d'une telle action c'est qu'en cas non paiement de la condamnation, il peut être ouvert une procédure de RJ ou de LB contre le dirigeant concerné; d'où la seconde mesure.

La seconde mesure improprement appelée extension de la procédure collective aux dirigeants est prévue par les articles 189 et svts de l'AUPC.

Elle constitue une procédure autonome de celle ouverte contre la personne morale, et est beaucoup plus grave que le comblement du passif puisque le dirigeant va être tenu en plus de son passif personnel de celui de la personne morale¹¹⁵. De même qu'il va subir toutes les restrictions liées à l'ouverture d'une procédure collective. Elle est inéluctable pour les membres d'une personne morale tenus indéfiniment et solidairement du passif, alors que dans les autres sociétés, elle requiert pour qu'il soit prononcé contre les dirigeants, une décision du juge.

Mais dans tous les cas encore faudrait-il qu'il soit établi l'existence des actes incriminés et prévus par l'article 189.

113 En effet conformément à l'article 33 al 3 de l'AUPC: la décision qui constate la cessation des paiements d'une société de personnes, produit de plein effet à l'égard de ses membres contre lesquels sont ouvertes une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. Il n'y a donc pas lieu à prononcer contre ces personnes une condamnation au comblement du passif, la même solution s'applique lorsque le débiteur en redressement judiciaire est une personne physique

114 Voir article 183 al 2 nouveau de l'AUPC

115 Voir article 191 de l'AUPC

Enfin la dernière sanction est dite extrapatrimoniale ou personnelle, et est relative à la faillite personnelle du dirigeant. Cette sanction est prévue par les articles 194 et svts de l'AUPC. Elle exige pour son prononcé, et comme pour les premières étudiées, la preuve de fautes commises par le débiteur ou par le dirigeant.

Cette sanction a le mérite, même si elle n'est pas pécuniaire, d'avoir des conséquences fâcheuses sur la situation du débiteur ou du dirigeant fautif.

En effet elle emporte de plein droit, entre autres, l'interdiction de faire le commerce et notamment de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise commerciale; l'interdiction d'exercer une fonction publique sélective. Mais il convient de préciser, que dans tous les cas la réhabilitation reste possible à la demande de l'associé concerné, ou en cas de décision d'extinction du passif.

Reste maintenant à se pencher sur les sanctions qui sans avoir un grand intérêt pour le commun des créanciers, peuvent cependant permettre d'assainir le milieu des affaires, et constituer en ce sens un effet dissuasif pour les éventuels "fauteurs de troubles".

B) Les sanctions à caractère dissuasif

Ces sanctions sont dites extrapatrimoniales ou pénales. Elles ont un but purement dissuasif voire de prévention **(a)**, ce qui expliquerait qu'il en soit en fait très peu application dans le cadre des procédures collectives. Mais à l'image de celles étudiées ci-dessus elles reçoivent très peu ou jamais d'application, d'où l'enjeu pour le législateur de s'y pencher pour ses réformes prochaines **(b)**.

a) L'institution d'infractions pénales de banqueroute et délits assimilés

Contrairement à son homologue français qui procède de plus en plus en une dépénalisation, le législateur OHADA est resté fidèle à sa logique de sanction et d'assainissement du monde des affaires. C'est ainsi qu'au titre des sanctions pénales ou extrapatrimoniales, il est prévu principalement l'infraction de banqueroute. Celle-ci peut être simple ou frauduleuse.

À côté de ces types de banqueroutes, il est également prévu des infractions qui leur sont assimilées.

La différence entre les infractions de banqueroute et celles assimilées réside dans les destinataires de ces dites infractions.

En effet les premières c'est à dire les infractions de banqueroute, sont applicables aux débiteurs personnes physiques, alors que les secondes visent les dirigeants des personnes morales.

À cet effet en ce qui concerne les banqueroutes proprement dites ou banqueroutes stricto sensu, elles s'appliquent aux commerçants personnes physiques c'est-à-dire aux entrepreneurs individuels ayant la qualité de commerçant, et d'autre part aux associés des sociétés commerciales, tenus solidairement et indéfiniment des dettes sociales.

Enfin en fonction de la gravité des fautes commises, la banqueroute est dite simple ou frauduleuse¹¹⁶.

En ce qui concerne les infractions assimilées aux banqueroutes, elles concernent selon l'article 230 de l'AUPC, d'une part les personnes physiques dirigeantes des personnes

116 Filiga-M-Sawadogo, op.cit

morales assujetties aux procédures collectives, et d'autres part les personnes physiques représentantes permanentes des mêmes personnes morales.

Le régime de la poursuite de ces infractions est le même et nous est fourni par l'article 234 nouveau de l'AUPC, selon lequel la juridiction pénale est saisie par le Ministère Public ou par le syndic. Et selon l'al 2, elle peut également être saisie par au moins deux contrôleurs, en cas de carence du syndic, et après une mise en demeure restée infructueuse pendant une période de vingt et un jours¹¹⁷.

S'agissant des preuves nécessaires à l'aboutissement de la poursuite, elles sont généralement détenues par le syndic. Ainsi il lui est fait obligation, à travers l'article 235 de remettre au ministère public, les pièces, titres, papiers et renseignements détenus par lui.

Toutefois il convient de faire remarquer, que malgré la volonté du législateur, à travers le dispositif mis en place, d'assainir le monde des affaires afin de discipliner tant soit peu les opérateurs économiques, l'application des sanctions reste inefficaces dans l'espace OHADA pour des raisons qui ne sauraient être justifiées, d'où l'enjeu pour le législateur communautaire de régler définitivement la question du droit pénal des affaires OHADA.

b) L'inapplication injustifiée des sanctions prévues dans l'espace OHADA

Afin de lutter contre la délinquance économique en expansion continue, le législateur Ohada a mis en place des incriminations destinées à sanctionner les auteurs de pratiques déshonorantes pour la vie des affaires et des comportements prohibés par la loi.

A cet effet dans le cadre du droit des entreprises en difficulté, l'intervention du droit pénal devient justifiée lorsque le débiteur en état de cessation des paiements ou dont la situation est gravement compromise, se livre à des agissements constitutifs de faits de banqueroute portant atteinte, non seulement au droit de gage général des créanciers, mais encore à l'ordre public, économique et commercial.

Cependant dans la pratique, il est regrettable de constater que les sanctions prévues par le législateur OHADA ont brillé par leur inapplication effective. En effet rares sont les sanctions patrimoniales ou extra patrimoniales prononcées par les juridictions pour des raisons qui ne sauraient s'expliquer¹¹⁸.

Au titre de leur prononce, il a en effet, été fait remarqué, qu'en plus d'une dizaine d'années d'existence de l'Acte uniforme, seules trois juridictions ont eu appliquer de telles sanctions¹¹⁹.

¹¹⁷ Voir article 72 nouveau de l'AUPC

¹¹⁸ En effet en matière pénal, le droit Ohada a consacré la méthode du renvoi législatif, donnant ainsi aux Etats-parties la possibilité de déterminer les peines applicables aux sanctions prévues dans les différents Actes uniformes par l'entremise des parlements nationaux, et ce conformément aux dispositions de l'article 5 dudit traité. En matière de procédures collectives, rares sont les pays qui ont adopté des lois en ce sens. Cependant il convient de souligner que l'absence des seules peines, en ce domaine, ne suffit à expliquer l'inapplication des sanctions.

Ce qui paraît fort malencontreux, si l'on sait que le dispositif mis en place par le législateur, loin d'une répression à l'aveugle, cherche à assurer l'équilibre, entre le souci d'assainissement du milieu des affaires et la promotion d'initiative d'entreprises privées. La plupart de ces sanctions sont donc justifiées et, somme toutes, favorables à l'environnement des affaires.

Cependant la pratique montre tout autre. En effet aux cas quasi-inexistants de sanctions patrimoniales ou extrapatrimoniales, s'ajoutent l'insuffisance des actions en responsabilité contre les dirigeants sociaux ou même des tiers fautifs.

Un auteur a cependant, tenté d'expliquer que la non-application était due à des facteurs liés au poids des pesanteurs socioculturelles¹²⁰.

Mais la question reste tout autre à notre avis. En effet l'on ne comprendrait comment en l'absence de sanctions légalement prévues, ces infractions pourraient-elles être valablement et efficacement réprimées.

C'est le lieu ainsi de faire constater que depuis l'avènement du droit OHADA, à travers ces différents Actes uniformes, datant pour la plupart d'entre-deux de près d'une vingtaine d'années d'existence, la plupart des Etats- parties n'ont jusqu'à ce jour légiféré en matière de sanctions des incriminations prévues dans les dits actes uniformes.

Ce qui lèse sensiblement l'objectif poursuivi par le législateur, dans le cadre notamment, du droit faisant l'objet de notre étude.

De ce fait dans un domaine aussi intéressant que le droit pénal ou le principe sacro-saint principe est celui de la légalité; il revient aux Etats-parties de faciliter la poursuite et l'application de ces sanctions en prévoyant des peines qui peuvent leur être efficacement appliquées.

Enfin, à défaut d'un droit pénal communautaire, il revient également au législateur de notre droit uniforme, d'amener les Etats à procéder à l'édiction de peines pour les incriminations prévues, conformément à l'article 5 du Traité de l'OHADA.

119 Souleymane -Toe "Aperçu pratique des finalités de la procédure collective dans l'espace OHADA"., Revue juridique de droit uniforme africain, n°001/2eme trimestre 2010, p37., Ohadata D-11- 03: la plupart de ces sanctions ont été prononcées par le Tribunal régional hors classe de Dakar notamment à travers les affaires SOGERES (TRHC de Dakar, Jugement n°128 du 21 janvier 2003, déclarant l'extension de la procédure de liquidation de biens au sieur Abdoul Khafiz Fakih pour avoir dissimulé ses agissements derrière la SOGERES), SENEMATEL (TRHC de Dakar: Jugement n°15 du 08 juillet 2005, dans lequel le sieur Cheikh Tidiane Ndiaye a été condamné en plus d'un comblement du passif, à une extension de la procédure, consécutives à ses fautes établies). Pour les cas de faillite personnelle il y a eu l'affaire SOMASIC (TRHC de Dakar, Jugement n°149 du 08 juillet 2005: déclarant Cheikh Kebe en faillite personnelle au motif qu'il n'a pas déclaré, dans les 30 jours, la cessation des paiements de la personne morale); enfin l'unique cas de sanction pénale décelée concerne un jugement de ce même tribunal (Jugement correctionnel n°5992/2001 du 4 décembre 2001, Ministère Public et héritiers de feu Yally fall c/ Cheikh Talibouya Diba et autres)

120 Souleymane Toe, précité

Conclusion

Le droit des entreprises en difficulté est sans nul doute l'une, sinon la matière, ou l'influence de la règle de droit se fait ressentir le plus directement sur la vie économique.

Conscient à cette fin, que le développement des Etats nécessite que leur potentiel économique soit préservé et protégé, par la mise en place d'un dispositif efficace de prévention et de traitement des difficultés des entreprises, le législateur du droit uniforme africain a cherché tant bien que mal à instituer des règles susceptibles d'atteindre de tels objectifs.

A cet effet la protection de l'activité économique des entreprises s'est révélée être au cœur des préoccupations de celui-ci. L'apurement du passif n'a cependant pas du tout été en reste, loin s'en faut. En droit OHADA il continue de survivre à la volonté de sauvegarder l'activité de l'entreprise et lui résiste de fort belle manière paralysant du coup l'efficacité qui devait revenir à cette dernière.

Une étude approfondie de l'Acte uniforme de 1998, applicable aux entreprises connaissant de simples difficultés ou une situation irrémédiablement compromise, et un survol des dispositions nouvelles récemment adaptées à Grand-Bassam a permis de faire l'état des lieux.

D'abord il convient de faire constater que le législateur a été fortement mu par une volonté de préserver ses entreprises ou tout du moins leur active, ne serait-ce de la faire continuer entre les mains d'un tiers.

Que cependant les moyens d'y parvenir restent limités, en raison de nombreuses tergiversations, que celui-ci se doit d'éradiquer définitivement.

Qu'en outre une clairvoyance dans la hiérarchisation des objectifs poursuivis serait de nature à assurer plus efficacement leur atteinte.

Qu'enfin loin d'une solution à la française qui a fini de faire ses limites, privilégiant au gré des réformes, tel ou tel objectif. Il s'agira pour le législateur de notre droit uniforme de trouver l'équilibre normal entre ceux-ci, tout en accordant sa priorité à celui qui est à mieux de favoriser et de promouvoir le développement économique de ses Etats.

Les dernières reformes semblent s'y engager fortement, et nous osons espérer que leur application ne sera que bénéfique pour les entreprises en difficultés, afin d'assurer à toutes sinon à la majorité d'entre-elles un redressement incontestable ainsi qu'une préservation permanent de leur activité économique.