

Université Panthéon-Assas

Ecole doctorale de Droit Privé

Thèse de doctorat en droit
soutenue le 11 septembre 2013

LE JUGE ET LE SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE EN DROIT OHADA ET EN DROIT FRANÇAIS ETUDE DE DROIT COMPARE



Université Panthéon-Assas

Thèse de Doctorat / septembre 2013

Auteur : M. BALEMAKEN Eugène Louis René

Sous la direction du Professeur Pierre CROCQ de l'Université Panthéon-Assas
(Paris II)

Membres du jury :

M. Alain GHOZI, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

M. Jean-Jacques ANSAULT, Professeur à l'Université de Rouen

M. Philippe ROUSSEL GALLE, Professeur à l'Université René Descartes (Paris V)

AVERTISSEMENT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Nos remerciements s'adressent d'abord au professeur Pierre CROCQ, Directeur de thèse qui, en dépit de ses multiples sollicitations en cette qualité, a fait montre d'une disponibilité sans égale au cours du long parcours qui aura été le nôtre. Puisse-t-il trouver ici l'expression de notre profonde gratitude.

Nos remerciements s'adressent ensuite aux responsables de l'Ecole doctorale de droit privé qui ont fait montre de patience et de compréhension jusqu'au bout par une prise en compte constante de nos contraintes professionnelles. Qu'ils trouvent ici le témoignage de toute notre reconnaissance.

Nos remerciements s'adressent enfin aux membres de famille, aux amis qui n'ont eu cesse de nous encourager, ainsi qu'à tous les artisans de l'ombre dont les travaux de saisie, de relecture et autres mises en forme ont permis à cette thèse de prendre corps. Leur soutien multiforme n'aura pas été vain.

RESUME

L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, adopté le 10 avril 1998 à Libreville et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998 est venu harmoniser le droit de la faillite dans les pays membres de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires (OHADA). En effet, ces pays étaient jusque là, en la matière, dotés de textes inadaptés datant de l'époque coloniale. Au regard de la parenté aujourd'hui avérée des ordres juridiques africain et français en Droit des entreprises en difficulté, il n'était pas inintéressant de mener une étude comparative sur le rôle du juge dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté dans les deux systèmes.

L'étude révèle qu'en droit africain et en droit français, les degrés d'intervention du juge varient selon que l'entreprise est en bonis ou selon qu'elle est en état de cessation des paiements.

Pour permettre au juge de mener à bien la mission de sauvetage de l'entreprise en difficulté, les législateurs africain et français lui ont octroyé des moyens d'action processuels qui se caractérisent de manière tantôt convergente et tantôt divergente selon les cas, par une maîtrise de l'instance et, par l'exécution immédiate des décisions judiciaires rendues.

L'étude révèle cependant l'existence dans les deux ordres juridiques de nombreux obstacles qui s'opposent à la mission de sauvetage incombant aux juges africain et français, obstacles tant d'ordre fonctionnel que d'ordre structurel.

A côté des solutions apportées ici et là à toutes ces problématiques, et à bien d'autres soulevées tout au long de l'étude, de nouvelles propositions sont faites pour rendre l'action du juge plus efficiente. Il reste que, qu'il s'agisse du droit africain ou du droit français, à travers la question relative au rôle du juge dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté, se pose la récurrente problématique de la réelle capacité du droit à juguler les phénomènes économiques.

Descripteurs :

Accès au juge – actions – arrêt des poursuites – cessation des paiements – compétence du juge – confidentialité – créanciers – débiteur – entreprise en difficulté – exécution provisoire – formation – indépendance et impartialité du juge – intervention judiciaire – prévention des difficultés – recours – sauvetage de l'entreprise – spécialisation de la justice – suspension des poursuites – voies d'exécution.

ABSTRACT

The Uniform Act organizing collective proceedings for discharge of liabilities, adopted on 10 April 1998 in Libreville and entered into force on 1 January 1998 came harmonize the insolvency law in the Member countries of the Organization for the Harmonization of the law of Affairs (OHADA). Indeed, these countries were up there, in material, with inadequate texts dating from the colonial era. Under today proven relatives of African and French legal systems in law firms in difficulty, it was interesting to carry out a comparative study on the role of the judge in the rescue of the firm in difficulty in both systems.

The study reveals that African law and French law, judge's intervention levels vary depending on whether the company is in bonuses or depending on whether it is in a State of cessation of payments.

To enable the judge to carry out the mission to rescue of the firm in difficulty, African and French lawmakers have granted action procedural means characterized sometimes convergent and sometimes divergent manner as appropriate, by a master of the instance and immediate execution of judicial decisions.

However, the study reveals the existence in both legal orders of many obstacles that oppose the incumbent judges African and French, rescue mission obstacles so many functional order than structural. Next to the solutions here and all these problems, there other proposals are made to make more efficient action by the judge. It remains that, whether it's African law or French law, through the question of the role of the judge in the rescue of the firm in difficulty, arises the recurring problem of the real capacity of the law to curb economic phenomena.

Keywords:

Access to the Courts - actions - stay of proceedings - cessation of payments - jurisdiction of the Court - privacy policy - company - debtor - creditors in trouble - provisional enforcement - training - independence and impartiality of the judge - judicial intervention - prevention of difficulties - use - rescue of the undertaking - specialization of justice – stay of proceedings - channel execution.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

Act. proc. coll.	:	Actualité des procédures collectives
A.U.D.C.G.	:	Acte uniforme OHADA relatif au droit commercial général.
A.U.S.C.	:	Acte uniforme OHADA relatif au droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'intérêt Economique
AJDA	:	Actualité juridique de droit administratif
Al.	:	Alinéa
Ann. Fac...	:	Annales de la faculté de droit de...
Art.	:	Article
AUPC	:	Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif
AUPSRVE	:	Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution
AUS	:	Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés
Bull, avoués	:	Bulletin de la chambre des avoués près la cour d'appel de Paris
Bull. civ.	:	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre civile)
Bull. crim.	:	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
Bull. Joly	:	Bulletin mensuel d'information des sociétés
C.Cass.	:	Cour de cassation
C.civ	:	Code civil
C.Com	:	Code de commerce
CA	:	Cour d'appel

CCJA	:	Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA
Cf.	:	Confère
Civ.	:	Chambre civile
Com.	:	Chambre commerciale
D.	:	Recueil Dalloz
D. affaires	:	Dalloz affaires
D. cah. dr. aff.	:	Dalloz, cahier droit des affaires
Dict. perm. Difficultés des entreprises	:	Dictionnaire permanent : difficultés des entreprises
Doc. (AN ou Sénat)	:	Documentation parlementaire
DP	:	Dalloz périodique
Dr. et patrimoine	:	Droit et patrimoine
Dr. soc.	:	Droit social
Dr. sociétés	:	Droit des sociétés
ERSUMA	:	Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature de l'OHADA
Gaz. Pal.	:	Gazette du Palais
I.D.E.F.	:	Institut International de Droit d'Expression Française
Ib	:	Ibidem
J. Cl. (Civil, Procédure, Pénal, etc.)	:	Juris-Classeur
JCP (éd.G., éd. E.)	:	Juris-Classeur Périodique
JDI :	:	Journal de droit international
L.G.D.J.	:	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
OHADA	:	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
Op. Cit.	:	Opere citatere
P.	:	Page
P.U.A.	:	Presses Universitaires d'Afrique
P.U.F.	:	Presses Universitaires de France
R1D comp.	:	Revue internationale de droit comparé

Rev. gén. procédures	:	Revue générale des procédures
Rev. huissiers	:	Revue des huissiers de justice
Rev. proc. coll.	:	Revue des procédures collectives
Rev. sociétés	:	Revue des sociétés
RJ com.	:	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	:	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RTD civ.	:	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	:	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RTDH	:	Revue trimestrielle des droits de l'homme
T.G.I.	:	Tribunal de Grande Instance
T.P.I.	:	Tribunal de Première Instance

SOMMAIRE

AVERTISSEMENT	1
REMERCIEMENTS	2
RESUME	3
ABSTRACT	4
PRINCIPALES ABREVIATIONS	5
SOMMAIRE	8
INTRODUCTION GENERALE	10
PREMIERE PARTIE : LA MESURE DU ROLE DU JUGE DANS LE SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE	29
TITRE 1 : UNE DIVERSITE DE DEGRES D'INTERVENTION	32
CHAPITRE 1 : LES DEGRES DE L'INTERVENTION DU JUGE A TITRE PREVENTIF	34
SECTION 1 : UNE INTERVENTION INTENSE DANS LE REGLEMENT PREVENTIF AFRICAIN	36
SECTION 2 : UNE INTERVENTION GLOBALEMENT ALLEGEE DANS LE DROIT FRANÇAIS DE LA PREVENTION	63
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 DU TITRE 1	112
CHAPITRE 2 : LES DEGRES DE L'INTERVENTION DU JUGE A TITRE CURATIF	113
SECTION 1 : LA DETENTION DU POUVOIR DE DECIDER DU SORT DE L'ENTREPRISE	115
SECTION 2 : L'ENCADREMENT LEGAL DU CHOIX DU JUGE QUANT AUX MODALITES DU DEVENIR DE L'ENTREPRISE	142
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 DU TITRE 1	158
CONCLUSION DU TITRE 1	159
TITRE 2: UNE COMMUNAUTE DE MOYENS D'ACTION PROCESSUELS	161
CHAPITRE 1: LA MAITRISE DE L'INSTANCE PAR LE JUGE	163
SECTION 1: LA COMMUNE DEROGATION AU DROIT COMMUN PROCESSUEL	163
SECTION 2: LE REAMENAGEMENT DES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCES ...	185
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 DU TITRE 2	199
CHAPITRE 2 : L'EXECUTION IMMEDIATE DES DECISIONS	200

SECTION 1 : LA COMMUNE CONSECRATION DE L'EXECUTION PROVISoire DE PLEIN DROIT	200
SECTION 2 : LES RESTRICTIONS AU DROIT DE CRITIQUE DES DECISIONS	220
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 DU TITRE 2	268
CONCLUSION DU TITRE 2	269
<i>DEUXIEME PARTIE : LA MESURE DES OBSTACLES S'OPPOSANT A LA MISSION DE SAUVETAGE DES JUGES AFRICAIN ET FRANÇAIS</i>	<i>270</i>
<i>TITRE 1 : LES OBSTACLES D'ORDRE FONCTIONNEL</i>	<i>272</i>
<i>CHAPITRE 1 : LES DIVERSES MODALITES D'INTERVENTION DU JUGE. 274</i>	
SECTION 1 : LE MOMENT DE L'INTERVENTION DU JUGE.....	274
SECTION 2 : LA CONFIDENTIALITE DE L'INTERVENTION DU JUGE	307
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 DU TITRE 1	339
<i>CHAPITRE 2 : LA PRISE EN COMPTE VARIABLE PAR LE JUGE DES INTERETS DES CREANCIERS</i>	<i>340</i>
SECTION 1 : VARIATIONS QUANT AU SORT DES CREANCIERS PROPRIETAIRES	341
SECTION 2 : IDENTITE DU SORT DES CREANCIERS SAISSANTS	396
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 DU TITRE 1	432
<i>TITRE 2 : LES OBSTACLES D'ORDRE STRUCTUREL</i>	<i>433</i>
<i>CHAPITRE 1 : LA STRUCTURE DE LA JUSTICE ECONOMIQUE</i>	<i>435</i>
SECTION 1 : LA SPECIALISATION DES JURIDICTIONS.....	436
SECTION 2 : L'ACCES AU JUGE DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE	462
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 DU TITRE 2	492
<i>CHAPITRE 2 : LA QUALITE DU PERSONNEL D'ENCADREMENT DE LA FAILLITE.....</i>	<i>493</i>
SECTION 1 : LE POIDS DES MISSIONS LEGALES ASSIGNEES AU PERSONNEL D'ENCADREMENT DE LA FAILLITE	493
SECTION 2 : LES PREOCCUPATIONS COMMUNES	529
<i>CONCLUSION GENERALE.....</i>	<i>595</i>
<i>BIBLIOGRAPHIE</i>	<i>600</i>
<i>INDEX ALPHABETIQUE</i>	<i>648</i>
<i>TABLE DES MATIERES.....</i>	<i>655</i>

INTRODUCTION GENERALE

1. Au commencement et pendant très longtemps, était le « *droit des faillites* »¹ dominé par deux traits principaux. D'un côté, son caractère répressif et, de l'autre, l'intérêt porté au créancier victime de la défaillance du débiteur ayant manqué à ses engagements². Le failli a trahi la confiance de ses créanciers³ et encourt de ce fait, sinon la mort comme dans l'ancien droit romain, du moins la réprobation⁴. A l'arsenal des sanctions, s'ajoutera, dès l'époque romaine, l'organisation d'une procédure collective⁵ de vente des biens du débiteur à l'initiative et au profit de ses créanciers, sous le contrôle de l'autorité publique.

2. Le Code de commerce de 1807 n'a pas rompu avec ces principes dans la mesure où, il s'est caractérisé par une grande sévérité à l'égard des commerçants faillis, en réaction sans doute aux abus antérieurs résultant notamment des scandales retentissants provoqués par la faillite de certains fournisseurs des armées et dont s'était ému Napoléon.

3. Cependant, à la fin du 19^e siècle, l'idée se fit jour selon laquelle, le débiteur défaillant n'était pas nécessairement un citoyen malhonnête ou incapable. Mais peut-être avait-il été seulement malchanceux et méritait dès lors d'être traité moins sévèrement. A partir de cette idée, un système sélectif fut introduit par le décret du 20 mai 1955. Ce texte institua une dualité de procédures. Il y avait d'abord le règlement judiciaire qui s'avéra être le mode normal d'apurement du passif et s'appliquait aux commerçants dont le comportement ne justifiait ni une élimination de la vie des

¹ Le terme « *faillite* » est encore utilisé dans le langage courant. Mais, juridiquement, il ne désigne plus aujourd'hui, sous l'expression « *faillite personnelle* » qu'une sanction professionnelle susceptible de frapper le dirigeant d'entreprise coupable d'agissements déterminés.

² F.PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté-Instruments de crédit et de paiement* L-G.D.J., 8^e éd, n°2, p.2.

³ Du latin « *fallere* », c'est-à-dire tromper.

⁴ F.PEROCHON et R.BONHOMME, ouvrage précité, n° 2, p.2. Dans l'ancien droit français, l'infamie, la mise au pilori, et l'exclusion du monde des marchands auquel le failli appartenait symbolisées par la rupture de son comptoir, de son banc (d'où l'expression « *banca rotta* » qui donnera banqueroute) le frappent.

⁵ Stricto sensu, une procédure collective est une procédure patrimoniale universelle qui appréhende tous les actifs du débiteur et envisage le règlement de ses dettes, cf. F.PEROCHON et R. BONHOMME, précité.

affaires, ni une sanction particulière. Cette procédure se terminait par un concordat à l'issue duquel le commerçant était remis à la tête de ses affaires. Il y avait ensuite la faillite réservée aux commerçants indignes. Elle ne conduisait pas au concordat mais à l'union, c'est-à-dire à la liquidation forcée de tous les biens du débiteur.

4. Mais le système issu du décret de 1955 s'est révélé rapidement inadapté⁶ en ce qu'il reposait, entre autres considérations, sur une perception trop juridique de la faillite et de l'entreprise, ce qui le conduisait à ignorer certaines contraintes économiques⁷. En effet, le fait que le sort de l'entreprise dépendait exclusivement d'un jugement porté sur la moralité commerciale du débiteur pouvait conduire à faire disparaître une entreprise viable⁸. Par ailleurs, le régime issu du décret du 20 mai 1955 ne s'appliquait qu'aux commerçants alors que de nombreuses personnes morales dépourvues de la qualité de commerçant menaient des activités économiques. Enfin, les procédures s'ouvraient généralement trop tard, à un moment où l'entreprise se trouvait déjà en état de cessation des paiements, d'où l'intérêt qu'il y avait à appréhender les difficultés de l'entreprise avant ce « *moment fatidique* ».

5. Des critiques adressées aux textes sus énoncés, est née une idée nouvelle : la procédure ne saurait dépendre du seul jugement moral sur le débiteur, et doit prendre en compte le sort de l'entreprise elle-même, ainsi que celui de ses composantes. Il n'est dès lors pas exagéré de soutenir que l'idée fondatrice du droit français des entreprises en difficulté doit être trouvée dans la thèse de la séparation de l'homme et de l'entreprise⁹. Ainsi qu'il a été fort opportunément relevé, dans le but d'adapter « *le droit des faillites aux besoins économiques contemporains, il convient que le débiteur ne puisse plus dissimuler l'entreprise et que la nécessaire protection du crédit et des créanciers ne puisse plus écarter celle des autres intéressés et celle de l'intérêt général* »¹⁰.

⁶ M. JEANTIN et P. LE CANNU, Droit commercial-Instruments de paiement et de crédit –Entreprises en difficulté, Dalloz, 5^e éd., n°539, p. 349.

⁷ DERRIDA, « *La réforme du règlement judiciaire et de la faillite* », *Deffrénois*, 1969, n°3, p.18.

⁸ M. JEANTIN et P. LE CANNU, op.cit., n°539, p.350.

⁹ En ce sens, M. JEANTIN et P. LE CANNU, op.cit., n°540, P.350.

¹⁰ J. PAILLUSSEAU, « *Du Droit des faillites au droit des entreprises en difficulté* », *Etudes HOUIN*, Dalloz-Sirey, 1985.

6. La séparation de l'homme et de l'entreprise s'est opérée à la suite des travaux du Doyen Roger HOUIN¹¹. Les préoccupations y relatives ont conduit à l'émergence en France d'un « *droit des entreprises en difficulté* » à la faveur des réformes de 1967¹². Selon certains auteurs¹³, « *le changement de terminologie reflète un changement de perspective réel* », cette branche traditionnelle du droit commercial qu'était le droit des faillites poursuivant, désormais, « *dans un domaine élargi et avec des moyens renouvelés, un objectif d'abord économique, s'efforçant de traiter et même (...) de prévenir les difficultés des entreprises* »¹⁴.

7. Même si la consécration du principe de la séparation de l'homme et de l'entreprise ayant marqué le passage « *du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté* » s'est révélée quelque peu limitée¹⁵, cette mutation amorcée en 1967, s'est accélérée à partir de 1984 pour donner naissance aux textes de 1984 et 1985¹⁶ sur la base desquels, a été conçue la réforme ayant débouché sur les textes de 2005, 2008 et 2009¹⁷ qui constituent aujourd'hui le droit positif français en matière d'entreprises en difficulté.

8. A la lumière de l'évolution du droit français, force est de soutenir que le droit contemporain des entreprises en difficulté appréhende aujourd'hui le débiteur comme exploitant d'abord d'une entreprise¹⁸, « *c'est-à-dire un centre de production de biens*

¹¹ R. HOUIN, « *Permanence de l'entreprise au travers de la faillite* », « *Liber amicorum* », Baron I. Frédéricq, 1965, t.II, p.609 ; v. également, BRUNET, « *De la distinction de l'homme et de l'entreprise* », Etudes Roblot, 1984, p.471.

¹² Il s'agit en l'occurrence de la loi n°67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes et de l'ordonnance n°67-820 du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique de certaines entreprises.

¹³ F. PEROCHON et R.BONHOMME, op. cit., n°6, p.4.

¹⁴ F. PEROCHON et R.BONHOMME, op. cit., n° 6, p.5

¹⁵ Bien que constituant l'un des piliers de la loi de 1967, la séparation de l'homme et de l'entreprise n'avait pas été totalement consacrée par ladite loi. En effet, des interférences subsistaient entre le sort économique de l'entreprise et la situation des dirigeants, ce qui expliquait d'ailleurs la subsistance de nombreuses sanctions tant civiles que pénales pouvant être prononcées contre les dirigeants. Au surplus, si l'on pouvait admettre que la loi de 1967 avait réellement consacré le principe de la séparation de l'homme et de l'entreprise lorsque celle –ci était organisée sous une forme sociale, il en allait autrement lorsque l'entreprise demeurait la propriété personnelle du débiteur.

¹⁶ Il s'agit d'abord de la loi n°84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises qui tend à favoriser la détection précoce des difficultés et leur résolution amiable. Il s'agit ensuite de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises qui substitue aux deux procédures collectives antérieures, une procédure unique de redressement judiciaire « *destinée à permettre* » la sauvegarde de l'entreprise, la maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif.

¹⁷ Il s'agit d'une part de la loi n°2005-845 de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, complétée par le décret n°2005-1677 du 28 décembre 2005, textes entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2006, en général pour les nouvelles procédures seulement. Il s'agit d'autre part de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, modifiée par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie et du décret n°2009-160 du 12 février 2009 pris pour l'application de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté et modifiant les procédures de saisie-immobilière et de distribution du prix d'un immeuble.

¹⁸ Le vocabulaire juridique Cornu définit l'entreprise comme un « *ensemble de moyens humains et matériels concourant, sous une direction économique, à la réalisation d'un objectif économique* ». Pour M. PAILLUSSEAU, il s'agit d'un « *organisme se proposant*

ou services et un outil de travail, donc une cellule de tissu économique local, régional, national, dont la survie est d'intérêt général et dont la protection relève, aux yeux du législateur, de l'ordre public économique et social »¹⁹. Parce que l'entreprise en difficulté est contagieuse en ce sens que, en cessant d'exécuter ses engagements, elle met ses propres clients et fournisseurs en difficultés, propageant ainsi la maladie à d'autres entreprises qui, à leur tour, licencieront et cesseront leurs paiements²⁰, il convient de manière urgente²⁰, pour le législateur des procédures collectives²¹ modernes, de briser l'engrenage des faillites.

9. C'est alors qu'apparaît, dans toute sa dimension, l'importance du droit des entreprises en difficulté au double plan quantitatif et qualitatif. Quantitativement, les statistiques²² laissent apparaître que la Courbe d'évolution des défaillances d'entreprises, est, de par le monde, sans cesse croissante²³ à telle enseigne que, comme le relève si bien un auteur, le problème des entreprises en difficulté « sera encore longtemps d'actualité »²⁴, ce d'autant plus que, tant qu'il y aura des entreprises, il y aura des entreprises en difficulté²⁵. Ces défaillances d'entreprises ne menacent plus comme autrefois uniquement les petites et les moyennes entreprises²⁶ du moment où, même les grandes entreprises sont menacées de disparition ou disparaissent, tous secteurs d'activités confondus²⁷, sans pour autant que cette situation soit forcément la conséquence d'une mauvaise gestion. Qualitativement,

essentiellement de produire pour les marchés certains biens ou services, financièrement indépendant de tout autre organisme » (cf. PAILLUSSEAU, D-2003.260 et 322, spéc. n°66 s.)

¹⁹ F.PEROCHON et R.BONHOMME, op.cit, n°1, p.1.

²⁰ Idem.

²¹ Pour les besoins de la présente étude, les termes « droit des entreprises en difficulté » et « droit des procédures collectives » seront indifféremment employés.

²² V. à cet effet, SAYAG et SERBAT, « L'application du droit de la faillite, éléments pour un bilan », Etudes du CREDA, Litec 1992.

²³ Il est malheureusement regrettable de constater que, de manière générale, dans les Etats Parties au Traité OHADA, il n'existe pas de statistiques précises en matière de défaillances d'entreprises. En France, il ressort des statistiques établies par L'INSEE que le nombre de défaillance d'entreprises est passé de 8000 en 1966 à 47000 en 1998, cf.Y.Guyon, Droit des affaires, t.2, entreprises en difficultés-redressement judiciaire-faillite, Economica, 7^e éd., n°1003, p.2. De même, il ressort des chiffres fournis par l'AGS et le Ministère de la Justice la situation suivante à partir de l'année 2000 en termes de procédures collectives ouvertes : environ 43700 en 2000, environ 43100 en 2001, environ 43800 en 2002, environ 44700 en 2003, environ 48650 en 2004, 51.149 en 2005 (Ministère de la Justice), environ 47300 en 2006, environ, 50.200 en 2007, environ 55700 en 2008, cf. F.PEROCHON et R.BONHOMME, op.cit, n°20, pp.12 et s.

²⁴ Cf. P.-G POUQUOE, *Compte rendu du colloque de l'IDEF sur le droit des entreprises en difficulté*, Libreville (Gabon) 6/13 mai 1990, cité par P.NGUIHE KANTE in, Les techniques de sauvetage des entreprises en difficulté en droit camerounais, thèse Doctorat 3^e cycle en Droit privé, Université de Yaoundé II-Soa (Cameroun), 1999, p 15.

²⁵ F. ANOUKAHA, « L'émergence d'un nouveau droit des procédures collectives d'apurement du passif dans les Etats africains membres de l'OHADA », Afrique juridique et politique, la Revue du CERDIP, n°1, vol.1, janvier –juin 2002, p.85, n°53.

²⁶ Y.Guyon, ouvrage précité, n°1004.

²⁷ Tel fut notamment en France le cas de BOUSSAC et de MANUFRACTURE et, surtout, en 1984 de CREUSET-LOIRE, et en 1986 des CHANTIERS NORMED. Comme le relève à juste titre le professeur Yves Guyon (op. cit. n°1004), la disparition de telles entreprises produit des conséquences beaucoup plus ravageant que la liquidation d'un petit banquier. A titre d'illustration, la société CREUSET-LOIRE assurait directement 30.000 emplois et beaucoup plus si l'on tenait compte de ses sous traitants. Par ailleurs, entre 6 et 8 milliards de fonds publics où ont été engloutis en vain dans les tentatives de redressement (cf. Le Monde, 14 décembre 1984).

l'importance des procédures collectives s'apprécie également du point de vue de ceux qui y participent²⁸. En effet, toute défaillance d'entreprise met en jeu de nombreux intérêts difficilement conciliables dont notamment la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

10. Si, en France, l'émergence d'un droit des entreprises en difficulté sur les ruines du droit des faillites s'est faite par strates successives, l'évolution se présente de manière différente dans les pays africains relevant de l'espace OHADA²⁹. En effet, pendant que s'opérait en France une véritable « *mutation* »³⁰ du droit de la faillite, bon nombre de pays africains appartenant aujourd'hui à cet espace, restaient embastillés par la législation résultant du livre III du Code de commerce français de 1807 tel qu'il avait été rendu applicable en Afrique³¹ par la loi française du 04 mars 1889³² et les décrets-lois du 08 août et 30 octobre 1935³³. La particularité de ces différents textes résidait naturellement dans le fait qu'ils comportaient les défauts imputables au droit des faillites en France avant l'avènement des réformes de 1967 en ce que qu'ils ne prenaient pas en compte les besoins économiques contemporains et brillaient par leur caractère répressif tout en ignorant le principe de la séparation de

²⁸ Y. Guyon, ouvrage précité, n°1005, p.5.

²⁹ L'abréviation OHADA signifie « *Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* ». Cette organisation a été créée par le Traité signé à Port-Louis (Ile Maurice) le 17 octobre 1993 et révisé par le Traité signé à Québec (Canada) le 17 octobre 2008. Il résulte des dispositions de l'article 1^{er} dudit Traité que celui-ci « *a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats parties par l'élaboration et adoption des règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels* ». A ce jour l'OHADA compte 17 pays qui sont : le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée équatoriale, le Mali, le Niger, la République Centrafricaine, le Sénégal, le Tchad, le Togo et la République Démocratique du Congo.

²⁹ C'est-à-dire en tenant compte de la refonte effectuée par la loi du 28 mai 1838. Il semble bien que les réformes introduites à compter du décret n°55-583 du 20 mai 1955, n'ont pas été rendues applicables en Afrique. A ce propos, v. M.KONE, Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA, comparaisons avec le droit français L.G.D.J, 2003, n°12, p.11.

³⁰ L'expression est de P.-G. POUGOUE et Y. KALIEU, in L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, collection Droit uniforme, PUA, 199, n°4, p.5.

³¹ C'est-à-dire en tenant compte de la refonte effectuée par la loi du 28 mai 1838. Il semble bien que les réformes introduites à compter du décret n°55-583 du 20 mai 1955, n'ont pas été rendu applicable en Afrique, cf. M.KONE, le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA, comparaisons avec le droit français L.G.D.J, 2003, n°12, p.11.

³² Rendue applicable outre-mer par un décret du 09 juillet 1890.

³³ Sur cette question, v. notamment les différents auteurs suivants :

- F.M. SAWADOGO, Présentation générale de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, in : Traité et Actes uniformes commentés, 3^e éd., Juriscope, 2008, p.877.
- R.BARRE et E. SCHAEFFER (sous la direction de), Droit des entreprises en difficulté, Acte du congrès de l'Institut International des droits d'expression et d'inspiration française, (IDEF) tenu au Gabon Bruylant, Bruxelles 1991. Cet ouvrage traite du droit des Etats Africains suivants : Benin, Cameroun, Congo, Gabon, Madagascar, Mali, République Centrafricaine et Sénégal.
- C. KOUASSI, Traité des faillites et liquidations en Coté d'Ivoire, Etudes juridiques et formulaires, éd. SOGOGEC, collection espace entreprise, 1987.
- D. ABAR-CHI, Pour une adaptation du droit nigérien des procédures collectives à l'évolution socio-économique, thèse de Doctorat en droit, Université d'Orléans, 1990.
- A. AGGREY, Guide de la faillite, Juris-Edition juridiques de Côte -d'Ivoire, 1989 (plusieurs fascicules).
- M.POCANAM, « *Réflexions sur quelques aspects de droit de la faillite au Togo* », Penant, n°812, mai-septembre 1993, p.189 à 230.
- F.M. SAWADOGO, « *L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone, à partir de l'exemple du Burkina Faso* », Revue burkinabé de Droit, n°26- juillet 1994, p.191 à 248.

l'homme et de l'entreprise. Comme le relève en effet à ce propos un autre auteur, « *l'entreprise en tant que cellule économique, n'est pas dissociée de la personne de son dirigeant dont l'infamie rejailit sur son sort et la condamne inexorablement sans tenir compte de ses perspectives de redressement* »³⁴.

11. La crise économique qui s'est amorcée dans de nombreux pays africains dès les années 1980³⁵ a incité certains de ces pays à entreprendre des réformes en faveur des législations beaucoup plus modernes. Ces Etats peuvent être classés en trois catégories³⁶. Il y a d'abord les Etats ayant élaboré des avant-projets de textes³⁷. Il y a ensuite les Etats ayant procédé à des réformes partielles³⁸. Il y a enfin les Etats ayant procédé à une réforme complète³⁹. Il reste que les réformes ainsi entreprises, pour louables qu'elles fussent, ne pouvaient que conduire à l'émergence çà et là, de procédures collectives spécifiques à chaque pays concerné inspirées plus ou moins du modèle français et dont la diversité s'avérait être une source d'insécurité juridique⁴⁰.

12. C'est dans ce contexte qu'a été adopté le 10 avril 1998 à Libreville, capitale du Gabon, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998⁴¹. Cet Acte uniforme est donc arrivé fort opportunément « *pour assurer enfin la cohérence entre les législations des différents pays de l'OHADA relativement à cette matière* »⁴², une réglementation datant de l'époque coloniale et généralement perçue comme vieille et inadaptée⁴³.

³⁴ J.M NYAMA, Stratégie et perspectives du droit de la faillite au Cameroun, thèse, Paris 1980.

³⁵ Crise du système bancaire, remise en cause de certains modèles de développement basé sur l'interventionnisme de l'Etat, etc.

³⁶ Sur cette question, v. J.R GOMEZ, OHADA, Entreprises en difficulté, Lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français, BAJAG-MERI, n°s 6 et s., p.21.

³⁷ Dans cette catégorie, il faut classer le Cameroun (qui avait élaboré un avant-projet de loi de 213 articles, lequel s'inspirait des lois françaises du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés de entreprises et du 25 janvier 1985 relative au redressement judiciaire) et le Benin (dont l'avant projet de loi comportait 226 article et avait été conçu dans le même esprit que celui du Cameroun).

³⁸ Sont concernés ici le Gabon (lois gabonaises n°7 et 8-86 du 04 août 1986) qui, dans le même esprit que le Bénin et le Cameroun, s'étaient inspirés des réformes françaises issues des lois du 1^{er} mars 1984 et de celle du 25 janvier 1985. La différence entre les législations de ces pays est que le Gabon et le Guinée avaient adopté des textes définitifs tandis que les textes du Cameroun et du Benin n'étaient que des avant-projets (cf. ISSA-SAYEGH, « *Présentation Générale de l'Acte uniforme...*, in Penant, numéro spécial OHADA, p.217.

³⁹ Dans cette catégorie figurent le Mali (cf. Articles 173 à 315 du Code de commerce du Mali abrégé) et le Sénégal (cf. articles 927 à 1077 du Code des obligations civiles et commerciales abrogé). Ces deux pays avaient adopté littéralement la loi française du 13 juillet 1967 qui distinguait trois procédures : le règlement judiciaire, la liquidation des biens et la faillite.

⁴⁰ J.M NYAMA, Eléments de Droit des Affaires Cameroun-OHADA, Presses de l'UCAC, éd.2000, V. Introduction.

⁴¹ J.O OHADA, n° 7 du 1^{er} juillet 1998, p. 1 et s.

⁴² P.- G POUGOUE et Y.KALIEU, ouvrage précité, n°5, p.5.

⁴³ F. ANOUKAHA, article précité, p.62, n°1.

13. L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, loin d'être un fait isolé, s'inscrit dans le cadre d'un vaste mouvement « *d'intégration juridique* »⁴⁴ en Cours dans les pays africains appartenant à la Zone Franc⁴⁵ depuis la fin des années 1980. En réalité, l'OHADA réalise une triple unification⁴⁶ : une unification juridique, une unification judiciaire⁴⁷ et une unification politique⁴⁸. En ce qui concerne particulièrement l'unification juridique, celle-ci se réalise au travers des « *Actes uniformes* » que l'article 5 du Traité définit comme « *les actes pris pour l'adoption des règles communes...* ». A dire vrai, l'OHADA vise deux « *objectifs généraux et permanents* », selon l'expression du professeur ISSA-SAYEGH⁴⁹. Il s'agit d'une part de la sécurisation juridique des entreprises⁵⁰. Il s'agit d'autre part de la sécurisation de leur environnement judiciaire. En ce qui concerne la portée des Actes uniformes, l'article 10 du Traité OHADA prend soin de préciser qu'ils sont « *directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure* ». De la sorte, dès lors qu'ils sont adoptés et publiés, les Actes uniformes s'appliquent directement dans l'ordre juridique des Etats Parties sans qu'il soit besoin de prendre des actes législatifs particuliers pour en assurer la transposition dans l'ordre juridique interne⁵¹. L'intégration juridique ainsi voulue par le législateur communautaire africain apparaît ainsi comme « *un levier indispensable de l'intégration*

⁴⁴ J. ISSA-SAYEGH, « *L'intégration juridique des Etats africains de la Zone Franc* », Penant, 1997, n°823, p.5 et n°824, p.125.

⁴⁵ Au lendemain des indépendances, les Etats africains suivants constituaient la Zone Franc : Bénin (ex-Dahomey), Burkina Faso (Ex Haute-Volta), Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Madagascar, Mali, Mauritanie, Niger, Sénégal, Tchad, Togo. Le Mali l'a réintégrée après l'avoir quittée pendant plusieurs années ; Madagascar et la Mauritanie l'ont quittée définitivement ; La Guinée Equatoriale et la Guinée Bissau l'ont rejointe.

⁴⁶ En ce sens, v. M.KONE, ouvrage précité, n°4, p.5. Dans le même sens, D.ABARCHI, « *La supranationalité dans l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique* », Revue burkinabé de droit, 2000, n°37, p.9 et S. L'unification juridique.

⁴⁷ L'unification judiciaire repose sur la Cour commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) installée à Abidjan. Sur les attributions de cette Cour, v. infra, n° 1496 et s.

⁴⁸ L'unification politique se réalise par le fait que l'organe qui légifère désormais en droit des affaires est un organe supranational commun aux Etats Parties au Traité OHADA, à savoir le Conseil des Ministres. De ce fait, les législateurs nationaux se trouvent dessaisis d'une partie de leurs attributions.

⁴⁹ J. ISSA-SAYEGH « *L'OHADA, instrument d'intégration juridique des pays africains de la Zone Franc* », Penant, 1997, n° 823, p.5-31 et n° 824, p.125 et s.

⁵⁰ Les avantages d'une loi uniforme sont indéniables. D'abord l'unité du droit des affaires a pour conséquence première d'éliminer ou d'atténuer les distorsions juridiques susceptibles d'être à l'origine des déséquilibres économiques importants d'un pays à l'autre selon que les règles juridiques sont rigides ou libérales. Ensuite, le droit uniforme émanant d'une structure communautaire présente l'avantage de sécurité en ce que, une fois connue une législation donnée, celle des autres pays appartenant à la Zone Franc est d'office connue. Enfin, l'unité des règles de droit élimine ipso facto les conflits de lois.

⁵¹ Il ya là incontestablement une règle de supranationalité issue de l'article 10 du Traité (Telle est d'ailleurs la position de l'Avis n°001/2001/EP du 30 avril 2001 donné par la CCJA, RDAI/IBLJ, n°6, 2001, p.756). Cette application directe des Actes uniformes dans l'ordre juridique interne des Etats Parties, est l'une des originalités de l'OHADA par rapport aux autres initiatives d'intégration juridique. En ce qui concerne par exemple l'harmonisation européenne, la directive ne s'applique pas directement dans le Etats. Il faut pour ce faire, un acte de transposition émanant du législateur national. Il en de même pour ce qui est des conventions d'uniformisation. A titre d'illustration, les dispositions de la Convention de Genève de 1931 portant loi uniforme sur le chèque ont été introduites en droit français par un décret-loi du 30 octobre 1935.

*économique*⁵² ». C'est fort de cette idée que l'on a pu parler, à propos de l'OHADA précisément, de « *la suprématie du droit comme support de l'activité économique* »⁵³.

14. A ce jour, neuf Actes uniformes sont en vigueur⁵⁴ et constituent dans les différentes matières concernées, le droit communautaire applicable directement dans les Etats parties au Traité OHADA, lequel droit uniforme se substitue ipso facto aux législations nationales antérieures « *vétustes, incertaines et disparates* »⁵⁵. C'est donc à juste titre que M. PAILLUSSEAU a soutenu à ce propos qu'une révolution juridique s'est produite dans l'espace OHADA⁵⁶.

15. Traditionnellement, trois fonctions sont assignées au droit des procédures collectives : assurer l'élimination et la sanction des entrepreneurs malhonnêtes, assurer le paiement des créanciers et tenter le redressement de l'entreprise en difficulté⁵⁷. Mais, parce que le droit des procédures collectives est un droit de compromis, il importe d'adapter la politique législative aux objectifs visés de manière à faire primer telle ou telle fonction sur les autres⁵⁸. En effet, comme le relève avec pertinence M.GUYON, « *une ambition excessive peut...conduire à un échec total, la procédure ne permettant ni de redresser, l'entreprise, ni de payer les créanciers, ni de sauvegarder emplois* »⁵⁹.

16. En droit français, les finalités assignées au droit des procédures collectives depuis la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises sont quasiment les mêmes. La loi du 25 janvier 1985 « *destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de*

⁵² P.-G. POUGOUE, « *OHADA et intégration économique* », in *Dynamiques de développement, Débats et enjeux politique à l'aube du 21 e siècle* éd. Monchrestien, Collection Grands Colloques, Paris, 2003, p.575 et S ; V. également, Y.GUYON, in « *l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* », Les Petites Affiches, n°spécial 205, 13 octobre 2004, P.60 : « *si le droit n'est pas une condition suffisante pour le développement, il en est une condition nécessaire* ».

⁵³ G.TATY, « *Brèves réflexions à propos de l'entrée en vigueur d'une réglementation commune du droit des affaires des Etats membres de la Zone Franc* », Penant, 1999, p.223 et s., spéc. p.230.

⁵⁴ Les Actes uniformes en vigueur à ce jour portant sur les matières suivantes : droit commercial général, droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, droit des sûretés, procédures collectives d'apurement du passif, procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution, droit de l'arbitrage, droit comptable, contrat de transport des marchandises par route, droit des sociétés coopératives.

⁵⁵ J.PAILLUSSEAU, « *une révolution juridique en Afrique francophone-L'OHADA* », in *perspectives de droit économique-dialogue avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, p.93-100.

⁵⁶ J.PAILLUSSEAU, précité.

⁵⁷ M. JEANTIN et P.LE CANNU, ouvrage précité n°548, p.354.

⁵⁸ J.R GOMEZ, ouvrages précité, n°10, p 23.

⁵⁹ Y.GUYON, *Droit des affaires*, op. cit., n°1027, p.34.

l'emploi et l'apurement du passif ». Il s'agit là d'objectifs hiérarchisés⁶⁰ : la sauvegarde de l'entreprise d'abord, le maintien de l'activité et de l'emploi ensuite⁶¹, et l'apurement du passif enfin. Quant à la loi n°2005-845 de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, il résulte de son article 12, devenu l'article L.620-1 du Code de commerce que la procédure de sauvegarde⁶² « *est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* »⁶³. S'agissant de la procédure de redressement judiciaire⁶⁴, les dispositions de l'article 88 de la loi du 26 juillet 2005, devenu l'article L.631-1, du Code de commerce énoncent qu'elle « *est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* »⁶⁵. S'agissant enfin de la liquidation judiciaire⁶⁶, il résulte des dispositions de l'article 97 de la loi du 26 juillet 2005 devenu l'article 640-1, du Code de commerce, que cette procédure « *est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens* »⁶⁷.

17. En droit de l'OHADA, le législateur communautaire africain a assigné des finalités précises aussi bien de manière générale à l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif que de manière particulière aux procédures collectives traditionnelles ouvertes après cessation des paiements ainsi qu'à la procédure de règlement préventif ouverte avant cessation des paiements.

18. Ainsi, en ce qui concerne l'objet général de l'Acte uniforme, il découle des dispositions de l'article 1^{er} dudit Acte que celui-ci a pour objet d'une part « *d'organiser les procédures collectives de règlement préventif, de redressement judiciaire et de liquidation des biens du débiteur en vue de l'apurement collectif de son passif* » et, d'autre part, « *de définir les sanctions patrimoniales, professionnelles*

⁶⁰ F.PEROCHON et R. BONHOMME, op.cit., n°12, p.7.

⁶¹ Encore que les deux choses sont liées.

⁶² V.infra n° 196 et s., pour les détails sur cette procédure.

⁶³ Code de commerce, article L.60, alinéa1.

⁶⁴ V. infra, n° 283 et s., 747.

⁶⁵ Code de commerce, article 631-1, alinéa 2.

⁶⁶ V. infra, n° 747 et s.

⁶⁷ Code de commerce, article L.640-1, alinéa 2.

et pénales relatives à la défaillance du débiteur et des dirigeants de l'entreprise débitrice ».

19. En ce qui concerne les finalités spécifiques attachées aux différentes procédures prévues dans l'Acte uniforme, l'article 2, alinéa 1 énonce d'abord que « *le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif* ». L'alinéa 2 dudit article énonce ensuite que le « *redressement judiciaire est une procédure destinée à la sauvegarde de l'entreprise et à l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement* ». L'alinéa 3 énonce enfin que « *la liquidation des biens est une procédure qui a pour objet la réalisation de l'actif du débiteur pour apurer son passif* ».

20. A la lumière de ce qui précède, il apparaît que globalement, le droit français des entreprises en difficulté et le droit africain poursuivent, somme toute, des finalités communes : sauvegarde de l'entreprise, apurement du passif, détermination des sanctions à l'endroit du débiteur et des dirigeants de l'entreprise. En revanche, l'ordre prioritaire des objectifs dans chacun de ses systèmes ne se présente pas de la même manière.

21. En effet, alors qu'en droit français depuis la loi du 25 janvier 1985, la sauvegarde de l'entreprise est l'objectif premier visé par le législateur des procédures collectives, en droit de l'OHADA, les choses ne sont pas aussi précises que l'on pourrait le penser. A priori, il apparaît que l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif donne la priorité à l'apurement du passif et place ainsi l'intérêt des créanciers au premier plan ce, au détriment de celui de l'entreprise⁶⁸. Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter à l'intitulé dudit Acte qui, en lui-même, est révélateur de cette situation puisqu'il y est question de « *l'organisation des procédures collectives d'apurement du passif* ». Par ailleurs, l'article 1^{er} de l'Acte uniforme décline sans équivoque son objectif général qui, mise à part la question liée aux sanctions, est l'organisation des « *procédures collectives...*

⁶⁸ V.F.M. SAWADOGO, présentation générale de l'Acte uniforme, op. cit, p. 885 qui écrit : « *Quand aux procédures collectives ouvertes après cessation des paiements, elle visent toutes à apurer le passif, d'où la conclusion que, dans l'Acte uniforme de l'OHADA, le paiement des créanciers est l'objectif premier des procédures collectives* » ; V. également, J-R GOMEZ, ouvrage précité, n°11.

de règlement préventif, de redressement judiciaire et de liquidation des biens du débiteur en vue de l'apurement collectif de son passif ».

22. Il a ainsi été soutenu que le choix du législateur communautaire africain des procédures collectives de donner la priorité au paiement des créanciers se justifie par le fait que l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif s'inspire essentiellement de la loi française du 13 juillet 1967⁶⁹ et qu'il se situait ainsi dans le prolongement de certains droits antérieurs⁷⁰. Cette dernière législation a donc été jugée « *adaptée au contexte africain et dénuée de complexité* »⁷¹. Pourtant, l'examen attentif des dispositions des articles 2-1 et 2-2 de l'Acte uniforme concerné, vient quelque peu tempérer ces certitudes. En effet, tandis que l'article 2.1 dispose que « *le règlement est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif...* ». L'article 2-2 dispose pour sa part et s'agissant du redressement judiciaire, que celui-ci *est destiné* « *à la sauvegarde de l'entreprise et à l'apurement de son passif...* ». Dans les deux hypothèses visées par le texte, la sauvegarde de l'entreprise prime sur l'apurement du passif. Il y a donc comme une contradiction entre l'énoncé de l'objectif général visé à l'article 1^{er} de l'Acte uniforme et l'énoncé des objectifs spécifiques se rapportant aux procédures de règlement préventif et de redressement judiciaire visés à l'article 2. Il paraît dès lors plus juste de conclure à l'existence en droit de l'OHADA, d'un « *régime dualiste* » faisant coexister l'objectif de paiement des créanciers et l'objectif de redressement de l'entreprise comme l'atteste du reste si bien la note de présentation de l'Acte uniforme⁷².

23. C'est donc à juste titre que le professeur SAWADOGO, à propos des options prises par le législateur africain des procédures collectives, fait état de la « *tentative*

⁶⁹ F.M SAWADOGO, présentation générale de l'Acte uniforme..., précité, p.888 ; V. également, J.R GOMEZ, op.cit, n°10, p24

⁷⁰ Notamment le droit malien et le droit sénégalais, supra, n° 11.

⁷¹ J-ISSA-SAYEGH, Présentation de l'Acte uniforme..., in Penant, Numéro spécial OHADA, op.cit p.217.

⁷² Celle-ci est ainsi conçue : « *le redressement judiciaire permet au débiteur qui a cessé ses paiements d'obtenir un concordat de redressement dont l'objet n'est pas uniquement d'obtenir des délais et remises, mais également de prendre toutes mesures, mais également de prendre toutes mesures juridiques, techniques et financiers (y compris la cession partielle de l'entreprise) susceptibles de réaliser le rétablissement des conditions de fonctionnement normal de l'entreprise* ». cf. avant –projet d'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, octobre 1993, p.5 ; v. également, ISSA-SAYEGH, in Penant, n° spécial OHADA, op.cit, p.220-221.

de conciliation entre sauvetage de l'entreprise et intérêt des créanciers »⁷³ Sous ce rapport, il est permis d'affirmer qu'avec les finalités de sauvetage de l'entreprise et de maintien de l'activité qu'il contient, l'article 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif constitue le socle sur lequel repose l'émergence d'un véritable « droit des entreprises en difficulté » dans l'espace OHADA.

24. Il se dégage *in fine* de l'analyse qui précède, qu'au-delà de la question liée à l'ordre hiérarchique, le droit français et le droit africain ont, en commun, la sauvegarde de l'entreprise et le maintien de son activité. Sur cette question, la réforme annoncée du droit des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA se veut plus tranchée quant à la poursuite de l'objectif de sauvetage de l'entreprise. Il est ainsi proposé de procéder à une réécriture de l'article 1^{er} de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives du passif, de manière à lui assigner comme objectifs principaux, la prévention et le traitement des difficultés des entreprises⁷⁴.

25. Il est généralement admis qu'il existe une double typologie des modes de traitement des difficultés des entreprises : d'une part, les modes non juridictionnels ou extra-juridictionnels et, d'autre part, les modes juridictionnels ou judiciaires⁷⁵. Tandis que dans le premier cas, le traitement des difficultés de l'entreprise se fait en dehors de toute intervention judiciaire, dans la seconde hypothèse, le traitement des difficultés de l'entreprise se fait devant les Tribunaux. Mais, en réalité, l'essentiel du droit des entreprises en difficulté se déroule de nos jours sous le contrôle de l'autorité judiciaire, qu'il s'agisse des procédures dites préventives intervenant en l'absence de cessation des paiements ou qu'il s'agisse des procédures dites curatives intervenant après cessation des paiements.

26. En France, traditionnellement, le traitement des entreprises en difficulté relève des autorités judiciaires et non de l'administration ou des créanciers⁷⁶. Cette conception se justifie dès lors que « *le traitement des difficultés de l'entreprise oblige*

⁷³ Cf. « *Présentation de l'Acte uniforme...* », in *Traité et Actes uniforme*, p.888).

⁷⁴ L'article 1 de l'avant projet d'amendements à l'AUPC est ainsi libellé : « *Le présent Acte uniforme a pour objet (...) d'organiser...les procédures collectives...en vue de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises* ».

⁷⁵ *sur cette distinction, v. notamment : M. Jeantin et P. LE CANNU op.cit., 281 et s ; Y.GUYON, op.cit., p. 39 et s ; F.PEROCHON et R.BONHOMME, p.21. et s.

⁷⁶ Y. GUYON, *Droit des affaires*, op.civ. n°1152, p.174.

à transcender entre des intérêts opposés⁷⁷ » et qu'il est par ailleurs question d'assurer l'efficacité et la moralité des procédures⁷⁸. Cette situation a été accentuée par la loi du 25 janvier 1985 qui a transformé le Tribunal en « *grand maître de la procédure* »⁷⁹. Avec la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, alors qu'une présence active du Ministère public dans le déroulement des procédures collectives est observable, le rôle du Tribunal a connu un petit recul⁸⁰, sans pour autant que ses pouvoirs soient sensiblement amputés⁸¹. En droit de l'OHADA, l'on constate une « *omnipotence* » des Tribunaux⁸² dans le déroulement des procédures, ces derniers jouant un rôle décisif tant avant qu'après la cessation des paiements. A titre d'illustration, les trois procédures⁸³ mises en place par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif sont des procédures essentiellement judiciaires⁸⁴.

27. En fait, l'intervention judiciaire dans le déroulement des procédures collectives ne peut être dissociée de l'évolution historique quant à la place même du droit dans le traitement des difficultés des entreprises⁸⁵. Avec la loi française du 25 janvier 1985, une distinction nette est apparue dans le droit des entreprises en difficulté entre, d'une part le traitement et, d'autre part, la prévention. Si l'on est fondé à soutenir que le traitement des difficultés des entreprises par le moyen du droit de la « faillite » constitue un champ traditionnel d'intervention du droit, il n'en est pas de même pour ce qui est de la prévention, la mise en place d'un « *droit de la prévention des difficultés* »⁸⁶ étant récente. Pour ce faire, il a fallu surmonter l'obstacle majeur constitué traditionnellement par la méfiance des gestionnaires d'entreprises à l'égard du droit, méfiance au demeurant justifiée dès lors que le droit

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ F.M SAWADOGO, OHADA : Droit des entreprises en difficulté, Bruylant, Bruxelles, collection Droit uniforme africain, 2002, n°4, p.3

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ On constate en effet un recul du rôle du Tribunal de commerce (en matière de prévention) désormais « *consacré comme un organe protecteur des entreprises qui peuvent se placer sous main de justice sans être en cessation des paiements* » (cf. rapp. AN n° 2094, 2005, Traitement des entreprises en difficulté, P.CLEMENT, p.15).

⁸¹ JAZOTTES, RPC 2005, 358, spéc. 360.

⁸² P.NGUIHE KANTE, thèse précitée, p.238.

⁸³ Il s'agit du règlement préventif, du redressement judiciaire et de la liquidation des biens.

⁸⁴ Cet interventionnisme judiciaire était peu observé dans l'ancienne législation des faillites héritée de la période coloniale applicable dans les Etat parties au Traité OHADA. Ainsi par exemple, dans le cadre de la liquidation judiciaire qui servait de procédure judiciaire de sauvetage, le Tribunal avait pour unique mission l'homologation du concordat sans possibilité de remettre en cause une décision prise par un créancier. Il ne pouvait qu'approuver le vote du concordat qui lui était soumis ou le rejeter si les conditions de moralité exigées par la loi n'étaient pas remplies.

⁸⁵ Sur cette question, v. JEANTIN et P. LE CANNU, ouvrage précité, n°438, p.208.

⁸⁶ La formule est empruntée au titre de l'ouvrage d'Y.CHAPUT, Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises PUF, 1986.

ne saurait appréhender les difficultés des entreprises s'il n'est pas suffisamment souple. Par ailleurs, la prise en compte de l'objectif de prévention suppose une règle de droit dont l'application laisse une grande place de négociation conventionnelle⁸⁷. Cette situation appelle une double conséquence. La première conséquence est une mutation des formes mêmes du droit : le passage d'un droit imposé à un droit négocié⁸⁸. La deuxième conséquence est une perception nouvelle de l'institution judiciaire. Non seulement celle-ci n'est plus perçue comme la seule institution à même de contribuer efficacement à la résolution des crises que connaît l'entreprise⁸⁹, mais en plus il s'opère un changement des modalités de l'intervention judiciaires en ce sens qu'il est désormais fait appel largement aux procédures non contentieuses⁹⁰.

28. Au lendemain des indépendances, le législateur africain des procédures collectives a entrepris une œuvre de refonte de l'ensemble de la législation en vigueur dans les Etats Parties au Traité OHADA dans un contexte où, avant l'avènement dudit Traité, le droit positif en la matière dans la majorité de ces pays, anciennes colonies françaises⁹¹, était constitué des textes français qui leur avaient été rendus applicables à l'époque coloniale⁹². L'on peut dès lors légitimement s'interroger sur l'autonomie du nouveau droit africain des entreprises en difficulté par rapport au droit français en ce qui concerne particulièrement le rôle du juge dans le sauvetage ou le redressement⁹³ des entreprises. En d'autres termes, après l'intervention du Traité OHADA, peut-on valablement soutenir l'existence d'un droit africain des entreprises en difficulté autonome du droit français en rapport avec le rôle du juge dans la prévention et le traitement des défaillances d'entreprises ?

⁸⁷ M. JEANTIN et P-LE CANNU, *op.cit.*, n°438, p.280.

⁸⁸ Le passage d'un droit imposé à un droit négocié constitue une évolution essentielle due, en grande partie, à la prise en compte des nécessités liées à la prévention des difficultés des entreprises. Sur cette question, v. l'étude de CERCRID (université d Saint-Etienne) : « Pour une réflexion sur les mutations des formes du droit », Procès, 1982, n°9, p. 5 et s.

⁸⁹ Parallèlement, figurent des interventions administratives, voire purement conventionnelles.

⁹⁰ Il en est par exemple ainsi du caractère non contentieux de l'homologation du concordat préventif passé par le débiteur avec ses créanciers dans le cadre du règlement préventif OHADA (v. *infra*, n° 103 et s.) ou de l'homologation de l'accord amiable dans le cadre de la procédure de conciliation en droit français (v. *infra*, n° 193 et 194)

⁹¹ A l'exception de la Guinée Bissau et de la Guinée Equatoriale.

⁹² V. *supra*, n° 10

⁹³ Pour les nuances terminologiques liées à ces deux notions, v. J. BRILLMAN, in *Le redressement des entreprises en difficulté*, Ed. Hommes et Techniques, Suresnes-France, 1979, p.20, cité par P. NGUIHE KANTE, thèse précitée, p.8. IL semble bien que *stricto sensu*, le « sauvetage » et le « redressement » ne sont pas synonymes. Alors que le sauvetage renverrait à des mesures d'urgence, le redressement s'inscrit dans la durée et nécessite un ensemble de mesures de réorientation stratégique et/ou de réorganisation dans el cadre d'un « plan de redressement ». Cependant, pour les besoins de l'étude, les deux termes seront utilisés indifféremment.

29. Une telle interrogation invite inéluctablement le « *commercialiste* » à une étude de droit comparé sur le rôle du juge dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté en droit de l'OHADA et en droit français. Mais un tel exercice suppose, au préalable, une bonne compréhension des termes du sujet.

30. Le terme « *juge* » employé dans le cadre de la présente étude doit être considéré comme un terme générique qui renvoie indifféremment au Président du Tribunal, au Tribunal lui-même ou au juge commissaire qui, aussi bien en droit français qu'en droit africain, constitue le « *chef d'orchestre* » en matière de procédures collectives⁹⁴. Le « *sauvetage* » s'entend de toutes les mesures prises et de nature à conduire à la sauvegarde de l'entreprise en tant qu'unité économique ainsi que le maintien de l'activité et des emplois qui y sont attachés. Ces mesures peuvent s'inscrire soit dans le cadre de la continuation de l'entreprise entre les mains du débiteur, soit dans le cadre de sa cession à un tiers. Quant à la notion d' « *entreprise en difficulté* », il convient de relever d'entrée de jeu, qu'elle n'est pas facile à définir en raison notamment de « *la diversité des modes d'analyse des défaillances, des stades différents de gravité de la situation, de la variété des critères permettant de les déceler et de l'hétérogénéité de leurs causes* »⁹⁵. Généralement, la notion d'entreprise en difficulté suppose que l'entreprise a cessé de fonctionner de manière harmonieuse et qu'une rupture dans la continuité de son exploitation⁹⁶ s'est produite, va ou risque de se produire⁹⁷. En réalité, la notion d'entreprise en difficulté est disparate, en fonction des préoccupations législatives dont elle est la cible⁹⁸. Pour notre part et, dans le cadre de notre étude, l'entreprise en difficulté est celle qui remplit les conditions de soumission aux différentes procédures tant à visée préventive qu'à

⁹⁴ Infra, n° 1284 et s.

⁹⁵ P. NGUIHE KANTE, « *Réflexion sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA* », Ann. Fac. des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang (Cameroun), t 5, 2001, PUA, p. 87, n°1.

⁹⁶ Sur cette notion comptable, v. A. VIANDIER et DE LAUZAINGHEIN, Droit comptable, Dalloz 1993, n°354 et s.

⁹⁷ M. JEANTIN et P. LE CANNU, op. cit., n° 437, P.279.

⁹⁸ P.-M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action, 2012/2013, n°111-11, p.144. A cet égard, il faut relever que par l'usage de critères objectifs, la Commission des communautés européennes, dans une première communication en 1999, sans donner une véritable définition de l'entreprise en difficulté, a envisagé 04 situations dans lesquelles, elle estime qu'il y a entreprise en difficulté : entreprise incapable d'assurer son redressement avec ses ressources financières propres ou avec celles dont sont disposés à faire apport ses actionnaires et créanciers, entreprise soumise à une procédure collective fondée sur l'insolvabilité, société dont les associés ont une responsabilité limitée et qui a perdu plus de la moitié de son capital avec une perte du quart de ce capital au cours des 12 derniers mois, société à responsabilité limitée ayant perdu plus de la moitié de ses fonds propres et plus que du quart de ceux-ci au cours des 12 derniers mois. La Commission a, en 2004, posé de nouvelles lignes directrices d'aides aux entreprises en difficulté et dont l'article 1^{er} précise que l'entreprise est en difficulté dès lors qu'elle remplit les conditions de soumission à une procédure d'insolvabilité, ce qui en droit français, correspond au redressement judiciaire, à la liquidation judiciaire et à la sauvegarde (En ce sens, Ph. ROUSSEL GALLE, « *Les aides publiques aux entreprises en difficulté : les lignes directrices communautaires, le Ciri et les Codefi* », Rev.proc.coll.2006/2, p.128 et s., sp.p.129).

visée curative en vigueur en France et dans l'espace OHADA. Dans le cas français, l'entreprise concernée sera celle remplissant les conditions requises pour sa soumission aux procédures d'alerte⁹⁹, de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires. Dans le cas du droit de l'OHADA, l'entreprise concernée sera celle remplissant les conditions requises pour la mise en œuvre des procédures d'alerte et d'expertise de gestion, de règlement préventif, de redressement judiciaire et de liquidation des biens.

31. La présente étude s'intéressera exclusivement et de manière comparative en France et en Afrique à l'intervention judiciaire mettant à contribution le Tribunal, son Président ou le juge commissaire dans la recherche du sauvetage de l'entreprise en difficulté. Les autres situations ne seront examinées, le cas échéant, que de manière accessoire. L'accent sera ainsi mis sur les fonctions juridictionnelles du juge ayant une incidence sur le sort de l'entreprise et non sur ses actes relevant des pouvoirs de simple administration. Ces fonctions juridictionnelles seront appréhendées aussi bien dans leur dimension gracieuse¹⁰⁰ que dans leur dimension contentieuse¹⁰¹.

32. Une fois cette délimitation faite, l'on peut s'interroger à juste titre sur l'utilité d'une telle étude. Des ouvrages¹⁰², thèses,¹⁰³ articles¹⁰⁴ de doctrine et colloques¹⁰⁵ ont été consacrés aux questions relatives à l'intervention judiciaire dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises tant sous l'angle du droit substantiel que sous l'angle du droit processuel¹⁰⁶.

⁹⁹ Infra, n° 145 et s., 718 et s.

¹⁰⁰ La décision gracieuse est celle que prend le juge en vertu de son pouvoir d' « *imperium* » (prérogative du juge distincte de la « *jurisdictio* » et ayant un caractère plus administratif que juridictionnel) en l'absence de litige.

¹⁰¹ La décision contentieuse relève de la « *jurisdictio* », c'est-à-dire du pouvoir du juge de dire le droit en répondant à une situation de fait dont il est saisi.

¹⁰² V. par exemple, J. BON, « *Le rôle du juge* », in Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire, t-II ; Y. CHASSAGNON, L'intervention judiciaire dans les entreprises en difficulté, 2^e éd., Technique et Documentation, Lavoisier 1986 et plus récemment, P. CAGNOLI, Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté, L.G.D.J., 2002.

¹⁰³ V. par exemple, P. JEANNEROT, L'intervention judiciaire dans les procédures de redressement judiciaire, thèse Paris I, 1982 ; O. STAES, Procédures collectives et droit judiciaire privé, thèse (dact.), Toulouse, 1995 ; D. MELEDO -BRIAND, Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit, thèse (dact-), Rennes, 1992.

¹⁰⁴ V. notamment : Y. CHAPUT, « *L'office du juge dans le traitement précoce des difficultés* », Le nouveau droit des défaillances d'entreprises, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1995, p.93 ; J.L VALLENS, « *Droit de la faillite et droits de l'homme : la loi sur le redressement judiciaire et la Convention européenne des droits de l'homme* », RTD com. 1997, p. 567 ; F. DERRIDA et P. JULIEN, « *Le droit procédural du redressement et de la liquidation judiciaires et le droit judiciaire privé* », Mélanges P.RAI, le Juge entre deux millénaires, Dalloz, 2000, P.284.

¹⁰⁵ Il en est par exemple ainsi du Colloque Nice Sophia-Antipolis, 25 avril 1998 portant sur le thème : « *Redressement et liquidation judiciaires : questions procédurales* », Les Petites Affiches, 23 octobre 1998.

¹⁰⁶ La question du droit processuel dans le cadre de l'intervention judiciaire en matière de prévention et de traitement des difficultés d'entreprises est fondamentale. En effet, l'on a souligné les difficultés qui sont celles des règles classiques du droit judiciaire privé (« *ensemble des règles qui gouvernent l'organisation et le fonctionnement de la justice en vue d'assurer aux particuliers la mise en veuve et la sanction de leurs droits subjectifs en matière de droit privé* », cf. A-Solus et R.PERROT, Droit judiciaire privé, t.1, Sirey,

En dépit de la pertinence de tous ces travaux, ceux-ci ne rendent pas compte de l'étendue et de la quintessence de notre étude. D'abord les travaux préexistants concernent l'intervention judiciaire en droit des entreprises en difficulté d'une manière générale sans que soit spécifiquement mis en relief le rôle du juge dans le sauvetage de l'entreprise. Ensuite, ces travaux ne sont pas des travaux de droit comparé¹⁰⁷. De la sorte, la présente étude garde tout son intérêt scientifique.

33. L'intérêt d'une étude de droit comparé sur le rôle du juge dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté en droit de l'OHADA et en droit français apparaît certain pour le théoricien. En effet, au delà des avantages classiques liés à tout travail de comparaison juridique¹⁰⁸, l'étude offre l'occasion de nourrir d'avantage la réflexion quant au débat sur le positionnement des droits africains dans la classification internationale des droits¹⁰⁹, question sur laquelle, la doctrine reste divisée. Tandis que certains défendent le rattachement du droit privé des pays africains de la Zone Franc au droit français¹¹⁰, d'autres soutiennent que les droits africains constituent une famille juridique distincte¹¹¹. La présente étude pourrait ainsi contribuer à clarifier ce débat. S'il en ressort le constat selon lequel, il y a eu alignement des droits africains sur l'évolution du droit français, la thèse du particularisme devra être nuancée. En revanche, s'il en résulte le constat selon lequel, il y a confirmation ou aggravation de l'écart qui existait entre les droits africains et le droit français, la thèse du particularisme s'en trouvera confortée. Par ailleurs, une telle étude pourrait contribuer à apporter une réponse à la question de savoir jusqu'où peut aller l'adaptation dans

1961, n°5). Un auteur va même jusqu'à affirmer, l'inadéquation du modèle juridictionnel aux objectifs et aux contraintes du droit substantiel des entreprises en difficulté (cf. R.PERCEROU, « *Le traitement judiciaire de la situation des entreprises en difficulté : mythe ou possibilité réelle* », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle*, mélanges C. CHAMPAUD, Dalloz, 1997, p.507), d'où la nécessité d'une adaptation des règles. Sur cette question, v. infra, n° 459 et s., à propos du réaménagement des principes directeurs du procès.

¹⁰⁷ Il convient cependant de signaler l'ouvrage de J.R GOMEZ déjà cité (OHADA-Entreprises en difficulté, collection BAJAG-MERI, op.cit). Mais cet ouvrage est un ouvrage d'ordre général qui, comme l'indique son sous-titre, n'est qu'une « *Lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA pourtant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français* ».

¹⁰⁸ V. L.J CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé, t.II, méthode comparative*, L.G.D.J, 1974.

¹⁰⁹ M.KONE, *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA*, op.cit.n°17, p.14.

¹¹⁰ V. F. LEPOINTE, « *De l'histoire du droit au droit comparé : l'exemple du droit commercial applicable au Gabon* », *Penant* 1991, p.214 et s., et 343 et s.

¹¹¹ V. Dans ce sens, R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOZI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, précis Dalloz, 10^e éd., n°24 et 500 qui classent dans une famille juridique spécifique, les droits d'Afrique noire et de Madagascar ; v. également, M. FROMONT *Grands systèmes de droit étrangers*, Mémento Dalloz, 3^e éd.1998, P.8 et 8 et s. qui inclut dans la même famille juridique les droits d'Afrique et d'Asie.

les pays du tiers monde, au nom de l'impératif de développement économique, des règles de droit économique initialement conçus pour les pays développés.

34. De surcroît, une étude sur le rôle du juge dans le sauvetage de l'entreprise ne difficulté en droit africain et en droit français, donne l'occasion au théoricien de découvrir et de s'approprier, des concepts abstraits portant sur le fonctionnement de l'institution judiciaire appliqués au droit des procédures collectives. Il en va notamment ainsi des concepts relatifs à l'instance, au pouvoir d'initiative du juge, aux principes directeurs du procès, à l'exécution provisoire des décisions, aux voies de recours, etc... Un auteur n'a –t-il pas par ailleurs écrit que le droit comparé est souvent « *le plus Court chemin pour la compréhension des phénomènes juridiques nationaux* » ?¹¹². Il reste cependant qu'une telle compréhension ne peut être pleinement acquise que si la méthode choisie pour y parvenir est pertinente.

35. A cet égard, force est de constater qu'en dépit des progrès réalisés par le droit comparé¹¹³, aucune méthode classique applicable à tout type de sujet n'a encore été unanimement admise à telle enseigne qu'il revient à chaque comparatiste de définir sa méthode tenant compte des caractéristiques du sujet traité. La méthode à laquelle nous entendons recourir dans le cas d'espèce, consistera en une confrontation entre les solutions françaises et les solutions africaines quant au rôle du juge dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté. Cette confrontation des solutions concernera aussi bien le droit positif que les tendances jurisprudentielles et doctrinales, avec cette précision que le droit des entreprises en difficulté OHADA est encore assez récent et n'a en conséquence pas encore donné lieu à un apport jurisprudentiel et doctrinal aussi dense qu'en droit français.

36. Notre démarche comparative dans le cadre de la présente étude entend revêtir une double nature, à la fois institutionnelle et fonctionnelle. Lorsqu'il apparaîtra que le droit africain et le droit français comportent des institutions ou des règles similaires, il y aura lieu à confrontation de ces règles ou institutions afin d'en dégager les convergences et les divergences. Lorsqu'en revanche, une telle similitude des

¹¹² G.FARIAT, Droit économique, PUF, Thémis, 1971, p.17, cité par F.M SAWADOGO, Droit des entreprises en difficulté, op.cit, n°29, p.20.

¹¹³ Sur ce point, v. L.J. CONSTANTINESCO, op. cit, n°2 et s.

règles ou des institutions n'aura pas été constatée, une approche fonctionnelle sera adoptée, laquelle consistera à procéder à une analyse croisée des solutions apportées au même problème juridique par les différents législateurs concernés.

37. Partant de cette approche méthodologique, l'on s'interrogera d'abord sur l'ampleur réelle de l'intervention des juges africain et français dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté. Sous cet angle, il conviendra d'examiner, par exemple, l'intensité de l'intervention du juge aussi bien à titre préventif qu'à titre curatif. Il sera également opportun de s'attarder sur les contours du dispositif de droit processuel mis à la disposition des juges africain et français en vue de la réalisation de leur mission commune de sauvetage de l'entreprise en difficulté.

38. Il conviendra ensuite et de manière corrélative, de s'interroger sur l'ampleur des difficultés susceptibles d'entraver la mission de sauvetage desdits juges. Sous ce rapport, pourront ainsi être examinés successivement, les obstacles liés au fonctionnement des procédures collectives et les obstacles liés à la structure même de la justice économique.

39. De la sorte, notre démonstration s'articulera autour de deux grandes idées maîtresses. D'une part, la mesure du rôle des juges africain et français dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté (première partie). D'autre part, la mesure des obstacles s'opposant à la mission de sauvetage des juges africain et français (deuxième partie).

**PREMIERE PARTIE : LA MESURE DU ROLE DU JUGE
DANS LE SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE EN
DIFFICULTE**

40. La prééminence du juge est certes aussi bien dans le droit des entreprises en difficulté OHADA que dans le droit français, une réalité indéniable. Mais il y a lieu de reconnaître que, dans le cadre de sa mission de sauvetage, son intervention ne se déroule pas toujours de manière linéaire.

41. Il n'est pas en effet concevable que le juge de l'entreprise en difficulté intervienne de la même manière, dans l'hypothèse d'une entreprise in bonis, en « pré-cessation des paiements », c'est-à-dire théoriquement in bonis mais déjà dans la spirale infernale des défaillances financières¹¹⁴, et dans celle d'une entreprise en état de cessation des paiements. Ici, l'immixtion du juge dans la gestion de l'entreprise ne peut qu'être exceptionnelle car, par définition, l'entreprise est supposée être viable, et, il n'appartient pas aux tribunaux d'apprécier l'intérêt social, cette prérogative revenant plutôt aux dirigeants¹¹⁵ par ce que in bonis, l'entreprise jouit d'une totale liberté de gestion incompatible avec l'immixtion de l'autorité judiciaire¹¹⁶. Là, en revanche, l'état de cessation des paiements entraînant l'ouverture d'une procédure collective, l'intervention judiciaire s'impose. Le juge, non seulement par fonction, mais aussi par son statut, constitue alors l'arbitre le mieux placé pour assurer la conciliation d'intérêts contradictoires¹¹⁷.

42. Il y a cependant lieu de relever la situation qui prévaut dans la procédure de sauvegarde issue du nouveau droit français des entreprises en difficulté qui résulte de la loi n° 2005-845 du 26 Juillet 2005 de sauvegarde des entreprises¹¹⁸. Cette procédure constitue en effet une procédure collective préventive ouverte aux entreprises qui ne sont pas en état de cessation des paiements¹¹⁹. Mais, en dépit de cette absence de cessation des paiements, la procédure de sauvegarde présente un caractère judiciaire relativement marqué tout en permettant aux entreprises concernées de se mettre sous protection judiciaire.

¹¹⁴ C.CHAMPAUD, « *l'idée d'une magistrature économique. Bilan de deux décennies* », Justices 1995, n° 1, p. 61.

¹¹⁵ Y. GUYON, Droit des affaires, t.2, Entreprises en difficulté, redressement judiciaire - Faillite, Economica, 7^e éd, 1999, n° 1066.

¹¹⁶ F.M.SAWADOGO, Droit des entreprises en difficulté, OHADA, Bruylant Bruxelles, 2002, p. 380.

¹¹⁷ M. JEANTIN et P. LE CANNU, Droit commercial – Instruments de paiements et de crédit – Entreprises en difficulté, Dalloz, 5^{ème} éd, 1999, n° 540.

¹¹⁸ L. n° 2005-845 : J.O. 27 Juill. 2005, p. 1287.

¹¹⁹ Sur les critères d'ouverture de cette procédure, v. infra n° 738 et s.

43. A côté de la question commune au droit africain et au droit français du degré d'intervention du juge dans la gestion de l'entreprise en difficulté, coexiste une autre préoccupation ayant trait aux moyens d'action processuels à la disposition du juge de l'entreprise en difficulté. Plus précisément, il est question, à ce stade de l'analyse, de s'interroger sur les instruments d'ordre processuel à la disposition des juges africain et français, en vue de la réalisation de l'objectif de sauvetage de l'entreprise tel que défini par les différentes législations.

44. La question est d'autant importante que la réalisation d'un objectif aussi grandiose, nécessite, la possibilité d'une intervention précoce du Tribunal, un diagnostic prompt et exact de l'origine des difficultés du débiteur ainsi que le déroulement rapide de la procédure, assurant, en peu de temps, le prononcé d'une décision statuant sur le sort de l'entreprise¹²⁰. Or, pour certains, les règles classiques du droit judiciaire privé, entendu au sens large comme « *l'ensemble des règles qui gouvernent l'organisation et le fonctionnement de la justice en vue d'assurer aux particuliers la mise en œuvre et la sanction de leurs droits subjectifs en matière de droit privé* »¹²¹, seraient inaptes à appréhender les dimensions collective et objective du traitement de l'entreprise¹²².

45. Sur ces deux questions, la confrontation du droit communautaire africain et du droit français révèle d'abord l'existence d'une diversité de degrés d'intervention du juge (titre 1). Elle révèle ensuite l'existence d'une communauté de moyens d'action processuels (titre 2).

¹²⁰ P. CAGNOLI, op. Cit. n° 3.

¹²¹ H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, t. 1, Sirey, 1961, n° 5.

¹²² O. STAES, Procédures collectives et droit judiciaire privé, thèse (dact.), Toulouse, 1995, n° 3.

TITRE 1 : UNE DIVERSITE DE DEGRES D'INTERVENTION

46. Le passage, du « *droit de la faillite* » au « *droit des entreprises en difficultés* » a conduit à un accroissement plus accusé des pouvoirs juridictionnels. Il ne s'agit plus, dans les procédures collectives, d'administrer seulement, voire de liquider un patrimoine. La modification quant à la finalité du droit de la faillite, passe inéluctablement par un renforcement des pouvoirs juridictionnels¹²³.

47. Bien que la sauvegarde de l'entreprise soit un objectif commun aux législateurs africain et français, force est de constater que des divergences existent entre les deux législations quant au degré d'intervention du juge dans le processus de sauvetage. Il semble bien que ces divergences aient un lien avec la nature contractuelle ou judiciaire que l'on voudrait bien donner aux accords passés entre le débiteur et les créanciers dans le cadre de l'élaboration du redressement de l'entreprise en difficulté¹²⁴. Plus le caractère contractuel des accords se manifeste, moins l'intervention du juge paraît intense. Mais, là encore, il importe de nuancer selon que le juge intervient à titre préventif (chapitre premier), ou, selon qu'il intervient à titre curatif (chapitre deuxième).

¹²³ B.Soinne, « *Prolégomènes sur une refonte du droit de la faillite* », D. 1976, Chron. 253.

¹²⁴ Sur la nature de tels accords voir notamment, A. MARTIN SERF, « *Réflexion sur la nature contractuelle du concordat* », Rev. de jurisp. Com, sept-oct 1980, p. 293 et s;

J. P. GASTAUD, « *La nature juridique du plan arrêté judiciairement* », Colloque CRAJEFE 1993, p. 37, et P. A., 16 juin 1993 ; S. NEUVILLE, *Le plan en droit privé*, th. Toulouse, 1994..

CHAPITRE 1 : LES DEGRES DE L'INTERVENTION DU JUGE A TITRE PREVENTIF

48. Le rôle du juge dans la prévention des difficultés de l'entreprise diffère selon que l'on se place dans le contexte du droit français ou du droit africain. Il suffit d'en retracer brièvement l'évolution dans l'un et dans l'autre cas pour s'en convaincre.

49. L'intervention du juge en France, à titre préventif, pourrait se situer à la première moitié du 20^e siècle. En vue de remédier aux inconvénients des concordats amiables alors en Cours au travers desquels, les créanciers se mettaient d'accord afin de consentir à leur débiteur en difficultés un « *moratoire général*¹²⁵ », le droit français a eu recours, notamment en 1937-1938, au « *règlement amiable homologué* » judiciairement institué par une loi du 25 août 1937¹²⁶. Bien que dans cette procédure, la décision de la majorité s'imposait à la minorité, il n'en demeurait pas moins que, le concordat ne produisait ses effets qu'à la suite d'une homologation par le Tribunal.

50. L'intervention du juge dans la prévention des difficultés de l'entreprise s'est par la suite manifestée au travers de l'ordonnance du 23 septembre 1967 instituant une procédure de suspension des poursuites hautement judiciaire et autoritaire. Cette procédure d'exception avait un objectif fondamentalement économique en ce que, elle n'était applicable qu'aux entreprises importantes, dont la disparition était de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale. La loi n° 84 – 148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés de l'entreprise modifiée par la loi du 10 juin 1994, a, une fois de plus, donné l'occasion au juge, d'intervenir dans le domaine de la prévention des difficultés de l'entreprise en instituant deux procédures préventives : l'alerte du Président du Tribunal et le règlement amiable.

51. La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 est venue confirmer cette tendance du législateur français à impliquer de plus en plus le juge dans la prévention des

¹²⁵ DERRIDA, *Concordat préventif et droit français*, Mélanges Hamel, p. 489, Paris, 1961.

¹²⁶ Cette procédure a pris fin le 31 décembre 1938.

difficultés de l'entreprise. Cette loi, à côté du droit d'alerte du Président du Tribunal, a institué deux autres procédures préventives qui permettent « *d'appréhender les difficultés de l'entreprise dès qu'elles deviennent prévisibles, avant même qu'elles ne se traduisent en trésorerie* »¹²⁷. Il s'agit d'une part de la conciliation¹²⁸ qui a remplacé le règlement amiable et, d'autre part, de la sauvegarde¹²⁹.

52. L'évolution du rôle du juge dans la prévention des difficultés de l'entreprise dans les Etats parties au traité OHADA est pauvre. De manière générale, alors que les législateurs modernes se préoccupent de définir les indices susceptibles d'assurer, de manière précoce, les difficultés de l'entreprise, les législations africaines souvent obsolètes, étaient loin de telles préoccupations¹³⁰. Ces législations étaient essentiellement tournées sur la protection du crédit, l'élimination et la répression des débiteurs insolvables et de mauvaise foi, la sauvegarde des droits des créanciers et la recherche de l'égalité entre eux. Elles s'articulaient autour de deux systèmes : le système de la faillite issu du Code de commerce de 1807 réservé aux débiteurs au comportement émaillé d'actes indignes et le système de la liquidation judiciaire institué par la loi du 4 mars 1889, réservé au débiteur dont la défaillance dans l'apurement de son passif relevait d'avantage de la maladresse que de la malhonnêteté¹³¹.

53. Avant l'avènement de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, seuls quelques Etats avaient, dans leurs législations respectives en matière de procédures collectives, institué des procédures préventives nécessitant l'intervention du juge¹³². Cet Acte uniforme institue, pour la première fois, dans les Etats africains de la Zone Franc et, dans le domaine du droit des entreprises en difficulté, une procédure de prévention des difficultés de l'entreprise avec l'intervention du juge : le règlement préventif. Il faut cependant relever que, dans la prochaine réforme annoncée du droit des entreprises en difficulté

¹²⁷ Exposé des motifs de la loi.

¹²⁸ Infra, n° 171 et s.

¹²⁹ Infra, n° 196 et s.

¹³⁰ P. G. POUGOUE, Compte rendu du XXI^{ème} congrès de l'IDEF sur le « droit des entreprises en difficulté », Libreville 6/13 1990, Rev. Jur. Afr., n° 2, 1990, p. 179 et s.

¹³¹ P. NGUIHE KANTE, thèse précitée, n°157.

¹³² Ainsi, en République centrafricaine, l'ordonnance n° 82 – 463 du 06 septembre 1982 avait institué une procédure de suspension des poursuites et d'apurement collectif du passif pour les entreprises d'intérêt national en situation financière difficile, mais non irrémédiablement compromise, à l'instar de l'ordonnance française du 23 septembre 1967 ; le Gabon (lois n° 7 et 8 – 86 du 4 août 1986) et la Guinée avaient élaboré des textes qui s'inspirèrent de la loi française du 1^{er} mars 1984.

de l'OHADA, il est envisagé d'instituer, à côté du règlement préventif, une nouvelle procédure préventive avant cessation des paiements, à savoir la conciliation¹³³ qui se veut une procédure « *amiable et confidentielle* » calquée sur le modèle français¹³⁴.

54. En revanche, il est regrettable que le législateur communautaire africain n'ait pas cru devoir, contrairement à son homologue français¹³⁵, faire intervenir le juge dans le cadre de la procédure d'alerte¹³⁶. Toujours est-il que l'observation révèle qu'alors que l'intervention du juge est plus intense dans le règlement préventif OHADA (section 1), elle est plus allégée dans le droit français de la prévention (section 2).

SECTION 1 : UNE INTERVENTION INTENSE DANS LE REGLEMENT PREVENTIF AFRICAIN

55. Le règlement préventif issu du droit de l'OHADA est « *une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation de l'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif* »¹³⁷.

56. Les origines du règlement préventif africain sont quelque peu controversées. Pour certains, le règlement préventif OHADA s'inspire du règlement amiable français tel qu'issu de la loi du 1^{er} mars 1984 modifié¹³⁸. Pour d'autres au contraire, l'institution africaine se serait éloignée du règlement amiable français, lequel ne paraissant pas indiqué, par ce que manquant de précision et ne présentant pas un grand intérêt comparativement au concordat amiable qu'il est loisible de conclure dans la pratique des affaires¹³⁹.

¹³³ L'article 4-2 nouveau de l'avant-projet d'amendements de l'AUPC dispose que « *la conciliation est ouverte aux personnes (...) qui connaissent des difficultés avérées ou prévisibles mais qui ne sont pas encore en état de cessation des paiements* ».

¹³⁴ Sur la procédure de conciliation en droit français, v. infra, n° 171 et s.

¹³⁵ Supra, n° 51.

¹³⁶ La procédure d'alerte est réglementée par les articles 150 à 158 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique.

¹³⁷ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 2.

¹³⁸ J. R. GOMEZ, op. cit. n° 13.

¹³⁹ M. POCANAM, *Le concordat préventif, remède aux difficultés des entreprises au TOGO*, 1994, dactylographié, 41 pages.

57. En réalité, le règlement préventif africain n'est point une création ex nihilo. Par ses aspects contractuels, il s'inspire fort bien de l'ancien règlement amiable français. Par ses aspects autoritaires, il rappelle la procédure de suspension des poursuites instituée par l'ordonnance du 23 septembre 1967. La parenté avec cette dernière procédure prend au demeurant du relief lorsqu'on s'intéresse aux pouvoirs décisionnels du juge aussi bien lors de la phase préparatoire du concordat préventif (paragraphe 1), que lors de sa phase d'élaboration (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : LES POUVOIRS DÉCISIONNELS DU JUGE LORS DE LA PHASE PRÉPARATOIRE DU CONCORDAT

58. Le champ d'application rationae personae du règlement préventif OHADA est Le même que celui du redressement judiciaire¹⁴⁰ et de la liquidation judiciaire¹⁴¹. Trois catégories de personnes sont ainsi susceptibles de recourir au règlement préventif : les personnes physiques commerçantes, les personnes morales de droit privé, commerçantes ou non, et les entreprises publiques ayant la forme d'une entreprise morale de droit privé¹⁴². Saisi à la requête du débiteur, dans le cadre d'une procédure qui se veut volontariste, le juge du règlement préventif¹⁴³ se voit doté d'un certain nombre de pouvoirs. Ces pouvoirs ont trait tantôt aux poursuites des créanciers ainsi qu'aux mandataires de justice (A), tantôt à la restriction des droits des débiteurs (B).

A. LES POUVOIRS DU JUGE RELATIFS AUX POURSUITES ET AUX MANDATAIRES DE JUSTICE

59. Les pouvoirs du juge du règlement préventif au regard des diverses poursuites engagées par les créanciers ainsi que par les mandataires de justice sont de deux

¹⁴⁰ Aux termes des dispositions de l'article 2(2) de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, « le redressement judiciaire est une procédure destinée à la sauvegarde de l'entreprise et à l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement ».

¹⁴¹ Aux termes des dispositions de l'article 2(3) de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, « la liquidation des biens est une procédure qui a pour objet la réalisation de l'actif du débiteur pour apurer son passif ».

¹⁴² Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 2.

¹⁴³ Le juge du règlement préventif est, selon les dispositions de l'article 8 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, le Président de la juridiction compétente et non le Tribunal, v. Tribunal Régional hors classe de Dakar, jugement n° 1373 du 11 juillet 2000, Sté GPL Dakar frais (Sarl), Ohadata J-04-340 ; Répertoire quinquennal Ohada 2000-2005, p.489.

ordres : d'une part le pouvoir de suspension des poursuites (1) et, d'autre part, le pouvoir de désignation des mandataires de justice (2).

1. La suspension des poursuites

60. Pour permettre de procurer à l'entreprise le temps nécessaire à l'élaboration effective de son concordat, les poursuites des créanciers sont suspendues¹⁴⁴. Cette suspension des poursuites revêt un caractère à la fois automatique (a) et général (b).

a) La suspension automatique

61. Il résulte des dispositions de la loi¹⁴⁵ que « *dès le dépôt de la proposition du concordat préventif, celle-ci est transmise sans délai, au président de la juridiction compétente qui rend une décision de suspension provisoire des poursuites individuelles...* ». Si l'on s'en tient à la lettre des dispositions légales, le président de la juridiction compétente est tenu de rendre une décision de suspension des poursuites dès qu'il est saisi. Il ne semble même pas qu'il ait à vérifier au préalable, l'état réel des difficultés de l'entreprise. Il aurait donc, à ce stade de la procédure, une compétence liée, ne jouant qu'un rôle passif.

62. L'automatisme accompagnant ainsi la suspension des poursuites se justifie peu et, pourrait devenir à la longue, source d'abus ainsi que le pensent, à juste titre, certains auteurs¹⁴⁶, alors et surtout qu'une telle décision est insusceptible de recours. La saisine du juge dans ce contexte, serait-elle manifestement dilatoire, que cette autorité judiciaire n'aurait aucun pouvoir de refuser le prononcé de la suspension des poursuites. De même, le juge sera tenu de prononcer la suspension des poursuites même en présence d'une demande tardive, c'est-à-dire lorsque l'entreprise est déjà en état de cessation des paiements ou, dans une situation irrémédiablement compromise, hypothèses toutes deux vraisemblables. Dans ce dernier cas de figure, on est du reste en droit de soutenir que l'intervention du juge est susceptible de constituer un frein au

¹⁴⁴ Ph. ROUSSEL – GALLE « *OHADA et difficultés des entreprises, étude critique des conditions et effets de l'ouverture de la procédure de règlement préventif* » R.J. com., fév-mars 2001, p.62 et s.

¹⁴⁵ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 8.

¹⁴⁶ En ce sens, Ph. ROUSSEL – GALLE, article précité.

sauvetage de l'entreprise, en raison de la perte de temps engendrée par la procédure inopportunément déclenchée par le débiteur. N'eut-il pas été alors plus indiqué de laisser une certaine marge de manœuvre au juge qui, dans l'hypothèse, par exemple, d'une demande tardive, disposerait du pouvoir d'ouvrir la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation ? Une autre alternative, pour le législateur communautaire africain, aurait consisté à confier, non pas au Président du Tribunal le pouvoir de décider de l'ouverture d'un règlement préventif, mais plutôt au Tribunal tout entier, comme cela était le cas dans la suspension des poursuites institué par l'ordonnance française du 23 septembre 1967.

63. Le législateur africain aurait sans doute gagné à s'inspirer du règlement amiable français issu de la loi n° 84 – 148 du 1^{er} mars 1984 modifié, en matière de suspension des poursuites, laquelle suspension, loin de revêtir un caractère automatique, était facultative. Seul le conciliateur¹⁴⁷, et non pas le débiteur, avait qualité pour saisir le juge aux fins de suspension des poursuites s'il estimait que cette mesure était « *de nature à faciliter la conclusion de l'accord* » entre le débiteur et ses créanciers. En raison de la portée générale de la mesure, le juge ne pouvait prendre une telle décision à la légère et se devait de la motiver. Au demeurant, c'est pour ne pas prendre une décision irréfléchie que la loi lui imposait de recueillir l'avis des « *principaux* » créanciers¹⁴⁸.

64. Le législateur communautaire africain ne semble pas être resté insensible aux faiblesses du dispositif en vigueur. Dans la perspective de la réforme du droit des entreprises en difficulté, il est prévu d'encadrer d'avantage la suspension des poursuites en matière de règlement préventif. Il est d'abord préconisé que la durée de la suspension des poursuites soit de trois mois avec possibilité de prorogation d'un mois¹⁴⁹. Il est ensuite préconisé que le Président de la juridiction compétente soit saisi à tout moment, par toute personne intéressée, lorsqu'il apparaît que le débiteur est en

¹⁴⁷ L'article 36 alinéa 1^{er} de la loi du 1^{er} mars 1984 modifié, prévoyait, en matière de règlement amiable, la nomination par le Président du Tribunal , d'un conciliateur ayant pour mission de « *rechercher la conclusion d'un accord avec les créanciers* ».

¹⁴⁸ Y. CHAPUT, « *l'office du juge dans le traitement précoce des difficultés* », in le nouveau droit des défaillances d'entreprises, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1995, p. 97 et s.

¹⁴⁹ Avant-projet d'amendements à l'AUPC, article 9, alinéa 1.

état de cessation des paiements¹⁵⁰. Cette disposition permettrait ainsi d'éviter de faire perdurer inutilement un règlement préventif.

65. La suspension des poursuites dans le cadre du règlement préventif OHADA apparaît, en définitive, comme un modèle autoritaire, autorité accentuée par le caractère général de la mesure.

b) La suspension générale

66. La décision de suspension des poursuites « *suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement des créanciers désignés par le débiteur et, nées antérieurement à ladite décision* ». La suspension concerne aussi bien les voies d'exécution que les mesures conservatoires¹⁵¹. Il convient en effet de relever que l'exercice de voies d'exécution est de nature à compromettre le redressement de l'entreprise en difficulté, du moment où il conduit à la saisie et à la vente du patrimoine indispensable à la poursuite de l'activité¹⁵². Le domaine de la suspension recouvre donc d'abord les actions en justice engagées avant ou après la décision de suspension et, tendant au paiement des créanciers. Il recouvre ensuite l'exercice des voies d'exécution par les créanciers chirographaires ou ceux, munis de privilèges généraux ou de sûretés réelles spéciales telles que, un privilège mobilier spécial, un gage, un nantissement ou une hypothèque¹⁵³. Le caractère général de la suspension n'est cependant pas absolu. Il souffre de nombreuses exceptions.

67. En premier lieu, la suspension ne s'étend point « *aux actions tendant à la reconnaissance de créances ou de droits contestés, ni aux actions cambiales dirigées contre les signataires des effets de commerce autres que le bénéficiaire de la suspension des poursuites individuelles* ». Les premières ne rompent pas l'égalité entre les créanciers. Les secondes découlent simplement de la rigueur du droit cambial et, il n'y a pas de raison que le droit commun des poursuites contre les tiers soit perturbé par une procédure préventive.

¹⁵⁰ Ibid , article 8-1.

¹⁵¹ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 9, alinéa 2. Pour l'application de cette disposition, v. T.P.I de Libreville, ordonnance de référé, Me Yves OGADANGA C/ BGFI Bank, Ohadata J-04-145 ; Répertoire quinquennal Ohada 2000-2005, p.502.

¹⁵² F. M. SAWADOGO, OHADA, Droit des entreprises en difficulté, Bruylant, 2002, n° 72, p.64.

¹⁵³ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 9, alinéa 3.

68. En second lieu, la suspension ne s'étend pas aux créances salariales sans limitation de montant, du fait, vraisemblablement, du caractère alimentaire desdites créances¹⁵⁴. L'extrême protection des créances salariales peut cependant constituer un obstacle sérieux au redressement de l'entreprise lorsque l'effectif des salariés y est important¹⁵⁵. En l'absence de toute précision légale, l'on admettra volontiers que, même la partie du salaire ne bénéficiant ni du privilège, ni du super privilège, échappe à la suspension des poursuites. Qui plus est, contrairement aux autres créanciers, les salariés ne peuvent consentir aucune remise, ni se voir imposer un délai non consenti par eux-mêmes¹⁵⁶ et, lorsque, d'aventure, ils acceptent de consentir un délai, celui-ci ne peut excéder un an¹⁵⁷. N'eût-il pas été plus indiqué, au titre de contribution à l'effort de redressement de l'entreprise d'admettre tout au moins, une suspension des poursuites sur la partie du salaire ne bénéficiant ni du privilège, ni du super privilège ?

69. Pareillement, les sûretés personnelles n'étant pas visées, il y a lieu d'admettre que les poursuites à l'encontre des codébiteurs ou cautions du débiteur restent possibles. Cet état de choses peut s'avérer préjudiciable au redressement de l'entreprise, en ce que, le dirigeant caution, conscient de ce qu'il peut être poursuivi en sa qualité de caution personnelle, peut être tenté de retarder la demande d'ouverture du règlement préventif. Il peut, de même, être tenté de payer les créanciers bénéficiaires de cette garantie avant l'ouverture de la procédure, rompant ainsi le principe d'égalité entre les créanciers¹⁵⁸.

70. Une autre préoccupation, en matière de restriction de domaine de la suspension a trait à la nature des créances concernées. IL résulte des termes de la loi¹⁵⁹ que, seules sont paralysées, les actions tendant à obtenir « *paiement des*

¹⁵⁴ Pour l'application de ce principe, v. CA Abidjan, arrêt n° 89 du 16 janvier 2001, Sté Word City C/Grodji Djokouchi Jean, Ohadata J-02-80 ; Répertoire quinquennal Ohada, 2000-2005, p. 502 ; v. également, CA Abidjan, arrêt n° 272 du 26 févr. 2002, ASH International Disposal C/ Damel Sany Solange, Actualités juridiques, n° 35-2003, p.35 ; Ohadata J02-156 et Ohadata J03-81 ; Répertoire quinquennal Ohada, 2000-2005, p.502.

¹⁵⁵ P. NGUIHE KANTE, thèse précitée, n° 170; cet auteur pense à juste titre que dans la plupart des cas, les créances salariales sont aussi importantes que celles des autres partenaires de l'entreprise.

¹⁵⁶ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 15.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Ph. ROUSSEL – GALLE, article précité.

¹⁵⁹ Cf. Acte uniforme portant organisation des procédures d'apurement du passif, article 9, alinéa 1.

créances ... ». La question qui se pose alors, est celle de savoir si, en l'absence de précision quant à la notion de créance, toutes les créances doivent être prises en compte pour l'application des dispositions légales, y compris, celles ne portant pas sur une somme d'argent. Il n'y a pas lieu de souscrire à cette thèse. Comme le relève à juste titre M. ROUSSEL – GALLE¹⁶⁰, le texte devrait connaître une interprétation restrictive, tant est qu'il ne paraît pas juste, dans le contexte du règlement préventif, que les contractants subissent les affres de la non exécution d'obligations de faire ou de ne pas faire, incombant au débiteur. L'entreprise est encore, par définition, in bonis et, rien ne justifie qu'elle bénéficie d'une protection excessive, sauf à elle, d'honorer, au minimum ses obligations de faire, sous peine d'une action en résolution à son encontre, susceptible, il est vrai, d'entraver son redressement du fait de la disparition de contrats importants. En revanche, si la demande en résolution se double d'une demande en paiement de dommages-intérêts, il y aurait, inévitablement là, matière à application du principe de la suspension des poursuites puisque, par définition, la demande en paiement de dommages-intérêts, constitue une demande de paiement d'une somme d'argent.

71. Enfin, le domaine de suspension des poursuites est restreint par la disposition légale qui veut que, les créances concernées soient celles visées par le débiteur dans sa requête¹⁶¹. Autrement dit, seul le débiteur a qualité pour spécifier les créances devant bénéficier de la suspension des poursuites.

72. Cette exigence légale liée à la désignation préalable par le débiteur des créances dans sa requête introductive d'instance en règlement préventif, si elle peut paraître salubre en ce que, elle lui permet de bénéficier pleinement de la protection judiciaire résultant de la procédure¹⁶², est cependant fort critiquable. En effet, outre qu'elle permet au débiteur de violer le principe de l'égalité des créanciers du fait de la faculté qui lui est laissée de ne pas désigner telle ou telle créance, elle lui permet surtout de favoriser certains créanciers au détriment des autres en omettant délibérément de les viser dans sa requête.

¹⁶⁰ Ph. ROUSSEL-GALLE, article précité.

¹⁶¹ CA Abidjan, arrêt n°1030 du 22 juillet 2003, K.BC C/Sté Equip-Agro CI, Ohadata J-05-193 ; Répertoire quinquennal Ohada, 2000-2005, p. 502.

¹⁶² Il faut en effet relever que la réclamation par les créanciers des créances importantes est susceptible de compromettre le redressement de l'entreprise.

73. Lors de la phase préparatoire du règlement préventif OHADA, le juge ne se borne pas à ordonner la suspension des poursuites individuelles. Cette mesure ne saurait être une fin en soi. Elle ne constitue qu'un moyen en vue de parvenir au sauvetage de l'entreprise. Aussi, le juge se doit en même temps de connaître, entre autres, la situation économique et financière de l'entreprise. Pour se faire, la loi lui permet de recourir à l'expertise de mandataires de justice.

2. La désignation d'un mandataire de justice

74. En même temps qu'elle ordonne la suspension des poursuites, la juridiction compétente désigne un expert aux fins de lui faire rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise¹⁶³, les perspectives de redressement compte tenu des délais et remises consentis ou susceptibles de l'être par les créanciers et toutes autres mesures contenues dans les propositions du concordat préventif¹⁶⁴. En fait, les pouvoirs et les prérogatives de l'expert sont loin d'être négligeables. Outre l'établissement du rapport, l'expert intervient activement dans la préparation du concordat préventif et exerce parallèlement une surveillance sur les actes du débiteur pendant la période de suspension des poursuites. Il doit notamment, signaler, les manquements relatifs aux restrictions imposés à ce dernier par la loi¹⁶⁵.

75. Une autre mission centrale de l'expert consiste à faciliter la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses créanciers sur les modalités de redressement de l'entreprise et de l'apurement de son passif. Dans cette optique, il entend le débiteur et ses créanciers en leur prêtant ses bons offices. Il convient cependant de relever que le législateur communautaire africain a été avare en précisions s'agissant des contours de cette mission qui dans tous les cas, ne saurait être une mission à connotation juridique¹⁶⁶. On peut cependant penser que la mission tendant à faciliter un accord

¹⁶³ Selon le Tribunal Régional hors classe de Dakar, l'appréciation de la situation économique du débiteur nécessite la désignation d'un expert, v. jugement n° 1373 du 11 juillet 2000, précité, Ohadata J-04-340.

¹⁶⁴ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 8.

¹⁶⁵ J. M NYAMA, *Droit des entreprises en difficulté*, CERFOD, 2004, p. 71.

¹⁶⁶ F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, n° 76, p. 67.

entre le débiteur et ses créanciers porte essentiellement sur les éléments de l'offre de concordat tels que prévus par la loi¹⁶⁷.

76. A cet égard, une similitude existe entre le droit français et le droit africain. Dans le règlement amiable français issu de la loi du 1^{er} mars 1984, le conciliateur nommé par le Tribunal avait pour mission « *de favoriser le fonctionnement de l'entreprise et de rechercher la conclusion d'un accord avec les créanciers* ». Ici aussi, la loi ne précisait pas l'objet de l'accord dont le conciliateur devait permettre la conclusion. Outre les délais et les remises de dettes, toutes mesures pouvaient être envisagées, non seulement dans l'accord, mais également pour favoriser le fonctionnement de l'entreprise¹⁶⁸. La nouvelle loi française de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 va dans le même sens, puisqu'elle permet au Président du Tribunal, saisi dans le cadre de la procédure de conciliation, de désigner un conciliateur ayant pour mission de « *rechercher la conclusion d'un accord avec les créanciers de l'entreprise* »¹⁶⁹.

77. Pour mener à bien sa mission, l'expert dispose de prérogatives particulières en matière d'informations. Il peut ainsi, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication par les commissaires aux comptes, les comptables, les représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociale, les établissements bancaires ou financiers, ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur¹⁷⁰. Si le choix d'octroyer à cet organe de telles prérogatives peut se justifier par le souci de lui permettre d'acquérir une connaissance parfaite de l'entreprise préalablement à l'exercice de sa mission, il reste que l'on se serait attendu à ce que d'aussi importants pouvoirs fussent accompagnés de précisions relatives aux qualifications et

¹⁶⁷ Aux termes des dispositions de l'article 7 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, il s'agit des mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise telles notamment les modalités de continuation de l'entreprise, les personnes tenues d'exécuter le concordat et l'ensemble des engagements souscrits par elles et nécessaires au redressement de l'entreprise.

¹⁶⁸ J. M. LUCHEUX, « *Les innovations dans la détection des difficultés des entreprises et dans les modalités de leur traitement amiable* », in le nouveau droit des défaillances d'entreprises, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1995, p. 81.

¹⁶⁹ Voir infra, n° 183.

¹⁷⁰ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 12.

compétences requises pour l'exercice d'une telle mission. Le législateur communautaire africain est malheureusement resté muet sur la question¹⁷¹.

78. l'on pourrait cependant s'interroger, à juste titre, sur, la marge de manœuvre dont dispose le juge dans la nomination de l'expert chargé de faciliter la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses créanciers. Dispose-t-il à cet égard d'une liberté absolue de son choix ou bien, la loi lui impose-t-elle des directives ? Le Président du Tribunal dispose d'une liberté absolue dans son choix. Tout au plus, la loi précise-t-elle que l'expert est soumis à certaines dispositions de la loi applicables au syndic en matière de nomination et révocation¹⁷². Ainsi, l'expert ne saurait être ni un parent, ni un allié du débiteur jusqu'au quatrième degré inclusivement. Par ailleurs, sa révocation peut être prononcée par la juridiction compétente, soit d'office, soit sur les réclamations qui lui sont adressées par le débiteur ou par les créanciers. Dans la réforme envisagée de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, il est prévu que le débiteur propose une personne susceptible désignée en qualité d'expert¹⁷³. Cette disposition, si elle venait à être définitivement adoptée, serait semblable à celle existant en droit français permettant au débiteur de proposer la personne susceptible d'être désignée administrateur dans le cadre de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire¹⁷⁴.

79. Il reste que cette situation n'entame nullement l'étendue des pouvoirs du juge lors de la phase préparatoire au concordat préventif ce d'autant plus que, à ce stade, il est également de son pouvoir de restreindre les droits du débiteur.

B. LES POUVOIRS RELATIFS À LA RESTRICTION DES DROITS DU DÉBITEUR

80. Dans la recherche du redressement de l'entreprise, il eût été, à tout le moins injuste, de n'imposer des sacrifices qu'aux seuls créanciers. C'est pourquoi, en contre-partie de la suspension des poursuites frappant les créanciers, le débiteur se

¹⁷¹ Sur le problème général de la qualité des personnels d'encadrement de la faillite, voir infra, n°.....

¹⁷² Ces dispositions sont celles prévues aux articles 41 et 42 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

¹⁷³ Cf, avant-projet d'amendements à l'AUPC, article 8, alinéa 2.

¹⁷⁴ Infra, n° 1330.

voit imposer les entraves à sa liberté d'action à compter de la décision de suspension des poursuites¹⁷⁵. Il est ainsi interdit au débiteur d'une part, de procéder au paiement des créanciers antérieurs (1) et, d'autre part, d'accomplir des actes de gestion déterminés (2). Il n'est pas alors inutile de s'interroger sur les sanctions à la violation de ces interdictions (3.)

1. L'interdiction de payer des créances antérieures.

81. La décision judiciaire de suspension des poursuites impose au débiteur une interdiction générale de payer, en tout ou partie, les créances nées antérieurement à cette décision¹⁷⁶. La loi ajoute cependant que seules sont concernées, les créances visées dans cette décision. En d'autres termes, seules les créances désignées par le débiteur et, par conséquent, soumises à la suspension des poursuites sont frappées d'interdiction de paiement. L'on conviendra, comme il a déjà été relevé¹⁷⁷, qu'il y a dans ces conditions, un risque de favoriser certains créanciers non intentionnellement visés par le débiteur dans sa requête, ceux-ci pouvant bénéficier d'un paiement auquel les autres n'auraient pas droit. La règle de l'interdiction ne semble pas cependant s'appliquer aux créances salariales, ce, en raison sans doute du caractère alimentaire desdites créances et également, par ce que le paiement des salaires est nécessaire pour la continuité de l'entreprise¹⁷⁸.

82. La décision de suspension des poursuites emporte également interdiction, pour le débiteur, de désintéresser les cautions ayant acquitté les créances nées antérieurement à la décision. Par le mécanisme de subrogation, la caution qui a payé, prend la place du créancier. En conséquence, elle ne peut avoir plus de droits que n'avait le créancier. Mieux, la caution est moins bien traitée que le créancier du moment où elle est frappée d'interdiction de paiement, qu'elle ait été ou non visée par le débiteur dans sa requête. Le projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif envisage de faire

¹⁷⁵ Et non à compter de la décision de règlement préventif comme le dispose, vraisemblablement par erreur, l'article 11 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif dès lors qu'à ce stade de la procédure, il n'y a pas encore une décision finale de règlement préventif mais plutôt une simple suspension des poursuites.

¹⁷⁶ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 11.

¹⁷⁷ Supra, n^{os} 169 et 170.

¹⁷⁸ J.M. LUCHEUX, article précité, p. 83.

bénéficier les cautions de la suspension des poursuites¹⁷⁹, de manière à rendre le règlement préventif plus attractif pour les cautions personnes physiques qui, en pratique, sont le dirigeant ou ses proches. Ce qui n'occulte pour autant pas l'interdiction faite au débiteur de poser certains actes de gestion.

2. *L'interdiction de poser certains actes de gestion*

83. La décision de suspension des poursuites a également pour effet d'interdire au débiteur d'accomplir des actes de disposition étrangers à l'exploitation normale de l'entreprise, ni de consentir aucune sûreté. Une telle mesure est vraisemblablement commandée par le souci de prévenir toute fraude aux droits des créanciers, lesquels méritent d'être rassurés en raison de leur contribution au redressement de l'entreprise. Il en va ainsi dans le règlement amiable agricole en France lorsque la suspension des poursuites a été ordonnée par le Président du Tribunal¹⁸⁰.

84. En somme, bien que le débiteur ne soit pas dessaisi, sa gestion doit cependant être limitée aux actes d'administration Courante. Les actes de disposition lui sont interdits, à moins qu'ils ne soient liés au fonctionnement normal de l'entreprise. L'on conviendra cependant que la cloison entre les deux catégories d'actes n'est pas d'une grande précision, ce qui rend ainsi vaine toute tentative d'énumération.

85. Les interdictions ainsi faites au débiteur peuvent disparaître si le Président du Tribunal compétent donne son autorisation par une décision motivée¹⁸¹. Le débiteur peut ainsi être autorisé, soit à payer tout ou partie d'une créance antérieure, soit à accomplir un acte de disposition étranger à l'exploitation normale de l'entreprise, soit enfin à consentir une sûreté. L'on relèvera, pour le regretter, qu'aucune directive n'est donnée par le législateur au juge quant aux critères d'appréciation de l'autorisation qu'il est appelé à donner au débiteur. N'y a-t-il pas, face à ce large pouvoir d'appréciation reconnu au juge, lieu de craindre un risque de collusion

¹⁷⁹ Il a ainsi été proposé dans l'avant-projet d'amendement à l'Acte uniforme, un alinéa 4 à l'article 9, permettant aux personnes physiques ayant consenti un cautionnement ou ayant affecté ou cédé un bien en garanti, de se prévaloir de la suspension provisoire des poursuites.

¹⁸⁰ F. PEROCHON et R. BONHOMME, op. cit., n° 85, p. 67.

¹⁸¹ L'autorisation du juge devrait, en toute logique procédurale, revêtir la forme d'une ordonnance rendue au pied d'une requête présentée par le débiteur.

frauduleuse entre ce dernier et le débiteur ? Il ne saurait en effet être perdu de vue que, outre qu'elles sont susceptibles de rompre l'égalité entre les créanciers, les décisions levant les interdictions faites au débiteur sont de nature à contribuer à la diminution de l'actif de l'entreprise qui constitue le gage des créanciers. Quoiqu'il en soit, l'énorme pouvoir d'appréciation reconnu au juge préventif africain en la matière, est tel qu'il reste incontournable dans le dispositif de prévention de sorte que, tout acte interdit accompli par le débiteur sans son onction, encourt sanction.

a) Les sanctions des actes accomplis par le débiteur sans autorisation judiciaire

86. Les sanctions à la violation des actes posés par le débiteur sans autorisation judiciaire sont de deux ordres. Elles sont d'abord d'ordre civil. Elles sont ensuite d'ordre pénal.

87. Sur le plan civil, les actes du débiteur fautif sont sanctionnés par une inopposabilité de droit¹⁸². L'inopposabilité ne s'attaque pas à l'acte lui-même, mais à ses effets. Comme le souligne M. BASTIAN, en laissant subsister l'acte, l'inopposabilité traduit simplement une inefficacité d'étendue plus ou moins variable à l'égard des tiers¹⁸³. En vertu de la sanction de l'inopposabilité des actes posés par le débiteur dans le cadre du règlement préventif africain, le créancier ayant reçu paiement se doit de rapporter la somme encaissée tout comme l'acheteur irrégulier d'un bien se doit de le restituer. Il reste cependant que la solution législative arrêtée par le législateur africain pose un problème de bon sens qui n'a pas manqué de retenir l'attention de certains auteurs¹⁸⁴. Du moment où les créanciers ne sont pas constitués en une masse dans la procédure, comment déterminer ceux à l'égard de qui les actes du débiteur doivent être déclarés inopposables ? A titre comparatif, l'on rappellera que dans le cadre du redressement judiciaire, les inopposabilités de la période suspecte profitent à la masse constituée dès le premier jour¹⁸⁵. En l'absence d'une masse dans le règlement préventif, les inopposabilités doivent-elles profiter aux créanciers pris individuellement et, dans l'affirmative, faudrait-il en limiter les effets

¹⁸² Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 11.

¹⁸³ BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, th. Paris, 1929, P. 354.

¹⁸⁴ P. G. POUGOUE et Y. KALIEU, *op. cit.* n° 57, p. 26.

¹⁸⁵ Cf. Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 67.

à tous les créanciers antérieurs ou seulement à ceux visés dans la décision de suspension ? Face à cette problématique, peut-être eût-il été plus indiqué d'opter pour la nullité comme sanction des actes incriminés du débiteur. Une telle sanction, opérant *erga omnes*, serait doublement justifiée. Outre qu'elle constitue la sanction naturelle en cas de défaut de pouvoir¹⁸⁶, dans la perspective de la continuation de l'exploitation et du redressement de l'entreprise, les biens ou valeurs recueillis du chef de la nullité des actes seraient réintégrés dans le patrimoine du débiteur.

88. L'inopposabilité, fût-elle de droit, est subordonnée à la mise en œuvre d'une action en justice. Seulement, on relèvera pour s'en étonner, que le législateur africain (à l'instar de son homologue français dans l'ancien règlement amiable), s'agissant de l'action en nullité des actes non autorisés interdits au débiteur¹⁸⁷, n'a pas cru devoir préciser les conditions de mise en œuvre d'une telle action. La loi ne précise pas le titulaire du droit d'intenter l'action en inopposabilité à l'encontre des actes non autorisés par le juge posés par le débiteur comme elle le fait pour l'action en inopposabilité des actes accomplis pendant la période suspecte¹⁸⁸. En l'absence de syndic dans la procédure de règlement préventif, il est permis de penser que tout créancier ayant intérêt puisse intenter l'action en inopposabilité. De même, la loi ne précise pas le délai dans lequel doit être exercée l'action en inopposabilité. S'agissant enfin de la juridiction compétente pour statuer sur ladite action, elle est la même que celle devant laquelle la procédure de règlement préventif a été ouverte, c'est-à-dire la juridiction compétente en matière commerciale¹⁸⁹, également compétente en matière de redressement judiciaire et de liquidation des biens¹⁹⁰. Cette compétence se justifie du fait que l'action en inopposabilité des actes accomplis par le débiteur sans autorisation, s'analyse en une contestation née de la procédure collective au sens de la loi communautaire africaine¹⁹¹.

89. Sur le plan pénal, le débiteur qui décide de se passer de l'autorisation du juge pour accomplir les actes incriminés, s'expose à des poursuites pénales du chef de

¹⁸⁶ GAILLARD, La notion de pouvoir en droit privé, *Economica*, 1985, n° 181.

¹⁸⁷ Y. CHAPUT, « *Les pouvoirs décisionnels du juge du règlement amiable* », *Les Petites Affiches*, n° 110 du 14 septembre 1994.

¹⁸⁸ Il résulte des dispositions de l'article 70 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif que seul le syndic a qualité pour intenter une telle action.

¹⁸⁹ Il faut cependant rappeler que dans la plupart des Etats parties au Traité OHADA, c'est la même juridiction (Tribunal de première instance ou de grande instance, Tribunal régional) qui connaît des affaires civiles et commerciales.

¹⁹⁰ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 3, alinéa 1.

¹⁹¹ *Ibid*, article 3, alinéa 2 ; sur l'extension de la compétence d'attribution du juge, v. *infra*, n° 430 et s.

banqueroute frauduleuse¹⁹². 41. Comparativement au droit français, il y a à ce sujet, une avancée du droit uniforme OHADA tant est que, dans ce règlement amiable français issu de la loi du 1^{er} mars 1984, la violation de l'interdiction faite au débiteur, par la décision de suspension des poursuites, sauf autorisation du Président du Tribunal, d'accomplir certains actes de gestion, à peine de nullité, n'était pas pénalement sanctionnée. L'action pénale peut être déclenchée devant le Tribunal correctionnel¹⁹³ soit par le ministère public, soit par tout créancier ayant intérêt, par voie de citation directe ou, par voie de constitution de partie civile.

90. Au plan de la répression, il résulte des dispositions de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif¹⁹⁴ que « *les personnes déclarées coupables de banqueroute... sont passibles des peines prévues pour ces infractions par les dispositions du droit pénal en vigueur dans chaque Etat partie* ». Le législateur communautaire renvoie ainsi, pour les peines applicables, aux dispositions pénales en vigueur dans chaque Etat partie. Pour M. SAWADOGO, l'objectif de ce renvoi serait lié au souci d'éviter que les peines, au cas où elles avaient été fixées de manière uniforme par la législation communautaire, ne fussent appréciées diversement dans les Etats parties, certains les jugeant excessives et, d'autres, les trouvant dérisoires¹⁹⁵.

91. Les pouvoirs décisionnels du juge ne se limitent pas à la phase préparatoire du plan de redressement, phase qui, théoriquement, s'achève avec le dépôt, par l'expert commis, de son rapport au greffe de la juridiction compétente. Ils vont au-delà et, embrassent la phase d'élaboration effective du concordat préventif.

¹⁹² Aux termes des dispositions de l'article 233, 2, 2° de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif sont punis des peines de la banqueroute frauduleuse, les dirigeants ayant, sans autorisation du président de la juridiction compétente, accompli un des actes interdits par l'article 11 dudit Acte.

¹⁹³ L'infraction de banqueroute frauduleuse constitue un simple délit dans la plupart des Etats parties au Traité OHADA d'où la compétence du Tribunal correctionnel.

¹⁹⁴ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 226.

¹⁹⁵ F. M. SAWADOGO, Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, in OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope 2002, p. 942.

PARAGRAPHE 2 : LES POUVOIRS DECISIONNELS DU JUGE LORS DE LA PHASE D'ELABORATION DU CONCORDAT PREVENTIF

92. Les aspects contractuels du règlement préventif africain ont été relevés¹⁹⁶. Aussi, dans la phase de conclusion du concordat préventif, on se serait attendu, de ce fait à ce que les seuls acteurs en présence fussent le débiteur et ses créanciers. L'on ne saurait en effet perdre de vue qu'avant que ne soit institué un contrôle judiciaire, les concordats se sont présentés à l'origine comme des « *concordats amiables* ». Rien n'empêche en effet à ce que, en l'absence d'une réglementation spéciale, tous les créanciers ou, du moins les principaux d'entre eux, se mettent d'accord en vue de consentir à leur débiteur commun en difficulté, un moratoire général¹⁹⁷. La validité de telles conventions repose sur le principe général posé par l'article 1134 du Code civil¹⁹⁸ en vertu duquel, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi des parties.

93. Le concordat préventif OHADA n'échappe pas à cette logique transactionnelle entre le débiteur et ses créanciers. Cependant, bien que l'accord entre le débiteur et ses créanciers constitue le socle sur lequel repose l'institution (A), il n'en demeure pas moins vrai que le juge a son mot à dire quand, il ne dicte pas tout simplement sa volonté aux parties contractantes (B).

A. L'EFFACEMENT DU JUGE

94. Au moment de l'introduction de sa requête aux fins de règlement préventif et, au plus tard dans les trente jours qui suivent, le débiteur est tenu à peine d'irrecevabilité de ladite requête, de déposer une offre de concordat préventif précisant les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise¹⁹⁹. L'expert commis prête alors subséquentment ses bons offices en vue de parvenir à la

¹⁹⁶ Supra, n° 57.

¹⁹⁷ F. DERRIDA, *Concordat préventif et droit français*, Mélanges Hamel, p. 489, Paris, 1961.

¹⁹⁸

¹⁹⁹ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 7.

conclusion d'un accord entre le débiteur et ses créanciers relativement aux modalités de redressement de l'entreprise et à l'apurement de son passif²⁰⁰.

95. Le débiteur ne dépose donc au greffe de la juridiction compétente, en même temps qu'il introduit sa requête aux fins de règlement préventif, qu'une simple offre de concordat. Il en résulte qu'à ce stade, il ne s'agit encore que d'une proposition tendant aussi bien à l'apurement du passif qu'au redressement propre de l'entreprise. Ces propositions sont susceptibles de susciter des contre-propositions de la part des créanciers, d'où le rôle de « *facilitateur* » de l'expert, pour le rapprochement des positions des uns et des autres. In fine, l'accord résultant de l'échange de volontés entre les parties, peut, soit maintenir en l'état l'offre du débiteur, soit conduire à la modification de celle-ci. C'est pour tenir compte de cet état de choses que l'expert est appelé à déposer un rapport qui contient, soit le concordat préventif proposé par le débiteur, soit celui conclu entre lui et ses créanciers²⁰¹.

96. En tout état de cause, un tel accord ne peut que résulter de l'application du droit commun des contrats. En effet, les auteurs se sont accordés assez vite sur une définition présentant le concordat comme « *une convention collective passée entre le débiteur et ses créanciers avec l'homologation de la justice, et par laquelle le débiteur s'engage à rembourser ses créanciers en tout ou partie, immédiatement ou à terme*²⁰². »

97. Dans le cas du règlement préventif OHADA, il est question que le débiteur parvienne avec chacun de ses créanciers à un accord portant sur les délais ou remises consentis, le créancier ne se prononçant qu'en fonction des mesures que le débiteur envisagerait de prendre en vue d'une part d'assainir rapidement l'entreprise et de garantir le paiement des créanciers²⁰³. Les délais et remises peuvent être différents d'un créancier à un autre. Les délais consentis ne sauraient excéder trois ans pour

²⁰⁰ Supra, n° 75.

²⁰¹ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 13.

²⁰² RIPERT et ROBLOT, Traité élémentaire de droit commercial, t. 2, 8^e éd. 1976 n° 3188 ; TOUJAS, jurisclas. Commercial, Liquidation des biens, règlement judiciaire, concordat, Fasc. I 10 n° 98, Rocher, précis Dalloz de droit commercial, 8^e éd. 1978 n° 348 ; ARGENSON et TOUJAS, Règlement judiciaire-liquidation-liquidation des biens et faillite, Traité et formulaire, 4^e éd. 1973, t. 2, n° 953.

²⁰³ F. M. SAWADOGO, op. cit., n° 78, p. 69.

l'ensemble des créanciers et un an pour les créanciers de salaires, sous peine de refus d'homologation du concordat par la juridiction compétente²⁰⁴.

98. La question se pose cependant de savoir si, en présence de délais excédant ceux imposés par la loi, la juridiction compétente se doit de rejeter automatiquement le concordat préventif ou si, elle dispose du pouvoir de ramener les délais au maximum légal. Il paraît réaliste de se rallier à la position de certains auteurs qui optent pour la seconde solution, laquelle aurait le mérite d'éviter de pénaliser le débiteur dont le redressement pourrait être entravé pour peu de choses²⁰⁵.

99. L'accord entre le débiteur et ses créanciers peut s'accompagner de mesures volontaires de restructuration de l'entreprise. Diverses, ces mesures peuvent être fonction des difficultés ayant justifié la demande de règlement préventif. Elles peuvent tout d'abord être liées aux modalités de continuation de l'entreprise : cession partielle d'actifs, cession ou location gérance d'une branche d'activité ou de la totalité de l'entreprise. Elles peuvent ensuite être liées au financement de l'entreprise. Il en va ainsi de l'augmentation de capital, de l'obtention des crédits bancaires, de la conclusion ou de la poursuite des contrats avec les fournisseurs. Elles peuvent enfin porter sur la gestion de l'entreprise. A ce titre, peuvent être notamment envisagés les licenciements pour motif économique, la réorganisation de la structure de l'entreprise avec remplacement de dirigeants.

100. Pareillement, dans la loi française de sauvegarde des entreprises, le caractère contractuel des accords entre le débiteur et ses créanciers est encore plus accentué. Dans la procédure de conciliation, le débiteur renégocie, aussi confidentiellement que possible, et à l'amiable sa dette avec les créanciers et sans suspension de poursuites²⁰⁶, précision étant cependant faite que le débiteur dispose de la possibilité d'obtenir de délais de grâce suspensifs de poursuites devant le juge compétent²⁰⁷. La procédure de sauvegarde, quant à elle, permet au débiteur, dans les entreprises de

²⁰⁴ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 15, alinéa 2.

²⁰⁵ P. G. POUGOUE et Y. KALIEU, op. cit., n° 193.

²⁰⁶ Infra, n° 173.

²⁰⁷ Code de commerce, article L.611-7, alinéa 5.

grande importance²⁰⁸, d'élaborer avec ses créanciers réunis en comités²⁰⁹, un plan visant à la réorganisation de l'entreprise, plan arrêté en définitive par le Tribunal²¹⁰.

101. Le principe de la liberté contractuelle n'est cependant pas absolu lors de la phase d'élaboration du concordat préventif. L'effacement du juge n'est en réalité, que temporaire, celui-ci a vite fait de réapparaître dans le jeu.

B. LA RÉAPPARITION DU JUGE

102. La réapparition du juge, lors de la phase de formation du concordat préventif se manifeste au travers du pouvoir d'homologation de l'accord intervenu entre le débiteur et ses créanciers. En effet, dans le délai de huit jours suivant le dépôt du rapport de l'expert, la juridiction compétente est appelée à statuer, dans un délai de trente jours, sur les mérites de la demande de règlement préventif. Trois hypothèses sont alors envisageables. Dans la première hypothèse, le Tribunal constate que le débiteur est en état de cessation des paiements et prononce conséquemment le redressement judiciaire ou la liquidation des biens. Dans la seconde hypothèse, tout en constatant l'absence de cessation des paiements, le Tribunal peut estimer que les conditions d'un concordat préventif ne sont pas réunies. Il s'ensuit le rejet de la demande de règlement préventif ainsi que l'annulation subséquente de la suspension des poursuites ordonnée en début de procédure, ce qui remet les parties au *statu quo ante*. Dans la troisième et dernière hypothèse, le Tribunal opte pour la solution du règlement préventif en homologuant le concordat préventif. Cette dernière hypothèse mérite de substantiels développements.

103. Pour M. Ivan BALENSI, l'un des signes contemporains du développement de la juridiction gracieuse²¹¹ est l'importance prise par la technique de l'homologation judiciaire des actes juridiques. Le législateur moderne a ainsi recouru à cette technique pour mettre sous la tutelle du juge les intérêts privés qu'il n'entendait pas laisser à la libre disposition des justiciables. L'homologation relève donc par

²⁰⁸ Sur les critères de détermination des entreprises éligibles, v. infra, n° 208.

²⁰⁹ Sur les modalités de constitution des comités, v. infra, n° 208 et s.

²¹⁰ Infra, n°209 et s.

²¹¹ La matière gracieuse qui s'oppose traditionnellement à la matière contentieuse se définit généralement comme celle où « en l'absence de litige, le juge est saisi d'une demande dont la loi exige, à raison de la nature de l'affaire ou de la qualité de requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle »

définition, de la matière gracieuse. Elle a un caractère non contentieux en ce que, le juge n'intervient pas pour mettre fin à un litige mais, plutôt pour faire produire son plein effet à l'accord des parties. Aussi, suivant l'analyse la plus classique, la fonction d'homologation n'aurait rien de juridictionnel. Les décisions du juge de l'homologation, loin de constituer des actes juridictionnels, relèveraient plutôt de l'imperium du juge et seraient de nature essentiellement administrative²¹².

104. Faut-il donc conclure que le juge appelé à homologuer le concordat préventif africain, ne jouerait qu'un rôle passif ? Serait-il simplement le témoin solennel de l'accord entre le débiteur et ses créanciers ? Rien n'est moins sûr. En réalité, le problème tient à la définition même de l'acte juridictionnel qui, depuis longtemps, est au cœur des débats non seulement des processualistes, mais également des publicistes²¹³. Il résulte de nombreuses théories développées²¹⁴ que la fonction juridictionnelle se limite au règlement des litiges et qu'en conséquence, il ne saurait y avoir d'acte juridictionnel sans contestation. Les décisions du juge de l'homologation étant de nature essentiellement administrative, elles sont rendues en l'absence de vérification juridictionnelle.

105. A cette thèse liée exclusivement aux décisions du juge de l'homologation, il convient sans doute d'adjoindre celle soutenue par une partie de la doctrine commercialiste et suivant laquelle, de manière générale, le juge des procédures collectives, ne statue plus en droit, mais en opportunité²¹⁵ ou que le règlement des procédures collectives utilise des techniques de nature fondamentalement économique en vue notamment d'assurer le redressement de l'entreprise²¹⁶.

106. La vérité est que le juge de l'homologation du concordat préventif a bien pour mission de dire le droit. Il statue après avoir opéré une vérification de nature juridictionnelle, après avoir procédé à une constatation. Or, sa constatation n'a de

²¹² GARÇONNET et Cézair BRU, *Traité de procédure civile et commerciale*, 3^e éd., 1925, t. I, n° 64.

²¹³ I. BALENSI, article précité, n° 24.

²¹⁴ Sur cette question, voir notamment : GUILLIEN, *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, thèse Bordeaux, 1931 ; WALLINE, « *Du critère des actes juridictionnels* », *Rev. Dr. Publ.* 1933 n° 569 ; CHAUMONT, « *Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel* », *Rev. Dr. Publ.* 1942, p. 93 ; MABILEAU, *De la distinction des actes administratifs et des actes juridictionnels*, thèse Paris, 1945 ; pour une synthèse des différents critères de l'acte juridictionnel : LAMPUE « *la notion d'acte juridictionnel* », *Rev. Dr. Publ.* 194, p. 6.

²¹⁵ S. NEUVILLE, *op. cit.*, n° 127.

²¹⁶ En ce sens également, J. BON, *Le rôle du juge*, in *Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire*, t II, p. 45 ; P. JEANNEROT, *L'intervention judiciaire dans les procédures de redressement judiciaire*, thèse, Paris I, 1992.

sens que par rapport à une règle de droit donnée dont il vérifie la réunion des conditions d'application pour en tirer les conséquences qui s'imposent²¹⁷. Précisément, la juridiction compétente ne peut homologuer le concordat préventif que si certaines conditions sont réunies. Il appartient au juge de procéder tantôt à un contrôle de régularité juridique, tantôt à un contrôle d'opportunité.

107. Le contrôle de régularité juridique à la charge du juge consiste pour lui, préalablement à l'homologation du concordat préventif, à vérifier si les règles de forme ou de procédures requises en la matière ont été respectées. De manière plus précise, la loi africaine veut que le Tribunal n'homologue le concordat que si les conditions de sa validité sont réunies, même si, l'on peut regretter que le législateur communautaire n'ait pas cru devoir apporter plus de précisions sur « *ces conditions de validité* ». Le contrôle consiste également à vérifier que l'offre de concordat préventif a été déposée dans les délais²¹⁸, ou encore que l'expert a respecté les délais à lui impartis pour le dépôt de son rapport. Il incombe pareillement au juge de vérifier que les délais consentis n'excèdent pas trois ans pour tous les créanciers et un pour les salariés²¹⁹.

108. Le contrôle d'opportunité consiste pour le juge de l'homologation à vérifier si l'octroi du concordat est opportun dans l'espèce qui lui est soumise. Dans cette optique, il lui appartient de vérifier que, d'une part, aucun motif tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public ne paraît de nature à empêcher le concordat et, d'autre part, que le concordat offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise, de règlement du passif et des garanties suffisantes d'exécution²²⁰. A l'évidence, il s'agit là d'une question de fait laissée à l'appréciation souveraine du juge. Toutefois, ainsi que le pense certains auteurs, le respect de cette condition constitue le gage de réussite du redressement de l'entreprise et, nécessite de la part du juge, un examen attentif de la situation de celle-ci, de des perspectives économiques à moyen terme,

²¹⁷ P. CAGNOLI, op. cit., n° 271.

²¹⁸ Aux termes des dispositions de l'article 7, alinéa 1 de l'AUPC, le délai imparti pour le dépôt de l'offre de concordat préventif est de 30 jours au plus tard suivant le dépôt de la requête en règlement préventif.

²¹⁹ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 15.2.

²²⁰ Ibid. ; l'on relèvera avec intérêt que le même contrôle d'opportunité est également requis du juge homologuant le concordat de redressement : cf. article 127 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

des éléments financiers permettant la continuation de son exploitation ainsi que l'apurement de son passif²²¹.

109. Mais, le juge appelé à homologuer le concordat préventif va au-delà de la vérification juridictionnelle. La loi lui permet d'imposer, de manière autoritaire, sa volonté aux « *créanciers refusants*. » De manière exceptionnelle, lorsque le concordat préventif comporte une demande de délais n'excédant pas deux ans, le Tribunal peut, d'autorité, rendre ce délai opposable aux créanciers ayant refusé tout délai ou toute remise²²². Une limite est cependant apportée par la loi à cette possibilité d'extension des délais : l'exclusion des délais ne peut avoir lieu que si elle ne met pas l'entreprise en péril. Le redressement de l'entreprise ne saurait en effet être recherché coûte que coûte, quitte à mettre dans les mêmes difficultés d'autres entreprises²²³. Aussi, doit-on admettre qu'une telle extension de délais ne devrait se faire qu'au cas par cas, en fonction de la situation particulière de chaque créancier, sauf à admettre, comme le suggère certains²²⁴, que l'exception ne devienne le principe lorsque les délais accordés n'excèdent pas deux ans, à charge pour chaque créancier de rapporter la preuve que sa situation personnelle lui permet d'échapper à cette extension²²⁵.

110. Il reste que, au plan de la technique juridique, l'opposabilité du concordat homologué aux créanciers n'y ayant pas volontairement consenti pose problème. Si l'on doit admettre, comme c'est le cas, que le concordat comporte une dimension contractuelle, tant le principe de la liberté contractuelle que celui de la relativité des conventions²²⁶ devrait s'opposer à ce que des créanciers ayant refusé d'être parties à l'accord soient impliqués contre leur gré. Au demeurant, pour certains juges africains, le concordat préventif a une nature contractuelle qu'il conserve même après son homologation par la juridiction compétente. Il ne s'impose dès lors qu'aux seuls créanciers qui y ont consenti²²⁷. Cette solution jurisprudentielle est en rupture avec les dispositions de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives

²²¹ P. NGUIHE KANTE, thèse précitée, n° 171.

²²² Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 15.2.

²²³ P.G. POUGOUE et Y. KALIEU, op. cit., n° 193.

²²⁴ Ibid.

²²⁵ Sur les conditions d'opposabilité des délais aux « *créanciers refusants* », Voir Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 1054 du 1^{er} déc. 2000, obs. F. M. SAWADOGO.

²²⁶ L'article 1165 du Code civil, consacrant ce dernier principe, dispose : « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux biens...* »

²²⁷ CA d'Abidjan, arrêt n°1129 du 8 nov. 2002, J. MAZUET C/ GOMPCCI, Ohadata J.03-03-291 ; Répertoire quinquennal OHADA, 2000-2005, p. 508.

d'apurement du passif qui permettent au juge homologateur de rendre opposable d'autorité les délais accordés aux « *créanciers refusants* ».

111. Faudrait-il s'aligner sur l'opinion doctrinale qui voudrait que le concordat ait une nature contractuelle pour les créanciers l'ayant accepté et, une nature judiciaire pour les autres²²⁸? Cette opinion ne paraît guère d'utilité en l'espèce tant est que, la Cour de Cassation française, a, depuis fort longtemps, posé le principe selon lequel, le concordat forme avec la décision d'homologation un tout indivisible²²⁹. En revanche, la notion de « contrat forcé » pourrait mieux expliquer la situation des créanciers non consentants victimes d'une imposition judiciaire de délais. Pour la doctrine, le contrat forcé est un « *rapport juridique créé soit directement par la loi, soit indirectement par l'intermédiaire du juge, sans la volonté des intéressés, mais soumis aux règles des obligations contractuelles* »²³⁰.

112. Dans l'hypothèse concernée, il y a bien un rapport juridique qui naît entre le débiteur et les créanciers non consentants, créé par le juge, contre le gré de ces derniers. Comme palliatif destiné à éviter que les créanciers non consentants ne paralysent le redressement de l'entreprise, il eût été certainement plus judicieux de s'inspirer du système français qui permet au juge, pour les créances non inclus dans l'accord homologué, d'accorder au débiteur des délais de paiement prévus par le droit commun²³¹. Une telle disposition aurait permis de mettre les créanciers consentants à l'abri des surprises pouvant résulter des exigences de créanciers non signataires de l'accord.

113. La portée de l'homologation de l'accord entre le débiteur et ses créanciers, en droit de la faillite, a fait l'objet d'abondants développements doctrinaux. Pour la doctrine majoritaire, l'homologation judiciaire n'est point une condition d'efficacité du concordat passé entre le débiteur et ses créanciers. L'accord ne tire pas sa force de l'homologation, même lorsque celle-ci est obligatoire. Comme toute convention, il ne

²²⁸ Lyon CAEN et RENAULT, t. 8, n° 1862.

²²⁹ Civ. 21 juill 1903, D. P. 1903, 1 594, conclus. BAUDOIN.

²³⁰ P. DURAND, « *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel* », RTD. civ., p. 73.

²³¹ Ces délais de paiement sont ceux de droit commun prévus par l'article 1244-1 du Code civil français ; le règlement amiable issu de la loi de 1984 (cf. article 36, alinéa 8), puis à sa suite la procédure de conciliation issue de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 (cf. article L.611-7, alinéa 5 du Code de commerce) ont expressément prévu cette possibilité. Toutefois, s'agissant de délais facultatifs, encore faut-il qu'ils soient expressément demandés.

tire sa force que de la volonté des parties, de sa force obligatoire²³². Une telle position mérite cependant d'être fortement nuancée et ramenée à sa juste proportion. Certes, dans l'élaboration du concordat, le juge, sous réserve de la possibilité exceptionnelle qui lui est offerte par la loi d'imposer des délais aux créanciers non consentants²³³, n'a en principe pas le pouvoir de modifier les accords concordataires, ni celui de tenir compte de nouvelles propositions présentées par le débiteur en Cours d'instance d'homologation. Mais il convient de se rappeler que, de manière générale en matière d'homologation, le rôle du juge est de parachever un acte incomplet qui, sans son intervention, serait dépourvu d'efficacité²³⁴. De la sorte, l'acte et le jugement qui l'homologue sont indissolublement liés l'un à l'autre et ne peuvent avoir d'effet l'un sans l'autre car, c'est de leur conjonction que naissent les effets juridiques recherchés.

114. Pour ce qui est précisément du concordat préventif OHADA, force est de relever que la phase d'homologation est une étape obligatoire. Là est toute la différence avec le règlement amiable français issu de la loi de 1984 dans lequel, l'homologation de l'accord entre le débiteur et ses créanciers n'était obligatoire que lorsque l'accord avait été conclu avec tous les créanciers et facultative lorsque l'accord n'avait été conclu qu'avec les principaux créanciers²³⁵. Le jugement d'homologation du concordat préventif africain apparaît ainsi, en définitive, comme une « *condition de forme à caractère solennel* », sans laquelle, l'accord entre le débiteur et ses créanciers serait privé d'effets voulus par les parties. De même, aujourd'hui, dans la procédure de conciliation française, l'accord entre le débiteur et ses créanciers peut être soit seulement constaté par le Président du Tribunal, soit homologué par le Tribunal.

115. Sur le fond, outre que la décision d'homologation du concordat met fin à la mission de l'expert et permet au débiteur de recouvrer la liberté d'administration et de disposition de ses biens, c'est à partir de son homologation que le concordat préventif devient obligatoire pour tous les créanciers antérieurs, qu'ils soient

²³² En ce sens voir notamment, « *Procédure de règlement amiable et droit commun* », Le nouveau droit des défaillances d'entreprises, Dalloz coll. Thèmes et commentaires, 1995, p. 103 ; A. MARTIN-SERF, article précité.

²³³ Supra, n° 109.

²³⁴ I. BALENSI, article précité, n° 33.

²³⁵ Loi du 1^{er} mars 1984 modifiée, article 36, alinéa 8.

chirographaires ou munis de sûretés dans les conditions de délais et remises qu'ils ont consentis au débiteur, sauf si le délai n'excédant pas deux ans, la juridiction compétente l'a rendu opposable aux «*créanciers refusants*. » Il en est de même à l'égard des cautions ayant acquitté les dettes du débiteur nées antérieurement à la décision²³⁶. Ce qui veut dire que la caution doit payer la créance sans pouvoir exercer un recours contre le débiteur principal²³⁷.

116. Contrairement à une certaine doctrine qui confère à l'homologation judiciaire de l'accord entre le débiteur et ses créanciers «*une portée essentiellement symbolique* »²³⁸, cette procédure revêt un intérêt certain. Tout d'abord, s'agissant d'une décision de justice constatant l'accord des parties sur un certain nombre de questions telles notamment le montant et l'échéance de certaines créances, elle présente l'intérêt, outre l'autorité de la chose jugée, d'offrir un titre aux parties désireuses d'engager une exécution forcée²³⁹. Ensuite, même si la loi communautaire ne le dit pas de manière expresse, l'homologation est susceptible d'apporter plus de sécurité juridique aux parties en ce que par exemple, les créanciers signataires de l'accord, devraient être, en principe, mis à l'abri d'action en responsabilité du fait du soutien apporté en vertu du concordat. Il se peut en effet que certains établissements de crédit ou certains fournisseurs soient mis en cause pour leur «*soutien abusif* » au débiteur²⁴⁰ pourtant en état de cessation des paiements, ayant ainsi aggravé sa situation obérée. Une fois l'accord homologué, il devrait être admis rationnellement que hors le cas de fraude, la ratification judiciaire écarte toute faute dommageable imputable à ces créanciers signataires de l'accord, tout comme devrait être écartée toute responsabilité des dirigeants de l'entreprise en difficulté²⁴¹ dans le cadre

²³⁶ Acte uniforme portant organisation des procédures d'apurement du passif, article 18, alinéa 1.

²³⁷ A comparer avec Cass. com. 5 mai 2004, n°01-03873, qui, pour éviter cela, décide que la caution bénéficie des délais et remises accordés par un créancier dans un règlement amiable.

²³⁸ Y. GUYON, op. cit.

²³⁹ F. DERRIDA et J.P. SORTAIS, «*Philosophie de la réforme* », observations critiques, Petites affiches, n° spéc. 14 sept 1994, p. 6, n° 8.

²⁴⁰ Le soutien abusif est prévu par l'article 118 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif aux termes duquel : «*les tiers, créanciers ou non, qui, par leurs agissements fautifs, ont contribué à retarder la cessation des paiements ou à diminuer l'actif ou à aggraver le passif du débiteur peuvent être condamnés à réparer le préjudice subi par la masse sur action du syndic agissant dans l'intérêt collectif des créanciers* ».

²⁴¹ En ce sens, F PEROCHON, op. cit., n° 70 pour les effets de l'homologation dans le cadre du règlement amiable.

notamment de l'action en comblement du passif²⁴² ou pour poursuite abusive d'une exploitation déficitaire²⁴³.

117. Peut-on cependant soutenir que l'homologation du concordat préventif purge cet acte juridique de tous les vices qu'il est susceptible de contenir ? Il est généralement admis par la doctrine que le juge de l'homologation n'a pas pour mission de vérifier toutes les conditions de validité de l'acte qui lui est soumis²⁴⁴. Sa vérification n'est que partielle et ne porte que sur les points que le législateur a bien voulu soumettre à son contrôle et, éventuellement, sur ceux ayant donné lieu à une contestation. Aussi, s'agissant du juge de l'homologation du règlement préventif, sa vérification devrait porter sur la réunion ou pas des conditions posées à l'article 15.2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

118. Il résulte en substance de cet article que la juridiction compétente n'homologue le concordat préventif que si : les conditions de validité dudit concordat sont réunies, aucun motif tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public ne paraît de nature à empêcher ledit concordat, ledit concordat offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise, de règlement du passif et des garanties suffisantes d'exécution, les délais consentis n'excèdent pas trois ans pour l'ensemble des créanciers et un an pour les créanciers de salaires²⁴⁵. Si les trois dernières conditions n'appellent pas d'observations particulières à ce stade, il n'en est pas de même de la première condition.

119. Quelle signification donner en effet à l'obligation faite par la loi au juge de n'homologuer l'accord entre le débiteur et ses créanciers que si « *les conditions de*

²⁴² Cette action prévue à l'article 183 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif a pour but de sanctionner civilement le dirigeant coupable de faute de gestion, ayant contribué à l'insuffisance de l'actif en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens de la personne

²⁴³ Il résulte des dispositions de l'article 184 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures d'apurement du passif qu'en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens d'une personne morale, peut être déclarée personnellement en redressement judiciaire ou en liquidation des biens, tout dirigeant qui a, sans être en cessation des paiements lui-même, poursuivi abusivement une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale.

²⁴⁴ I. BALENSI, article précité, n° 49.

²⁴⁵ Il est à noter que les trois premières conditions sont, à quelque chose près, identiques à celles requises pour l'homologation du concordat de redressement judiciaire ; voir article 127 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

validité du concordat sont réunies » ? Quel contenu donner précisément à l'expression « *conditions de validité* » ?

120. Une certaine opinion soutient que, l'Acte uniforme étant peu explicite, l'on pourrait se référer aux dispositions régissant le concordat de redressement judiciaire ainsi qu'aux conditions de validité de tout contrat²⁴⁶. Il y a lieu de se rallier à cette dernière approche fort intéressante en rapport avec les pouvoirs du juge de l'homologation. Elle permet de soutenir que, contrairement à ce qui est traditionnellement affirmé sur les limites imposées au juge quant à l'appréciation de la validité de l'acte à homologuer, le juge de l'homologation du concordat préventif OHADA, détient les pleins pouvoirs de par la loi et est, par voie de conséquence, compétent pour vérifier, outre la réunion des autres conditions légales exigées²⁴⁷, si le contrat passé entre le débiteur et ses créanciers est valide en tous points de vue, conformément aux règles régissant les contrats.

121. De cette affirmation découle une importante conséquence : l'intervention du juge purge le concordat de tous les vices qui peuvent en affecter la validité et rend quasiment irrecevable toutes actions en nullité contre l'acte homologué. L'autorité de la chose jugée fait alors obstacle à ce que, relativement à l'accord intervenu entre le débiteur et ses créanciers, de quelconques vices de consentement ou violations des dispositions d'ordre public soient invoqués postérieurement à l'homologation, le juge étant supposé avoir vérifié la réunion de toutes les conditions de validité de l'acte. L'on rappellera cependant que le législateur communautaire a prévu une hypothèse exceptionnelle d'annulation du concordat préventif après homologation. L'annulation est encourue en cas de dol « *du débiteur* » résultant d'une dissimulation d'actif ou d'une exagération du passif²⁴⁸. Lorsque cette hypothèse se réalise, le Tribunal doit prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens²⁴⁹.

122. Cette possibilité donnée au juge de vérifier, préalablement à l'homologation du concordat préventif, si les conditions de validité du concordat sont réunies est une

²⁴⁶ F. M. SAWADOGO, op. cit, n° 79.

²⁴⁷ Supra, n°s 108 et 109.

²⁴⁸ Acte uniforme portant organisation des procédures d'apurement du passif, article 140 ; cette cause d'annulation est commune au concordat de redressement judiciaire.

²⁴⁹ Ibid., article 141.

avancée notable en comparaison avec le droit français. Dans l'ancien règlement amiable, le législateur n'avait fixé, à l'attention du juge, aucun critère pour homologuer l'accord entre le débiteur et ses créanciers lorsqu'une telle homologation était envisageable²⁵⁰. Dans la loi nouvelle de sauvegarde des entreprises, si dans le cadre de la procédure de conciliation, le contrôle judiciaire permettra, sans doute d'assurer la sécurité juridique de la prévention particulièrement pendant la période « *à risque* » de l'état de cessation des paiements²⁵¹, il n'en demeure pas moins vrai que le législateur n'a pas, de manière expresse, prévu, parmi les critères d'homologation les conditions de validité de l'accord entre le débiteur et ses créanciers²⁵². Les pouvoirs du juge peuvent dès lors, en matière de vérification de l'accord entre le débiteur et ses créanciers, paraître restreints dans ce contexte et ne se limite que sur les points que le législateur a soumis à son contrôle, conférant ainsi à la vérification opérée un caractère partiel. N'est-ce pas là, en réalité, l'une des manifestations du caractère globalement allégé de l'intervention du juge dans le droit français de la prévention ?

SECTION 2 : UNE INTERVENTION GLOBALEMENT ALLEGÉE DANS LE DROIT FRANÇAIS DE LA PREVENTION

123. L'intervention judiciaire dans la résolution des difficultés de l'entreprise, au-delà de toutes les polémiques qu'elle suscite, reste et demeure une nécessité. Les tribunaux étant des structures par définition indépendantes, le caractère judiciaire de la procédure est une garantie pour le débiteur et les créanciers.

124. Même lorsque les parties sont d'accord, le droit des procédures collectives obéit à des règles impératives qui ne sauraient être écartées et qui, dès lors, nécessitent l'existence d'un contrôle tant est que, le juge est garant de l'ordre public et de l'intérêt général. L'obstacle majeur que constitue, traditionnellement, la méfiance des gestionnaires d'entreprises à l'égard du droit conduit tout opérateur

²⁵⁰ Y. CHAPUT, « *L'office du juge dans le traitement précoce des difficultés* », article précité, p. 99.

²⁵¹ G.TEBOUL, « *La réforme des procédures collectives : le retour* », les Petites Affiches, 4 novembre 2003, n° 220, p. 4. Cette préoccupation est prise en compte par l'article L. 631-8, alinéa 2 du Code de commerce.

²⁵² Voir article 7 de la loi du 26 juillet 2005 et sur la question, *infra*, n° 193.

économique à ressentir l'intervention judiciaire dans ses affaires avec crainte et réserve²⁵³.

125. La prise en compte de l'objectif de prévention suppose en conséquence une règle de droit souple, dont l'application laisse une grande place à la négociation conventionnelle, fût-ce sur des matières traditionnellement considérées comme d'ordre public²⁵⁴. Le législateur français en a tenu compte. Le passage d'un « *droit imposé* » à un « *droit négocié* » constitue ainsi une évolution importante due, pour l'essentiel, à la prise en compte des nécessités de la prévention des difficultés de l'entreprise²⁵⁵.

126. Le rôle du juge dans la prévention des difficultés de l'entreprise a été calqué sur cette évolution comme en témoigne son intervention dans les procédures de négociation amiable mises en place par le législateur (paragraphe 2). Mais, bien avant cela, beaucoup ont réclamé un système qui eût permis d'intervenir bien en amont de la cessation des paiements. Dès 1975, le rapport Sudreau²⁵⁶ a proposé l'instauration de « *clignotants* » dont l'objectif aurait été de mettre en garde le chef d'entreprise contre la survenance des difficultés. Les activités de prévention dans le traitement des risques des défaillances d'entreprises se sont développées avec la crise économique à partir de 1991 et il n'était plus question que le juge fût un simple spectateur passif des retards généralisés dans la déclaration par le défaillant de la cessation de ses paiements. Là aussi, le législateur a confié au juge une mission qui lui permet d'exercer ce que M. PERROT appelle « *une sorte de vigilance tutélaire sur les entreprises* ». Cette mission est exercée à travers l'exercice du droit d'alerte que lui reconnaît la loi (paragraphe 1).

²⁵³ M. ROUGER, « *Difficultés économiques et interventions judiciaires* », Mélanges A. HONORAT, éd. Frison-Roche, 2000, p. 187 et s.

²⁵⁴ M. JEANTIN et P. LE CANNU, op. cit., n° 438.

²⁵⁵ Sur ce point, voir l'étude du CERCRID (Université de Saint-Etienne), « *Pour une réflexion sur les mutations des formes du droit* », Procès, 1982, n° 9, p. 5 et s.

²⁵⁶ Rapport présenté par P. SUDREAU, doc. Française, 1975 et notamment, p. 137 ; Voir aussi, R. BRUNOIS, « Les entreprises en difficultés : les solutions préconisées par le Comité d'études présidé par P. SUDREAU et leur influence sur l'évolution de la législation in « *Aspects contemporains du droit des affaires de l'entreprise* », Etudes Azard, CUJAS, 1980, p. 47.

PARAGRAPHE 1 : L'INTERVENTION DU JUGE DANS L'EXERCICE DU DROIT D'ALERTE

127. Pour favoriser une prise de conscience rapide des difficultés, le législateur français a mis en place ‘*un dispositif léger, souple et peu coercitif*’²⁵⁷ inspiré du rapport SUDREAU précité. Partant de l’idée selon laquelle, les dirigeants risquent de ne pas voir ou de refuser de voir la réalité, ce rapport suggérait, en vue de favoriser la détection précoce des difficultés, de reconnaître aux « *diverses parties constitutives de l’entreprise, le droit de mettre en œuvre une procédure spéciale lorsqu’elles ont des éléments d’informations concordant et sérieux laissant présager l’existence de difficultés qui peuvent être lourdes de conséquences...* »²⁵⁸. C’est dans ce contexte que la loi du 1^{er} mars 1984 a créé plusieurs procédures²⁵⁹, dites procédures d’alerte « *destinées à attirer l’attention au sein de l’entreprise sur certains dangers menaçant celle-ci* »²⁶⁰.

128. La loi autorise plusieurs personnes à déclencher la procédure d’alerte. Parmi ces personnes, figure le juge. Avant d’examiner les modalités d’exercice du droit d’alerte du juge en droit français (B), il conviendra au préalable de faire, sur cette question, un rapprochement entre l’alerte en droit français et l’alerte en droit de l’OHADA (A).

A. L’ALERTE JUDICIAIRE EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT AFRICAIN : DES DIVERGENCES

129. Alors qu’en droit français, le juge joue un rôle capital dans l’exercice du droit d’alerte (1), il n’en est rien en droit africain où le juge ne figure pas parmi les personnes habilitées à déclencher cette procédure (2).

²⁵⁷ F. PEROCHON et R. BONHOMME, op. cit., n° 29, p.24.

²⁵⁸ Rapport SUDREAU, La réforme de l’entreprise, éd. 10-18, 1975 p. 177 et s.

²⁵⁹ C’est-à-dire, au sens large, un ensemble de règles à suivre dans une situation donnée, indépendamment de tout procès.

²⁶⁰ F. PEROCHON et R. BONHOMME, op. cit., n°29, p.25

1. Un droit d'alerte pleinement reconnu au juge français

130. En droit français, l'alerte du Président du Tribunal de commerce a pour source directe les cellules de prévention mises en place par de nombreux tribunaux de commerce²⁶¹. En effet, une pratique s'était instaurée depuis longtemps qui consistait, pour les Présidents des tribunaux de commerce, à recevoir, à leur demande, les dirigeants d'entreprises désireux de s'entretenir avec eux de la situation de leur entreprise. Cette pratique a connu un succès certain²⁶². Mais bien avant cette création prétorienne, l'article 34 de la loi du 1^{er} mars 1984 dont le texte a été supprimé par la loi du 10 juin 1994, avait déjà institué au profit du Président du Tribunal de commerce, la possibilité de convoquer les dirigeants des sociétés dont les comptes annuels faisaient apparaître « *une perte nette comptable supérieure à un tiers du montant des capitaux propres* ». Pour des raisons pratiques²⁶³, ce droit de convocation n'aura guère été utilisé²⁶⁴. L'article 34 de la loi du 1^{er} mars 1984, modifié par la loi du 10 juin 1994, a finalement procédé à la légalisation du droit d'alerte du Président du Tribunal de commerce et du Président Tribunal de Grande Instance²⁶⁵. La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, tout en renforçant de manière générale, les pouvoirs du Président du Tribunal en vue d'améliorer la détection des difficultés des entreprises²⁶⁶, maintient presque inchangé, le pouvoir de convocation des dirigeants par le juge²⁶⁷. Cette situation n'a malheureusement pas son équivalent en droit africain.

²⁶¹ J. PH HAEL, « *La consécration du droit d'alerte du Président du Tribunal* », commentaire de l'article 34 de la loi du 1^{er} mars 1984, modifié par la loi du 10 juin 1994, relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, Les Petites Affiches, n° 117 du 30 septembre 1994, n° 15.

²⁶² Selon les chiffres donnés par le Professeur Jean Philippe HAEL dans l'article précité, au niveau du Tribunal de commerce de Paris, ont ainsi respectivement reçus : 150 chefs d'entreprise en 1989, 600 en 1999, 1000 en 1991, 1800 en 1992, 2114 en 1993.

²⁶³ Il aurait fallu pour cela analyser les comptes déposés au greffe, ce qui a été manifestement impossible pour le Président du Tribunal ou un juge délégué.

²⁶⁴ Journée d'étude de l'Institut du droit de l'entreprise de l'université de Poitiers, 15 mai 1987 : « *La prévention des difficultés des entreprises après deux années d'application* », J.C.P.E. 1987. II. 15066, P. 615.

²⁶⁵ J. Ph. HAEL, article précité, n° 34.

²⁶⁶ Ce renforcement des pouvoirs du Président du Tribunal résulte particulièrement des dispositions légales selon lesquelles, possibilité lui ait donnée d'adresser, de sa propre initiative, une injonction de faire à bref délai et sous astreinte, aux dirigeants d'une société commerciale qui n'ont pas procédé au dépôt de leurs comptes annuels dans les délais prévus par les textes applicables (cf, Code de commerce, article L.611-II, nouveau).

²⁶⁷ Infra, n° 136 et s.

2. *Un droit d'alerte refusé en droit de l'OHADA*

131. Le législateur communautaire africain n'est pas resté en marge de l'évolution contemporaine du droit des entreprises en difficultés caractérisée notamment par la recherche de la sauvegarde des entreprises et des emplois qui s'y attachent. A travers l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêts économiques, il a mis en place un système de détection précoce des difficultés au sein des entreprises en recourant aux mécanismes d'alerte.

132. Certes, des critiques se sont élevées ici et là à l'endroit de ces mécanismes issues de droit de l'OHADA, lesquels mécanismes constituent une innovation pour la plus part des Etats Parties au traité OHADA. Ces critiques ont porté tantôt sur le caractère limitatif des bénéficiaires de l'alerte²⁶⁸, tantôt sur le caractère limitatif et facultatif de la lettre des associés²⁶⁹, tantôt enfin sur le caractère vague et imprécis des critères de déclenchement de l'alerte²⁷⁰. D'aucuns sont même allés jusqu'à se poser la question de savoir s'il ne fallait pas supprimer les procédures d'alerte en vigueur dans l'espace OHADA²⁷¹.

133. Quelle que soit la pertinence de toutes ces critiques, le mérite qui revient au législateur communautaire africain, est d'avoir prévu dans le dispositif cet outil de prévention des difficultés des entreprises somme toute perfectible sur les points objets des critiques sus énoncées.

134. On peut cependant regretter qu'au niveau des personnes habilitées à déclencher l'alerte, le législateur communautaire africain se soit limité aux personnes internes à l'entreprise²⁷² et, n'ait pas cru de voir étendre cette faculté tout au moins au juge qui, en raison de son autorité personnelle et, agissant en dehors de tout *imperium* judiciaire, aurait bien pu aider valablement les chefs d'entreprises à prendre conscience de leurs difficultés. La situation est d'autant regrettable que dans le

²⁶⁸ F.M.SAWADOGO, Droit des entreprises en difficulté, op. cit., p.5.

²⁶⁹ E. MOHO FOPA, Réflexions critiques sur le système de prévention des difficultés des entreprises de l'OHADA, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2006, p.19.

²⁷⁰ P. NGUIHE KANTE, « Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA », article précité, n°...

²⁷¹ D. TAKAFO KENFACK, « Faut-il supprimer l'alerte dans l'espace OHADA ? », Juridis périodique, n°81, jan-fév-mars 2010, p.105.

²⁷² C'est à dire le commissaire aux comptes et les actionnaires.

contexte africain, la majorité des entreprises est constituée d'entreprises de tailles moyennes, dans lesquelles, en raison des facteurs conjugués liés à la méconnaissance du droit des entreprises en difficulté et aux pesanteurs socioculturelles²⁷³, il n'est pas certain que les dirigeants aient le recul nécessaire pour réagir au moment opportun. L'intervention judiciaire aurait pu donc compenser ce déficit.

135. Le fait que le juge africain ne dispose pas du pouvoir de déclencher l'alerte, ne signifie pas pour autant que ce dernier soit totalement absent des procédures d'alerte entendu au sens large du terme. Le juge y est en effet présent dans le cadre du droit d'alerte des associés. Il faut à cet égard rappeler qu'aussi bien dans les sociétés anonymes que dans les autres sociétés, tout actionnaire ou tout associé peut, deux fois par exercice, adresser des questions écrites au dirigeant de la société concernée²⁷⁴ sur « *tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* »²⁷⁵ et ce, indépendamment du pourcentage du capital détenu comme c'est le cas en France²⁷⁶. La réponse qui doit être faite dans un délai d'un mois, est alors adressée avec une copie de la question à l'associé ou à l'actionnaire ainsi qu'au commissaire aux comptes s'il en existe un. Mais, à côté de ces questions écrites, la procédure d'expertise de gestion permet à un ou plusieurs associés représentant au moins le cinquième du capital social, de demander soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, « *au Président de la juridiction compétente du siège social, la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion* »²⁷⁷. S'il est fait droit à cette demande, le juge détermine l'étendu de la mission et les pouvoirs des experts dont les honoraires sont supportés par la société et dont les rapports sont adressés au demandeur et aux organes de gestion, de direction ou d'administration²⁷⁸.

136. Il apparaît ainsi que l'intervention du juge en droit africain dans le cadre du droit d'alerte des associés est une intervention indirecte donnant lieu à une procédure

²⁷³ Infra, n° 1244.

²⁷⁴ Il peut s'agir du Gérant, du Président du Conseil d'Administration de la société anonyme, du Président Directeur Général, du Directeur Général ou de l'Administrateur Général, selon le cas.

²⁷⁵ Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, articles 157 et 158.

²⁷⁶ En France, il est exigé que l'actionnaire ou le groupe d'actionnaires désireux d'adresser des questions écrites au dirigeant, représente au moins le dixième du capital social, cf. article 226-1 de la loi du 24 juillet 1966.

²⁷⁷ Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, article 159. Pour l'application de ces dispositions textuelles, v. CA d'Abidjan, arrêt n°376 du 2 mars 2004, sté METALOCK PROCESS Sarl C/ TOURREGUITART, Ohadata J04-489 ; Rép. Quinquennal OHADA, 2000-2005, p.652.

²⁷⁸ Ibid., article 160.

contentieuse relative à l'expertise de gestion et, par voie de conséquence, longue²⁷⁹ alors même que, pour être efficace, les procédures d'alerte doivent s'inscrire dans un contexte de célérité²⁸⁰. *A contrario*, une intervention directe du juge, agissant non pas comme organe juridictionnel, mais comme « notable » susceptible d'apporter son concours à l'entreprise à un moment où des décisions rapides s'imposent, s'avère être la voie la plus indiquée. Il en est ainsi en droit français où les modalités d'exercice du droit d'alerte reconnu au juge méritent à tout le moins d'être définies.

B. LES MODALITÉS D'EXERCICE DU DROIT D'ALERTE DU JUGE EN DROIT FRANÇAIS

137. Dans le droit français de la prévention des entreprises en difficulté, le droit d'alerte reconnu au juge apparaît d'abord comme un droit généralisé et éclairé (1). Il apparaît ensuite comme un droit d'exercice souple (2).

1. Un droit d'alerte généralisé et éclairé

138. Aux termes des dispositions de l'article L 611 - 2, alinéa 1 du Code de commerce issu de la loi du 10 juin 1994 : « *lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure qu'une société commerciale, un groupement d'intérêt économique, ou une entreprise individuelle commerciale ou artisanale connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, ses dirigeants peuvent être convoqués par le Président du Tribunal de commerce pour que soient envisagées des mesures propres à redresser la situation.* » La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 a maintenu ce dispositif, étant entendu que la convocation est faite selon les modalités prévues par les articles R.611 et suivants du Code de commerce. Elle a en outre renforcé les pouvoirs du Président du Tribunal .

²⁷⁹ En ce sens, Y. GUYON, Droit des affaires, op. cit., n°1060, p.66.

²⁸⁰ A ce propos, il a précisément été jugé que l'expertise de gestion n'est pas en soit une procédure d'urgence et le juge des référés ne pouvait intervenir en cette matière qu'en cas d'urgence (lorsque par exemple, le retard dans la décision à intervenir risque de mettre en péril les intérêts d'un ou de plusieurs associés), v. Tribunal Régional de Dakar, ordonnance de référé n°901 du 9 août 1999, Ohadata J.02-198, Répertoire quinquennal OHADA, 2000-2005, p.653.

139. Il y a, de par la loi, une généralisation de l'alerte reconnu au juge. Mais, contrairement au droit antérieur, cette généralisation ne touche plus la personne même du juge en ce que, le droit d'alerte ne peut être désormais exercé que par le Président du Tribunal de commerce puisque, l'ancien article L.611-5 du Code de commerce qui concernait également le Président du Tribunal de Grande Instance n'a pas été repris par la loi du 26 juillet 2005. Cette généralisation touche en revanche le champ d'intervention du juge en ce que, initialement conçu pour les sociétés dont les comptes faisaient apparaître « une perte nette comptable supérieure à un tiers du montant des capitaux propres » et limité aux sociétés commerciales et groupements d'intérêts économiques non astreints à tenir une comptabilité prévisionnelle, le droit d'alerte, depuis la loi du 10 juin 1994, concerne à la fois, les sociétés commerciales, les groupements d'intérêt économique et les entreprises individuelles commerciales ou artisanales .

140. Le pouvoir de convocation reconnu ainsi au juge lorsque l'entreprise « connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ne s'exerce point ex nihilo ». Le juge ne convoque le chef d'entreprise que lorsqu'il est informé d'une telle situation par « tout acte, document ou procédure ». Les sources d'informations du Président du Tribunal sont, à cet égard multiples.

141. Les premières sources d'information permettant d'évaluer l'état des dettes d'une entreprise et ses éventuelles difficultés de gestion, sont les données disponibles dans les greffes des tribunaux. Comme le relève fort à propos M. Michel ROUGER, état civil et casier judiciaire de l'entreprise, le greffe est le comptable de la naissance, de la mortalité et des prémices des défaillances des entreprises. Les principaux critères de détection dont dispose le juge en provenance du greffe sont ainsi constitués notamment par les inscriptions de privilège du trésor, de l'URSSAF et des protêts, la perte de plus de la moitié du capital social, les capitaux propres devenus inférieurs à la moitié du capital social, les démarches de report des dates d'assemblées générales, les radiations à l'audience après désistement dans le cadre des demandes de redressement judiciaire, les demandes de paiement et injonctions de payer multiples à l'encontre d'une même entreprise, le non dépôt des comptes annuels. Le traitement informatisé de ces informations permet d'établir un panel de clignotants et de ratios.

142. Des sources d'information externes peuvent permettre au juge d'être informé de la situation de l'entreprise au cas où le chef d'entreprise est réticent à donner des informations utiles. Ces secondes sources d'information résultent des dispositions de l'alinéa 2 du nouvel article L 611-2 du Code de commerce. En vertu de ce texte et, à l'issue de l'entretien ou si les dirigeants ne se sont pas rendus à sa convocation, *«le Président du Tribunal peut, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication, par les commissaires aux comptes, les membres et représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociale ainsi que les services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiements, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur»*.

143. Le pouvoir spécial qui permet d'obtenir des tiers des informations fiables sur la situation économique et financière de l'entreprise a, à l'évidence, une utilité psychologique certaine. Elle permet de faire planer une menace plus nette sur les chefs d'entreprise qui ne réagissent pas vigoureusement aux difficultés, sans qu'il y ait toutefois, à leur encontre, une contrainte immédiate.

144. En dépit des pouvoirs d'investigation assez étendus dont dispose le Président du Tribunal, celui-ci, dans la pratique et, au regard même de l'objectif poursuivi par cette procédure, exerce son droit d'alerte avec souplesse.

2. Un droit d'alerte d'exercice souple

145. Même s'il faut admettre à la faveur de la réforme française du 10 juin 1994, en rapport avec le droit d'alerte du Président du Tribunal que celui-ci est devenu la *« véritable clé de voûte de la prévention »*²⁸¹, l'on doit également reconnaître que cette mission d'alerte reconnue au juge ne constitue qu'une faculté pour lui. A cet égard, l'article 34 nouveau de la loi du 10 juin 1994 précise que les dirigeants

²⁸¹ A.COURET, « *Le traitement non judiciaire des difficultés des entreprises* » in *La réforme de droit des entreprises en difficulté*, Montchrétien, 1995, p. 13 et s.

« *peuvent être convoqués.* » Il ne dispose pas que les dirigeants « *sont* » convoqués. Il en résulte que rien n'oblige le juge à convoquer les dirigeants de toutes les entreprises dont la situation alarmante lui aura été signalée.

146. Par ailleurs, la loi laisse aux présidents des tribunaux, une totale liberté quant à l'organisation du déroulement de l'alerte. Tout au plus se borne-t-elle à indiquer la finalité de l'entretien qui, faut-il le rappeler, est d'envisager les mesures propres à redresser la situation de l'entreprise. Des précautions sont prises afin que la convocation du chef d'entreprise par le juge garde un caractère confidentiel²⁸² et que l'entretien se déroule dans un climat convivial.

147. Mais, de quels pouvoirs de persuasion dispose le Président du Tribunal à l'égard du chef d'entreprise lors du déroulement de l'entretien ? En réalité, la mission du juge est imprécise²⁸³. Le juge ne dispose d'aucun pouvoir de contrainte à l'égard du chef d'entreprise. Son rôle n'est pas contentieux et il agit en dehors de tout *imperium* judiciaire. En convoquant le chef d'entreprise, le Président du Tribunal procède à une simple « *offre d'écoute* »²⁸⁴. Cette offre d'écoute est cependant sans pouvoir coercitif²⁸⁵. Le Président du Tribunal, dans l'exercice de son droit d'alerte, écoute le dirigeant, s'informe sur l'état de son entreprise et, éventuellement, l'informe sur les possibilités qui s'offrent à lui, en termes de « *mesures propres à redresser la situation.* » Le juge prendra garde de ne pas donner de conseils²⁸⁶ au dirigeant ou de le laisser croire qu'il lui en a donné²⁸⁷. Il le fera d'autant moins que le risque est réel que le chef d'entreprise se prévale de cet entretien pour rassurer ces clients. C'est ainsi que dans une espèce, le gérant d'une société à responsabilité limitée mise en liquidation judiciaire et condamnée à combler la totalité de l'insuffisance d'actif et aux peines de la faillite personnelle, avait fait valoir qu'il avait, bien avant la survenance de cet état de choses, sollicité et obtenu une entrevue avec le Président du Tribunal du commerce, lequel lui avait démontré, à cette

²⁸² Sur le caractère confidentiel du droit d'alerte du Président du Tribunal, v. *infra*, n° 838.

²⁸³ Y. GUYON, *op. cit.*, n° 1061

²⁸⁴ En ce sens, A. M. ROMANI, « *Les techniques de prévention des risques de défaillance des entreprises* » in, « *Procédures collectives et droit des affaires, morceaux choisis : mélanges en l'honneur d'Adrienne HONORAT* », éd. Frison-Roche, 2000, p.172, spéc. p. 179.

²⁸⁵ Cette situation est déplorée par une certaine doctrine. En ce sens, voir F. DERRIDA, J. P. SORTAIS, « *Philosophie de la réforme, observations critiques* », *Petites Affiches*, 14 sept. 1994, n° 110, p. 7, 2^e coll.

²⁸⁶ Ph. ROUSSEL GALLE, « *Les acteurs de la prévention des difficultés des entreprises : Dict. permanent difficultés des entreprises* », févr. 2007, *Bull.* 279, p. 4664.

²⁸⁷ J. PH. HAEL, article précité, n° 60.

occasion, que l'entreprise était redressable et que, par voie de conséquence, il n'y avait pas lieu à dépôt de bilan. La chambre commerciale de la Cour de cassation a rejeté net ce moyen de pourvoi en énonçant que : « *la responsabilité de l'absence de déclaration de cessation des paiements dans le délai incombe exclusivement au dirigeant, même dans le cas où, il n'a différé sa déclaration que sur les conseils d'un tiers*²⁸⁸. »

148. En somme, il est question pour le juge, agissant dans sa mission de prévention, d'inciter simplement le chef d'entreprise à agir promptement avant qu'il ne soit trop tard. Parce qu'il est lui aussi commerçant, le Président du Tribunal sera à même, mieux que quiconque, de mettre son expérience au service d'un de ses pairs, sans pour autant lui formuler directement des conseils, comme le psychanalyste qui écoute en silence son patient²⁸⁹.

149. Quel peut être le résultat de l'entretien entre le juge et le chef d'entreprise ? Plusieurs hypothèses sont envisageables. Lorsque le redressement de l'entreprise paraît possible, le Président du Tribunal peut inviter le chef d'entreprise à recourir à la procédure de conciliation. Lorsqu'au contraire, la cessation des paiements est déjà intervenue, il invitera le chef d'entreprise à déposer le bilan. Dans cette dernière hypothèse, l'on est en droit de s'interroger, à juste titre, sur le point de savoir si le juge ayant convoqué un dirigeant dans le cadre de la procédure d'alerte peut intervenir dans la procédure collective ultérieure sans qu'il se pose un problème d'« impartialité fonctionnelle »²⁹⁰. Même si le droit à un procès équitable n'impose peut-être pas, de manière absolue, au juge ayant connu de la « prévention détection » d'intervenir dans la procédure collective, selon M. ROUSSEL GALLE²⁹¹, un tel juge pourra toujours être soupçonné de partialité dès lors qu'il aura pris connaissance auparavant de divers éléments que le dirigeant lui aura confiés sans crainte lors de l'entretien. Aussi, cet auteur suggère-t-il d'éviter qu'un même juge intervienne dans

²⁸⁸ Com. 30 novembre 1993, Le quotidien juridique, 19 mai 1994, p. 2 ; Bulletin Joly, 1994, p. 410, n°122, note PETEL.

²⁸⁹ Y. GUYON, op. cit, n° 1061.

²⁹⁰ Sur la question de l'indépendance et de l'impartialité du juge de l'entreprise en difficulté, v. infra, n° 1420 et s.

²⁹¹ Ph. ROUSSEL GALLE, Réforme du droit des entreprises en difficulté, de la théorie à la pratique, Litec, 2^e édit., n° 65, p. 41.

le cadre de la prévention et dans le cadre de la procédure collective d'un même débiteur²⁹².

150. Le Président du Tribunal pourrait également fixer un nouveau rendez-vous au chef d'entreprise et, dans l'intervalle, diligenter une enquête sur la situation économique et financière de l'entreprise²⁹³. Il pourrait enfin, mais avec l'accord du chef d'entreprise, désigner un mandataire « ad hoc ». Cette option est d'autant plus intéressante sur un plan pratique que, d'une part, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, portant réforme du droit des entreprises en difficulté²⁹⁴, le débiteur peut proposer le nom d'un mandataire²⁹⁵ et, d'autre part, la décision désignant un mandataire « ad hoc » n'est pas communiquée au Ministère public afin d'accroître la confidentialité de cette mesure.

151. En définitive, lors de l'entretien avec le dirigeant ou le chef d'entreprise, le juge ne joue qu'un simple rôle incitatif pour ne pas dire quasi passif. Il paraît intéressant de s'interroger sur le point de savoir si cet attentisme est de mise lorsqu'il est question, pour le juge, de s'impliquer dans les procédures de négociation amiable.

PARAGRAPHE 2 : L'INTERVENTION DU JUGE DANS LES PROCÉDURES DE NÉGOCIATION A L'AMIABLE

152. La procédure judiciaire n'est pas la seule voie de résolution des difficultés de l'entreprise : la conclusion d'un accord d'amiable sérieux est, depuis longtemps, reconnue comme un instrument amiable fiable, le débiteur étant le mieux à même d'apprécier la procédure la mieux adaptée à sa situation²⁹⁶.

153. Cependant, il faut reconnaître que le règlement des difficultés des entreprises réalisé par des procédés non juridictionnels a longtemps été perçu avec méfiance en

²⁹² Ibidem.

²⁹³ Sur cette possibilité, v. Infra n°s 397 et s.

²⁹⁴ Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, JO du 19 décembre, modifiée par l'ordonnance n° 2009-112 du 31 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie, art. 11, JO du 31 janvier 2009.

²⁹⁵ Code de commerce, article 2, alinéa 1 issu de l'article 2 de l'ordonnance du 18 décembre 2008.

²⁹⁶ Exposé des motifs du projet de la loi de sauvegarde des entreprises, p. 2.

droit français à l'instar du concordat préventif²⁹⁷. Il est apparu, de manière générale que, bien que susceptible d'aboutir au sauvetage d'entreprises, le concordat amiable présentait des inconvénients notables. De fait, dans les périodes troubles précédant ou entourant la cessation des paiements, des fraudes et des chantages sont à craindre aussi bien de la part du débiteur que de la part des créanciers²⁹⁸. Du reste, l'exécution d'un tel concordat ne peut qu'être précaire du fait de l'apparition éventuelle d'un nouveau créancier qui, faisant valoir d'un seul trait tous ses droits, peut entraîner le débiteur vers une cessation des paiements prématurée. Enfin, les accords amiables ne mettent pas les parties à l'abri d'actions en responsabilité dans l'hypothèse de mise en redressement judiciaire ou de liquidation ultérieure des biens du débiteur. Pour toutes ces raisons, le contrôle de l'autorité judiciaire s'est avéré nécessaire.

154. Le contrôle du juge préventif dans les procédures de négociation à l'amiable du droit français peut être ainsi cerné à deux niveaux. Le juge français intervient d'abord dans le cadre des procédures excluant toute suspension des poursuites (A). Il intervient ensuite dans le cadre des procédures emportant suspension des poursuites (B).

A. L'INTERVENTION DU JUGE DANS LES PROCÉDURES SANS SUSPENSION DES POURSUITES

155. Bien que présentant l'avantage de donner un répit au débiteur et de faciliter ainsi la conclusion d'un accord entre ce dernier et ses créanciers, la suspension des poursuites, intimement liée à la notion de procédure collective, présente l'inconvénient majeur de faire l'objet d'une publicité de nature à altérer la confidentialité de l'accord amiable. Est-il par ailleurs besoin de rappeler que l'échec de la technique préventive instituée par l'ordonnance du 23 septembre 1967²⁹⁹ est dû, pour partie, à la judiciarisation de la procédure³⁰⁰ ?

²⁹⁷ M. JEANTIN et P. LE CANNU, op. cit, n° 440.

²⁹⁸ Les pactes amiables sont également d'une pratique courante dans les Etats partis au Traité OHADA ; Voir P. NGUIHE KANTE, thèse précitée, n° 62.

²⁹⁹ Supra, n° 50.

³⁰⁰ A. M. ROMANI, article précité, p. 184.

156. Avant l'entrée en vigueur de la loi française de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, parmi les procédures préventives de négociation à l'amiable mises en place par la loi du 10 juin 1994, seul le mandat ad hoc n'emportait pas suspension des poursuites (1). Le règlement amiable, quant à lui, ne pouvant entraîner une suspension des poursuites qu'à la condition que le conciliateur eût estimé qu'une telle suspension était de nature à faciliter la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses créanciers³⁰¹. La loi du 25 juillet 2005, en remplaçant la procédure de règlement à l'amiable par la procédure de conciliation est venue ajouter une seconde procédure préventive de négociation à l'amiable dépourvue de toute suspension des poursuites (2).

1. Le mandat ad hoc : une intervention discrète du juge

157. L'institution du mandat ad hoc en droit français est d'abord la consécration d'une pratique judiciaire et, plus précisément, une pratique du Tribunal de commerce de Paris³⁰². Cette pratique a, par la suite, été légalisée par la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 modifiée par celle n° 94-475 du 10 juin 1994, même si cette légalisation paraît avoir été faite de manière incidente³⁰³. La loi du 26 juillet 2005 a eu le mérite d'instituer la procédure de mandat ad hoc de manière autonome³⁰⁴. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a maintenu les caractéristiques essentielles du mandat ad hoc, tout en apportant cependant les clarifications et les précisions dont la pratique a révélé la nécessité.

158. En réalité, le mandat ad hoc est né de la volonté de ne plus soumettre le chef d'entreprise à l'effet traumatisant lié au recours à un administrateur provisoire dont la nomination judiciaire est soumise à publicité et qui dessaisit le dirigeant de tous ses pouvoirs³⁰⁵. Il faut relever que le recours à l'administrateur provisoire n'est pas l'apanage du système français. La pratique de ce mandataire de justice particulier par le juge et, plus particulièrement par le juge des référés, est reconnue dans certains

³⁰¹ Supra, n° 63.

³⁰² M. ROUGER, article précité, p. 64.

³⁰³ L'article 35 de la loi du 1^{er} mars 1984 modifiée débute en effet ainsi qu'il suit : « Sans préjudice du pouvoir du Président du Tribunal de commerce de désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission... ».

³⁰⁴ Elle l'a fait par la création d'un nouvel article L. 611-3 du Code de commerce ainsi libellé : « Le Président du Tribunal de commerce ou de grande instance peut, à la demande du représentant de l'entreprise, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission. »

³⁰⁵ A. M. ROMANI, article précité, p. 182.

Etats africains appartenant à l'espace OHADA³⁰⁶. Il est cependant regrettable de constater que l'Acte uniforme OHADA portant organisation de procédures collectives d'apurement du passif n'a pas organisé les pouvoirs des administrateurs provisoires.

159. En dépit de sa légalisation, aucune définition du mandat ad hoc n'est donnée par le législateur français. Aucune règle n'étant posée pour le fonctionnement de cette institution, l'on a pu que se référer à la pratique antérieure³⁰⁷. Le mandat ad hoc conserve son caractère informel et sa grande plasticité³⁰⁸ liée à sa souplesse³⁰⁹. Tout chef d'entreprise individuelle, tout dirigeant de société commerciale, quelle qu'en soit la forme, est fondé à saisir le Président du Tribunal de commerce aux fins de nomination d'un mandataire ad hoc, spécialiste du traitement des entreprises en difficulté. Cette faculté est également ouverte aux personnes morales de droit privé, même non commerçantes et aux professions libérales auquel cas, la demande est portée devant le Président du Tribunal de Grande Instance dans le ressort duquel se trouve le siège de la personne morale³¹⁰.

160. Le domaine d'intervention du mandataire ad hoc désigné par le Président du Tribunal est multidimensionnel dans la mesure où, l'article L.611-3 du Code de commerce est silencieux quant aux difficultés du débiteur susceptibles de justifier le recours à ce dispositif. Cependant, s'agissant d'un dispositif préventif, il apparaît à tout le moins logique que la désignation du mandataire intervienne bien en amont des difficultés importantes et, en particulier, avant toute cessation des paiements. Sans que la liste soit exhaustive, on peut relever comme hypothèses de désignation d'un mandataire ad hoc notamment : les conflits pécuniaires, l'insolvabilité, l'assistance dans les négociations, les analyses préliminaires à une décision du juge³¹¹.

³⁰⁶ Il en est ainsi du Cameroun, v. en ce sens : J. H. ROBERT, le droit des sociétés commerciales de l'ex-Cameroun Oriental, cours polycopié, Université de Yaoundé, 3^{ème} année de Licence en droit, éditions Clé, 1980, p. 49 et s. ; J. M. NYAMA, Stratégie et perspectives du droit de la faillite au Cameroun, thèse, Paris, 1980, p. 48 ; P. NGUIHE KANTE, thèse précitée, n° 110 et s. ; Pour la jurisprudence, v. CA de Douala, arrêt n° 38/REF du 10 février 1999, note Y. KALIEU, *juridis périodique*, n° 42, p. 45 et s.

³⁰⁷ Sur la question, v. notamment P. N. FERRAND, « *Le mandataire ad hoc dans le cadre de l'article 35 de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984* », *Les Petites Affiches*, 8 janvier 1996, p. 12 ; lettre de l'observatoire consulaire des entreprises en difficulté, « le mandat ad hoc, mode d'emploi, juillet 1995, n° 3, p. 23 ; G. BOLARD, « *Administration provisoire et mandat ad hoc : du fait au droit* », *J.C.P.* édition G. 1996, I, n° 3882, p. 439.

³⁰⁸ PICARD, « *Le mandat ad hoc : un instrument à redécouvrir* », *Les Petites Affiches*, 14 juin 2007, p. 7.

³⁰⁹ En ce sens, Ph. ROUSSEL GALLE, *Réforme du droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 96, p.55.

³¹⁰ Code de commerce, article R.600-2, alinéa 1, ancien article 2 du décret du 28 décembre 2005.

³¹¹ M. ROUGER, op cit, p. 64.

161. La Commission des lois à l'Assemblée Nationale a cependant estimé, s'agissant du champ d'application du mandat ad hoc, que rien n'interdisait de désigner un mandataire ad hoc dans une procédure de sauvegarde ou de redressement, à la condition que la mission dudit mandataire soit bien distincte de celle de l'enquête facultative confiée à un juge conformément au nouvel article L.621-10 du Code de commerce³¹², applicable en cas d'ouverture d'une telle procédure. Dans la pratique, cette faculté semble peu probable dans la mesure où d'une part, elle suppose une demande du débiteur pourtant déjà soumis à une procédure collective et où, d'autre part on voit mal la mission qui pourrait être confiée en pareil cas au mandataire ad hoc³¹³.

162. En revanche, l'on peut légitimement se poser la question de savoir si, en l'absence d'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation et, après cessation des paiements, le juge est fondé à désigner un mandataire ad hoc. Selon M. ROUSSEL GALLE, les textes étant silencieux sur cette question, une réponse positive s'impose³¹⁴. Mais, selon le même auteur, une telle désignation « *doit intervenir très rapidement après la cessation des paiements et, en tout cas, moins de quarante-cinq jours après celle-ci, puisque le recours au redressement ou à la liquidation judiciaire devient obligatoire à peine de sanction* »³¹⁵. Par ailleurs, soutient-il, la désignation d'un mandataire ad hoc n'a aucun effet sur la situation des créanciers, et conséquemment sur l'état de cessation de paiement autant qu'elle ne peut constituer un obstacle à une assignation en redressement judiciaire par exemple³¹⁶. Il faut dès lors en déduire que, bien que le mandat ad hoc constitue avant tout un dispositif préventif, l'absence d'état de cessation des paiements n'est pas une condition de recevabilité d'une demande aux fins de désignation d'un mandataire ad hoc.

163. S'agissant du choix du mandataire, le Président du Tribunal désigne, en qualité de mandataire ad hoc, une personnalité reconnue pour sa compétence professionnelle et sa connaissance du monde de l'entreprise³¹⁷. Dans la pratique, les mandataires ad hoc tout comme les conciliateurs, sont souvent d'anciens juges

³¹² Rapp. AN n°2095, p.129, X.DE ROUX.

³¹³ En ce sens, Ph. ROUSSEL GALLE, Réforme du droit des entreprises en difficulté, op.cit., n°96, p. 56.

³¹⁴ Ibidem.

³¹⁵ Ibidem.

³¹⁶ Ibidem.

³¹⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit., n° 254.

consulaires, des avocats, des administrateurs ou mandataires ou des experts comptables retraités ou en exercice etc... Comme il a déjà été relevé³¹⁸, l'innovation majeure apportée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 en son article 2 ayant modifié l'article L.611-3 du Code de Commerce, est la possibilité laissée au débiteur de proposer le nom d'un mandataire ad hoc. Cependant, cette proposition ne lie pas le juge qui reste libre d'accepter ou non le nom du mandataire proposé. Ce pouvoir discrétionnaire laissé au juge apparaît à tout le moins inopportun au regard non seulement du caractère volontaire et spontané de la demande du débiteur, mais également de la confiance requise pour la réussite d'une telle mission. N'eût-il pas été plus indiqué d'imposer au Président du Tribunal d'accepter le choix du débiteur ou, à tout le moins, de lui imposer de motiver son refus ? Quoiqu'il en soit, il est souhaitable que le refus du juge de faire droit à la proposition du débiteur soit exceptionnel pour rendre le dispositif plus efficace. En effet, le débiteur peut bien refuser l'intervention d'un mandataire autre que celui qu'il a proposé, en sollicitant du juge qu'il soit mis fin à la mission dudit mandataire en application des dispositions de l'article R.611-21 du Code de Commerce³¹⁹. Il en découle qu'à la vérité, l'accord ou à tout le moins l'absence de désaccord du débiteur sur le choix du mandataire ad hoc semble implicitement nécessaire³²⁰.

164. Quant à la mission du mandataire ad hoc, l'article L.611-3 du Code de commerce se borne à énoncer que « *le Président du Tribunal peut...désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission...* », sans autre précision. L'article R.611-19, alinéa 3 du Code de commerce se limite à ajouter que « *l'ordonnance qui désigne le mandataire ad hoc définit sa mission...* ». Le Président du Tribunal définit, de manière discrétionnaire, la mission du mandataire ad hoc au moyen d'une ordonnance gracieuse non publiée. A l'exception des parties concernées, nul n'est censé connaître la mission du mandataire, d'où l'extrême confidentialité attachée à cette procédure. C'est cette ordonnance qui fixe librement la durée de la mission du mandataire ad hoc, laquelle durée peut d'ailleurs être prorogée en fonction de l'évolution du dossier. Selon M. ROUSSEL GALLE, le contenu de la mission du

³¹⁸ Supra, n° 148.

³¹⁹ Il résulte en effet de ces dispositions que « *lorsque le débiteur en fait la demande, le Président du Tribunal met fin sans délai à la mission du mandataire ad hoc* ».

³²⁰ En ce sens, Y. CHAPUT, « *Quelques clés réglementaires du code de sauvegarde. A propos du décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005* », JCP G 2006, I, 130 ; JCP E 2006, 1459, spéc. n° 5.

mandataire ad hoc doit être déterminé en accord avec le débiteur, à la fois parce que la mise en place de ce dispositif repose sur sa seule initiative et parce que le mandataire est rémunéré par ce dernier et que, de surcroît, la réussite du mandat ad hoc paraît peu probable sans sa participation³²¹. Il n'empêche que le mandataire ad hoc doit rester indépendant des parties³²².

165. Le mandat ad hoc n'affecte pas les pouvoirs et les obligations du chef d'entreprise. Celui-ci conserve ses prérogatives et continue de gérer l'entreprise sans être dessaisi. Il reçoit l'assistance du mandataire ad hoc qui ne saurait se substituer à lui. En réalité, le rôle du mandataire ad hoc consiste à assister le « *chef d'entreprise pour restaurer la confiance entre le débiteur et ses créanciers, et rechercher la conclusion d'un accord permettant d'assurer la pérennité de l'entreprise (maintien de l'activité et de l'emploi) en recherchant la convergence entre ce que l'entreprise en difficulté peut consentir et ce que les principaux créanciers peuvent accepter*³²³ ». La mission du mandataire ad hoc ne saurait cependant le conduire à s'immiscer dans la gestion de l'entreprise³²⁴. Il n'est mandataire ni du débiteur, ni des créanciers et il est indiqué qu'il conserve à leur égard la plus grande indépendance. En revanche, son rôle peut être comparé à celui d'un médiateur au sens de l'article 131-1 du Code de procédure civile français³²⁵.

166. Le mandataire ad hoc a le devoir de rendre compte au Président du Tribunal qui l'a désigné. Dans cette optique, il fait périodiquement rapport et tient informé le Président du Tribunal de l'état de l'entreprise, des perspectives d'évolution ainsi que des difficultés éventuelles qu'il rencontre. En cas de cessation des paiements, il se doit d'alerter immédiatement le Président du Tribunal sans pour autant procéder à la déclaration de cessation des paiements qui relève de la compétence exclusive du représentant légal de la personne morale ou du chef d'entreprise.

³²¹ Ph. ROUSSEL GALLE, Réforme du droit des entreprises en difficulté, op. cit., pp. 59 et 60, n° 105.

³²² En ce sens, E. DOUHAIRE, « *Le rôle du mandataire ad hoc et du conciliateur* », in La prévention des difficultés des entreprises. Analyse des pratiques juridiques, PU Aix-Marseille, 2004, p. 127.

³²³ A. REINS, in Table ronde, l'application de la loi de sauvegarde des entreprises », cah. dr. entr., janv.-févr. 2006, p. 11, spéc. p.15.

³²⁴ En ce sens, Ph. ROUSSEL GALLE, Réforme du droit des entreprises en difficulté, op. cit., n° 105, p.60.

³²⁵ Th. MONTENAN, « *Médiation et sauvegarde des entreprises* », in La lettre de l'observatoire consulaire des entreprises en difficulté, juin 2005, n° 26, p.8, 2^e col.

167. L'intervention du juge dans le cadre du mandat ad hoc permet ainsi de résoudre, en usant de son seul pouvoir de persuasion, des difficultés de tous ordres, souvent ponctuelles et ne présentant pas généralement un caractère de réelle gravité. En termes de résultats, lorsque la technique du mandat ad hoc n'a pas abouti, il peut être fait appel à une autre solution. En cas de succès, un protocole d'accord fixant les obligations des parties et les mesures adoptées est conclu sous la médiation du mandataire ad hoc.

168. A la différence du conciliateur dont la mission est fixée à quatre mois plus un à sa demande³²⁶, la durée de la mission du mandataire ad hoc, quant à elle, n'est enfermée dans aucun délai comme dans le régime antérieur à la loi du 26 juillet 2005.

169. La fin de la mission du mandataire ad hoc reste à la discrétion du débiteur. En effet, l'article R.611-21 du Code de commerce issu de l'ancien décret du 28 décembre 2005 en son article 4, prévoit la possibilité pour le débiteur, de demander au Président du Tribunal, de mettre fin à la mission du mandataire ad hoc. Une analyse des termes de la loi laisse apparaître que le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation dès lors qu'il en résulte qu'il est « *mis fin sans délai à la mission* » du mandataire lorsque le débiteur le demande³²⁷. Cette disposition textuelle traduit bien le caractère volontariste du mandat ad hoc et assure au débiteur ayant recours à ce mode de traitement, la pleine maîtrise de sa durée à telle enseigne que, comme le relève un auteur, le dirigeant « *ne doit, en aucun cas, avoir l'impression de s'être fait piéger*³²⁸ ».

170. Le mandat ad hoc se présente, au total, comme un mécanisme informel qui recèle cependant les inconvénients de son extrême souplesse. En termes de sécurité juridique notamment, les créanciers sont exposés au risque des nullités de la période suspecte, risque d'autant plus grand que, l'accord amiable qui résulte du mandat ad hoc ne fait pas l'objet d'une homologation judiciaire. Ce qui distingue nettement cette institution de la procédure de conciliation.

³²⁶ *Infra*, n° 181.

³²⁷ En ce sens, Ph. ROUSSEL GALLE, *op. cit.*, n° 107, p.61.

³²⁸ J.DEHARVENG, in « *Table ronde, l'application de la loi de sauvegarde des entreprises* », cah.dr. entr. Janv-fev.2006, p.11 spéc. p. 14.

2. La conciliation : une intervention tributaire de la volonté du débiteur

171. La réforme du 26 juillet 2005 a remplacé le règlement amiable par la procédure de conciliation³²⁹. Comme dans le règlement amiable, la procédure de conciliation³³⁰ tend à favoriser la conclusion d'un accord amiable et confidentiel entre le débiteur et ses principaux créanciers, avec l'aide d'un conciliateur nommé par le juge, accord destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise³³¹.

172. Pour le législateur français de 2005, la procédure de conciliation devra permettre de rechercher les moyens propres à concilier le débiteur et ses créanciers et pérenniser l'entreprise³³². Avec cette procédure, il sera loisible aux chefs d'entreprise, en cas de difficultés, de renégocier aussi confidentiellement que possible et, à l'amiable, leurs dettes avec les principaux créanciers, dans un cadre juridique sécurisé.

173. La procédure de conciliation devient une procédure purement amiable puisque, la possibilité d'ordonner la suspension des poursuites individuelles, comme c'était le cas dans l'ancien règlement amiable, est supprimée³³³. Le nouveau dispositif français de la prévention reposant sur l'idée suivant laquelle la conciliation a un caractère contractuel accentué et doit demeurer confidentielle et trouvant ainsi sa légitimité dans le dialogue non contraint qu'elle permet entre le débiteur et ses créanciers, il n'était plus indiqué que cette procédure s'accompagnât de la suspension collective des poursuites³³⁴. En cela, en termes de procédures de résolution amiable des difficultés de l'entreprise, la procédure de conciliation issue du nouveau droit français de la prévention se démarque nettement du règlement préventif africain qui comporte

³²⁹ Sauf en matière agricole où une procédure spéciale de règlement amiable est encore en vigueur.

³³⁰ Sur cette procédure, v. notamment : MONTERAN, « *La réforme de la prévention des difficultés* », D.2009. 639 ; MACORIG-VENIER, « *L'anticipation des difficultés... Approche comparatiste* », in *Qu'en est-il du Code de commerce 200 ans après ?* LGDJ, 2009, p. 339 ; ROHART-MESSAGER, « *L'amélioration de la prévention* », GPC, 7 mars 2009, p.5 ; DELATRE, « *Prévention : amélioration de la conciliation* », RPC 2009-1, p.6, et *chron. Les Petites Affiches*, 19 oct. 2005, p.3 ; Ph. ROUSSEL GALLE, « *Etude prévention des difficultés* », in DPA, 2009 et *Les Petites Affiches*, 12 juil. 2006 ; SORTAIS, « *les mécanismes d'alerte et de conciliation* », *Rev. Banque*, édit.2007, n°33s et 41s.

³³¹ Code de commerce, article L.611-7. L'article L. 351-4 du Code rural dispose que la mission du conciliateur est de « *favoriser le règlement de la situation financière de l'exploitation agricole par la conclusion d'un accord amiable (...) sur les délais de paiement ou de remises de dettes* ».

³³² Exposé des motifs du projet de loi de sauvegarde des entreprises, p. 6.

³³³ En ce sens, F. X. LUCAS, « *L'ouverture de la procédure collective* », in *La réforme des poursuites collectives*, *Les Petites Affiches*, n° spécial 116 du 10 juin 2004, p. 6.

³³⁴ Rapport de M. Xavier ROUX, député à l'Assemblée Nationale française sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises, p. 56.

en son sein, une suspension des poursuites individuelles et s'apparente, de ce fait, à une procédure beaucoup plus judiciaire qu'amicable³³⁵.

174. L'article 5 de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises qui crée un nouvel article L.611-4 du Code de commerce institue la procédure de conciliation en ces termes : « *Il est institué, devant le Tribunal de commerce, une procédure de conciliation dont peuvent bénéficier les personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante cinq jours* ». Aux termes des dispositions de l'article L. 611-5, cette procédure est également applicable « *aux personnes morales de droit privé et aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé* »

175. La procédure de conciliation peut être analysée en examinant successivement les conditions d'ouverture, le déroulement et l'issue.

176. En ce qui concerne d'abord les conditions d'ouverture, elles sont relatives tantôt aux personnes habilitées à recourir à cette procédure, tantôt aux modalités procédurales.

177. S'agissant de la détermination des personnes pouvant recourir à la procédure de conciliation en raison de leur qualité, le champ d'application de cette procédure est identique à celui des procédures de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. La conciliation est donc applicable à l'ensemble des entreprises commerciales et artisanales « *indépendamment de leur inscription au registre de commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers* »³³⁶. Tout comme pour le mandat ad hoc et pour les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires, peuvent également bénéficier de la conciliation d'une part les personnes morales de droit privé et, d'autre part, les personnes exerçant une activité professionnelle indépendante. En revanche, les agriculteurs sont expressément exclus

³³⁵ Supra, n°s 60 et s.

³³⁶ Rapp. Sénat n° 335, t.1, p. 104, J.-J. HYEST.

du bénéfice de la procédure de conciliation, l'article L.611-5, alinéa 2 du Code de commerce ayant pris soin de préciser que ceux-ci bénéficient de la procédure prévue par les articles L.351-1 et suivants du Code rural, c'est-à-dire d'une procédure de règlement amiable agricole. Il en résulte que les personnes physiques ou morales de droit privé³³⁷, exerçant une activité agricole, continuent de bénéficier du règlement amiable agricole, lequel, non seulement n'a pas été modifié, mais conserve de surcroît son appellation « *règlement amiable* ».

178. S'agissant de la détermination des personnes pouvant recourir à la procédure de conciliation en raison de leurs difficultés, deux conditions cumulatives sont requises par L.611-4 du Code de Commerce. Une troisième condition a été ajoutée par l'article L. 611-6, alinéa 2 issu de l'ordonnance du 18 décembre 2008.

179. La première condition posée par l'article L.611-4 susvisé, tient au fait que le débiteur concerné doit éprouver « *une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible* ». En vue de favoriser la prévention, ce texte autorise l'ouverture très précoce de la conciliation sous le contrôle du juge³³⁸ puisque, le débiteur n'a plus nécessairement à attendre que ses difficultés soient avérées, il suffit qu'elles soient prévisibles³³⁹. Cette formule assez souple est de nature à « *renforcer le pouvoir d'appréciation du juge sur l'opportunité d'ouvrir la procédure* »³⁴⁰, le législateur se refusant, semble-t-il, à lui imposer un cadre trop strict³⁴¹. Quant à la nature des difficultés, la formule employée par le texte de loi est vaste. Il peut s'agir de problèmes financiers matérialisés par des retards de paiement, ou encore de la rupture d'un crédit, mais également d'une difficulté juridique comme par exemple un conflit entre associés, ou d'une difficulté économique liée à un secteur d'activité donné³⁴².

180. La deuxième condition posée par l'article L.611-4 du Code de commerce pour bénéficier de la procédure de conciliation, est l'absence de « *cessation des paiements durable* » : le débiteur ne doit pas être en état de cessation des paiements depuis plus

³³⁷ Sauf pour ces dernières, s'il s'agit de sociétés commerciales, v. Code rural, article L.351-1, alinéa 3.

³³⁸ F. PEROCHON et R. BONHOMME, op. cit., n° 66, p. 51.

³³⁹ L'innovation doit être relativisée à cet égard dès lors que le règlement amiable agricole peut être ouvert du moment où les difficultés financières sont prévisibles, v. Code rural, article L.351-1.

³⁴⁰ En ce sens, Rapp. Sénat n° 335, t.1, préc. p. 105, J.-J. HYEST.

³⁴¹ J. JACQUEMONT, « *La future procédure de conciliation : une attractivité nouvelle pour l'entreprise en difficultés et ses créanciers* », RPC 2004, p. 290, spéc. p. 291.

³⁴² En ce sens, Ph. ROUSSEL GALLE, La réforme du droit des entreprises en difficulté, op. cit., n° 145, p. 79.

de quarante-cinq jours³⁴³. D'aucuns pensent qu'il y a là, une innovation très pragmatique de la loi du 26 juillet 2005 dans la mesure où, le débiteur a, même en cas de cessation des paiements récente, une dernière chance de résoudre à l'amiable ses difficultés³⁴⁴. Cette solution discrète admise en matière agricole³⁴⁵, avait été surtout été consacrée par la Cour de cassation française laquelle, dans un arrêt rendu en date du 14 mai 2002, aux termes duquel, elle avait « audacieusement » décidé qu'il devait être tenu compte des reports d'échéance consentis par les créanciers dans l'accord amiable pour apprécier, *a posteriori*, la cessation des paiements³⁴⁶. La loi du 26 juillet 2005 offre en somme au débiteur beaucoup plus de souplesse et, partant, des alternatives dont il importe de comparer les termes : s'il n'est pas en état de cessation des paiements, le débiteur peut hésiter entre la conciliation et la sauvegarde ; dans le cas contraire, entre la conciliation et le redressement judiciaire³⁴⁷. D'où le reproche adressé parfois au législateur de « *brouiller les critères de ventilation des procédures* »³⁴⁸, un auteur évoquant d'ailleurs « *un certain obscurantisme, source d'insécurité juridique* »³⁴⁹.

181. La troisième condition posée par la loi pour la mise en œuvre de la procédure de conciliation est l'absence de conciliation antérieure en Cours dans les trois mois précédant la demande. Cette condition négative de recevabilité résulte de la nouvelle rédaction de l'article L.611-6, alinéa 2 du Code de commerce telle qu'issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008, lequel énonce qu' « *une nouvelle conciliation ne peut être ouverte dans les trois mois qui suivent* ». A ce propos, l'article R.611-22, 5° du Code de commerce exige que le demandeur joigne à sa requête une « attestation sur l'honneur » certifiant l'absence de procédure de conciliation dans les trois mois précédant la date de la demande. En cas d'existence d'une procédure de conciliation avortée, le texte impose donc un « délai de carence » de trois mois pour introduire une nouvelle demande. L'objectif recherché par cette disposition textuelle est sans

³⁴³ Les articles L.631-4 et L.640-4 du Code de commerce imposent en effet au débiteur de solliciter l'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation judiciaire dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements sauf, précisément, s'il a demandé l'ouverture de la conciliation.

³⁴⁴ F. PEROCHON et R. BONHOMME, op. cit., n° 67.

³⁴⁵ L'article L.351-1 du Code rural n'exige pas en effet l'absence de cessation des paiements.

³⁴⁶ Com., 14 mai 2002, n° 98-22446, B. 87, JCP E 2002, 1380, n° 2, obs. PETEL ; D. 2002.1837, obs. LIENHARD, et 2003, 615, M. MARTINEAU-BOURGNINAUD.

³⁴⁷ V. spéc. sur les choix du débiteur, CHAPUT, JCP G 2005, I. 184, n°s 14 et 21s ; BARBIERI, RPC 2005.346 ; PATUREAUX, Les Petites Affiches 17 fevr. 2006.111, spéc.115s.

³⁴⁸ SAINT-ALARY-HOUIN, DP. janv. 2005, p. 28 ; TEBOUL, Les Petites Affiches, 29 juin 2004, III ; SOINNE, RPC 2004, 1.

³⁴⁹ MARTINEAU-BOURGNINAUD, « *Le spectre de la cessation des paiements...* », D. 2005.1356.

doute d'éviter toute dérive et d'empêcher que le débiteur n'enchaîne successivement des conciliations ratées en violation des dispositions limitant la durée de la conciliation³⁵⁰. Il faut donc en déduire que « *conciliation sur conciliation ne vaut* ». ³⁵¹

182. En ce qui concerne les modalités procédurales, il convient de relever que la procédure de conciliation est ouverte par le Président du Tribunal compétent saisi par une requête du débiteur exposant sa situation économique, sociale et financière, ses besoins de financement ainsi que, le cas échéant, des moyens d'y faire face³⁵². Le Président du Tribunal peut alors charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur et, nonobstant toute disposition législative et réglementaire contraire, obtenir des établissements bancaires ou financières tout renseignement de nature à donner une exacte information sur la situation économique et financière de celui-ci³⁵³.

183. Le Président du Tribunal est par la suite, tenu de désigner un conciliateur pour une période n'excédant pas quatre mois, mais qui peut être prorogée d'un mois au plus tard à la demande de ce dernier par décision motivée³⁵⁴. Il convient de rappeler que dans le droit africain, le rôle de conciliateur est assuré par l'expert désigné par le juge dans le cadre du règlement préventif, expert chargé de faire rapport notamment sur la situation économique et financière de l'entreprise ainsi que ses perspectives de redressement³⁵⁵.

184. La mission du conciliateur désigné par le juge français voit son champ d'application plus élargi que dans l'ancien règlement amiable³⁵⁶. En effet, selon l'article L.611-7 du Code de Commerce, le conciliateur a désormais pour mission de « *favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise* ». Il peut également présenter toute proposition se

³⁵⁰ Ph. ROUSSEL GALLE, Les Petites Affiches, 24 déc. 2008, p.3, n° 8.

³⁵¹ Pour A. LEINHARD, Code 2009, p. 119, cette méfiance ne s'imposait pas dans la mesure où, le juge est à même d'apprécier l'opportunité d'ouvrir ou non une nouvelle conciliation ; DELATTRE, RPC 2009-1, p. 37, n° 9.

³⁵² Loi du 26 juillet 2005, article 5, nouvel article 611-6, alinéa 1 du Code de commerce.

³⁵³ Ibid, nouvel article 611-6, alinéa 2 du Code de commerce.

³⁵⁴ Ibid, nouvel article 611-6, alinéa 3 du Code de commerce.

³⁵⁵ Supra, n° 74.

³⁵⁶ Supra, n° 76.

rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi »³⁵⁷.

185. En cas d'impossibilité de parvenir à un accord et, à la suite du compte rendu à lui fait par le conciliateur, le Président du Tribunal met fin à sa mission par une décision notifiée au débiteur³⁵⁸. En tout état de cause, le conciliateur est tenu de rendre compte au Président du Tribunal de l'état d'avancement de sa mission et formule toutes observations utiles sur les diligences du débiteur³⁵⁹. En retour, en cas d'échec de la procédure de conciliation, lorsqu'il ressort du rapport du conciliateur que le débiteur est en état de cessation des paiements, le Tribunal d'office, se saisit afin de statuer sur l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire³⁶⁰.

186. Pareillement à son homologue africain chargé de désigner l'expert dans la procédure de règlement préventif, le juge français, dans la procédure de conciliation, jouit d'une grande marge de manœuvre dans la désignation du conciliateur. Ses pouvoirs sont cependant un peu plus limités que ceux du juge africain, en ce sens qu'il est tenu de se conformer à certaines contraintes légales dans l'exercice de ceux-ci relativement au choix du conciliateur.

187. Le juge français doit d'abord tenir compte des dispositions légales aux termes desquelles, la mission de conciliateur ne peut être exercée par une personne ayant, au Cours des vingt-quatre mois précédents, perçu, à quelque titre que ce soit, directement ou indirectement, une rémunération ou un paiement de la part de l'entreprise concernée, ou d'une personne qui en détient le contrôle ou est contrôlée par elle, sauf s'il s'agit d'une rémunération perçue au titre d'un mandat ad hoc ou d'une mission de règlement amiable ou de conciliation réalisée pour le même débiteur ou le même créancier³⁶¹. Le juge doit ensuite tenir compte de ce que les fonctions de conciliateur ne peuvent être confiées à un juge consulaire en fonction ou ayant quitté ses fonctions depuis moins de cinq ans³⁶². Il appartient au juge français de vérifier, au

³⁵⁷ L'article L.351-4, alinéa 2 du Code rural est plus précis sur la mission du conciliateur.

³⁵⁸ Ibid.

³⁵⁹ Loi de sauvegarde des entreprises, article 6, nouvel article L. 611-7 du Code de commerce.

³⁶⁰ Article 89 de la loi du 26 juillet 2005, nouvel article L. 631-4, alinéa 2 du Code de commerce.

³⁶¹ Loi de sauvegarde des entreprises, article 10, nouvel article 611-7, 611-13 du Code de commerce.

³⁶² Ibid.

préalable, que toutes les conditions légales sont réunies en la personne du conciliateur pressenti.

188. S'agissant de l'issue de la procédure, il faut souligner que, bien que le recours à la procédure de conciliation soit de l'initiative du débiteur, le droit français de la prévention a rejoint le droit africain en instituant un contrôle judiciaire sur l'accord passé entre le débiteur et ses créanciers par le biais d'une homologation. Toutefois en la matière, force est de reconnaître qu'il s'est opérée une évolution notable en droit français entre la situation antérieure à la loi du 26 juillet 2005 et celle issue de cette loi.

189. Comme il a été déjà rappelé³⁶³, dans la procédure de règlement amiable issue de la loi du 1^{er} mars 1984, l'homologation était systématique lorsque l'accord avait été conclu avec tous les créanciers et facultative lorsque l'accord n'avait été conclu qu'avec les principaux créanciers. Avec la loi du 26 juillet 2005, l'homologation devient purement et simplement facultative. Ainsi, la loi nouvelle offre au débiteur le choix entre une simple « constatation » sans effet juridique nouveau vis-à-vis des tiers par rapport au régime antérieur, mais sans non plus, une mesure particulière de publicité³⁶⁴ et, une homologation judiciaire en bonne et due forme. Dans l'hypothèse de l'accord amiable simplement constaté, le Président du Tribunal et non le Tribunal tout entier, sur la requête conjointe des parties, constate l'accord intervenu entre les parties et donne à celui-ci force exécutoire³⁶⁵. Il s'agit là, selon un auteur, d'une sorte d' « homologation visa ». Le juge statue au vu d'une déclaration certifiée du débiteur attestant qu'il ne se trouvait pas en cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord, ou que ce dernier y met fin³⁶⁶. La décision constatant l'accord n'est pas soumise à publication et n'est pas susceptible de recours, elle met fin à la procédure de conciliation³⁶⁷.

190. La procédure de constatation de l'accord amiable est souple et rapide. Le rôle du juge est ici strictement limité à la constatation de l'accord, c'est-à-dire à constater

³⁶³ Supra, n° 114.

³⁶⁴ A. LIENHARD, « *Sauvegarde des entreprises : fin du premier round parlementaire*, » D. 2005, chrono, p. 775.

³⁶⁵ Loi du 26 juillet 2005, article 7, nouvel article 611-8, alinéa 1 du Code de commerce.

³⁶⁶ Ibid.

³⁶⁷ Ibid.

son existence, sans en analyser en quoi que ce soit le contenu qu'il n'est pas censé apprécier³⁶⁸. Il a été soutenu que le juge n'avait pas néanmoins « *à se prêter à une mascarade* » et devait refuser ce constat « *si l'attestation du débiteur était manifestement mensongère, au vu de l'évidence de la cessation des paiements* »³⁶⁹. Mais, il a également été soutenu que bien qu'une telle analyse soit pertinente, une telle possibilité doit rester d'un usage très exceptionnel dans la mesure où, d'une part, le Président du Tribunal ne dispose d'aucune information lui permettant d'avoir une telle connaissance et, d'autre part, il ne doit pas être conduit à rechercher diverses informations sur l'état de l'entreprise de peur d'aboutir à un dévoiement du dispositif de constatation en raison du risque lié à une appréciation indirecte par lui de l'accord³⁷⁰.

191. L'avantage principal de la formalité de constatation est d'offrir aux parties la possibilité de « *conférer un caractère exécutoire et solennel à leurs engagements réciproques* »³⁷¹, le juge n'ayant aucune possibilité d'en examiner le contenu et sa compétence étant liée. L'accord ainsi constaté acquiert donc force exécutoire³⁷² et est dès lors susceptible d'exécution forcée en cas de besoin, le titre exécutoire étant, bien entendu, limité à la créance remise et échelonnée dans le cadre de l'accord³⁷³.

192. Si la confidentialité de l'accord est maintenue, en ce sens que celui-ci n'est pas soumis à publication, elle a cependant comme contrepartie une certaine insécurité puisque, la constatation n'a aucune autorité de la chose jugée concernant l'état de cessation des paiements, le Président du Tribunal n'ayant pas qualité pour vérifier l'existence ou non d'une telle situation.

193. Dans l'hypothèse de l'accord homologué ce, à la demande du débiteur, c'est le Tribunal tout entier³⁷⁴ qui homologue l'accord aux conditions suivantes : le débiteur

³⁶⁸ En ce sens, F. MACORIG-VENIER, « *Du règlement amiable à la conciliation* », RPC 2005, p.354, 1^{re} col.

³⁶⁹ F. PEROCHON et R. BONHOMME, op. cit., n° 89, p. 70.

³⁷⁰ Ph. ROUSSEL GALLE, Réforme du droit des entreprises en difficulté, op. cit., n° 223, p.116.

³⁷¹ Rapp. Sénat n° 335, t.1, p. 123, J.-J. HYEST.

³⁷² Dans la pratique, l'accord est constaté par une ordonnance du Président du Tribunal qui y fait apposer la formule exécutoire par le greffier. A cette ordonnance, est annexée la déclaration certifiée du débiteur (cf. Code de commerce, article R.611-39), par laquelle, celui-ci atteste qu'il ne se trouvait pas en état de cessation des paiements lors de l'accord, ou que ce dernier y met fin (cf. Code de commerce, article L. 611-39).

³⁷³ En ce sens, H. CROZE, Loi de sauvegarde des entreprises (II). Mandat ad hoc et procédure de conciliation : Procédures nov. 2005, n° 11, étude 12, p. 6, spéc. n° 36.

³⁷⁴ Dans l'ancien règlement à l'amiable, c'est le Président du Tribunal qui, le cas échéant, homologuait l'accord et non le Tribunal tout entier.

n'est pas en cessation des paiements ou l'accord conclut y met fin, les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise, l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non-signataires³⁷⁵. C'est donc un organe collégial qui est amené à statuer sur l'homologation de l'accord par le biais non pas d'une ordonnance, mais d'un jugement rendu contradictoirement³⁷⁶. Cette innovation s'expliquerait par l'importance des effets juridiques attachés à l'homologation³⁷⁷.

194. L'homologation de l'accord entre le débiteur et ses créanciers telle que faite par les juges préventifs africain et français suscite quelques réflexions. En effet, il ne saurait être contesté que, comme son homologue africain³⁷⁸, le juge préventif français, dans le cadre de l'homologation de la procédure de conciliation, statue après avoir procédé à une vérification juridictionnelle. En termes de contrôle de régularité juridique notamment, il lui appartient en l'occurrence, de vérifier préalablement à l'octroi de son aval, que toutes les conditions cumulatives posées par le nouvel article 611-8 du Code de commerce sont réunies. Toutefois, contrairement au dispositif africain issu du règlement préventif dans lequel le juge n'homologue le concordat que si, en autres, ses conditions de validité sont réunies comme pour tout contrat³⁷⁹, le dispositif français de la procédure de conciliation ne prévoit pas, de manière expresse, une telle exigence. On pourrait en déduire que ce dispositif n'intègre pas l'ensemble des points inhérents à la validité de tout contrat, à telle enseigne qu'il est toujours à craindre que la vérification faite par le juge français soit restreinte et ne se cantonne qu'aux seuls points que le législateur a bien voulu soumettre à son contrôle.

195. Le législateur français ne semble pas avoir ainsi autorisé le juge à vérifier si l'accord passé entre le débiteur et ses créanciers est valide en tous points de vue, au regard des règles régissant le droit commun des contrats, même si, à cet égard, ses pouvoirs de vérification, à première vue, paraissent supérieurs à ceux dont il dispose dans le cadre de la procédure de sauvegarde.

³⁷⁵ Loi du 26 juillet 2005, article 7, nouvel article 611-8, alinéa 2 du Code de commerce.

³⁷⁶ Code de commerce, article L.611-9.

³⁷⁷ En ce sens, Ph. ROUSSEL GALLE, Réforme du droit des entreprises en difficulté, op. cit., n° 234, p.119.

³⁷⁸ Supra, n° 106.

³⁷⁹ Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 15-2.

B. L'INTERVENTION DU JUGE DANS LES PROCÉDURES AVEC SUSPENSION DE POURSUITES : LA SAUVEGARDE

196. La procédure de sauvegarde « est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif »³⁸⁰. Ces finalités sont partagées avec le redressement judiciaire dont elle se distingue cependant par son caractère anticipé et volontaire, et par la grande maîtrise de la procédure laissée au débiteur du fait de l'absence de cessation des paiements.

197. Le critère d'ouverture de la procédure de sauvegarde a évolué. En effet, selon l'article 620-1, alinéa 1 dans sa rédaction issue de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, la sauvegarde était ouverte au débiteur qui justifiait « de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter de nature à le conduire à la cessation des paiements ». La preuve attendue du débiteur pour bénéficier de cette procédure préventive ayant été jugée difficile, il a été préconisé d'en assouplir les conditions d'ouverture, d'où la nouvelle rédaction de l'article L.620-1, alinéa 1 du Code de commerce issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008 conçue ainsi qu'il suit : « Il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande du débiteur mentionné à l'article L.620-2 qui, sans être en état de cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter ». L'innovation aura ainsi consisté à « supprimer l'obligation de prouver le lien entre les difficultés et la cessation des paiements future »³⁸¹.

198. L'intervention du juge dans le cadre de cette procédure est une intervention à géométrie variable. Les pouvoirs du juge diffèrent en effet selon que celui-ci intervient préalablement à l'adoption du plan de sauvegarde (1), dans le cadre de l'adoption dudit plan (2) ou, en rapport avec son inexécution (3).

³⁸¹ Ph. ROUSSEL GALLE, « L'ouverture des procédures », D. 2009.644, n° 16.

1. Les pouvoirs du juge préalablement à l'adoption du plan de sauvegarde

199. En rapport avec le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, le juge français dispose d'importants pouvoirs qui, il est vrai, sont des pouvoirs classiques lors de l'ouverture d'une procédure collective, étant par ailleurs entendu que s'il apparaît après l'ouverture de la procédure que le débiteur se trouve ou était déjà en état de cessation des paiements, le Tribunal constate cet état et en fixe la date. Il convertit alors la procédure de sauvegarde en une procédure de redressement judiciaire et modifie, si nécessaire, la durée de la période d'observation restant à couvrir³⁸².

200. De manière générale, il apparaît que le juge joue un rôle décisif dans la fixation de la période d'observation au Cours de laquelle, le débiteur jouit d'une protection très étendue de manière à reconstituer ses forces et à préparer la réorganisation de son entreprise³⁸³. La loi impose en effet une durée maximale de la période d'observation de six mois³⁸⁴. Le Tribunal peut cependant renouveler cette période une fois à la demande de l'administrateur, du débiteur, ou du Ministère public. Une prorogation exceptionnelle de six mois au maximum est toujours encore possible ce, à la demande exclusive du Ministère public³⁸⁵. Lorsqu'il s'agit d'une exploitation agricole, le Tribunal peut, de manière plus souple, proroger la période d'observation « *en fonction de l'année culturale en Cours et des usages spécifiques aux productions de l'exploitation* »³⁸⁶.

201. Il incombe par ailleurs au Tribunal le pouvoir de nomination des organes de la procédure de sauvegarde dans le jugement d'ouverture. Il désigne un juge-commissaire ou plusieurs³⁸⁷. Il invite le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel ou, à défaut de ceux-ci, les salariés à désigner, au sein de l'entreprise, un représentant des salariés³⁸⁸. Pareillement, il incombe au juge, dans le même jugement d'ouverture, de désigner deux mandataires de justice qui sont le mandataire

³⁸² Loi du 26 juillet 2005, article 22, nouvel article 621-12 du Code de commerce.

³⁸³ F. PEROCHON et R. BONHOMME, op. cit., n° 228, p. 212.

³⁸⁴ Code de commerce, article L.621-3.

³⁸⁵ Ibid., article L.621-3, L.631-7 et R.629-9.

³⁸⁶ Ibid., article L.626-3, alinéa 2.

³⁸⁷ Loi du 26 juillet 2005, article 17, nouvel article 621-4 du Code de commerce.

³⁸⁸ Ibid.

judiciaire et l'administrateur judiciaire³⁸⁹. Le Tribunal peut également, à la demande du Ministère public, désigner plusieurs mandataires judiciaires ou plusieurs administrateurs judiciaires³⁹⁰.

202. Le juge participe également à la mise en œuvre de certaines mesures conservatoires pendant la période d'observation. Il en va ainsi de l'inventaire³⁹¹ qui est obligatoire dans la procédure de sauvegarde³⁹². Pour limiter les frais des opérations, le débiteur peut faire l'inventaire lui-même dans le délai fixé par le jugement, avec pour obligation d'entamer les opérations d'inventaire dans les huit jours de l'ouverture de la procédure. Cependant en cas de carence de sa part, le juge commissaire peut désigner un tiers pour effectuer cet inventaire, d'office ou à la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire ou du ministère public. Le délai imparti initialement pour achever ces opérations peut, dans ce cas, être prorogé par le juge commissaire³⁹³

203. A ces pouvoirs du juge, viennent s'ajouter ceux liés à l'élaboration du plan de sauvegarde.

2. Les pouvoirs du juge en rapport avec l'adoption du plan de sauvegarde

204. A l'issue de la période d'observation, le Tribunal arrête un plan de sauvegarde lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée³⁹⁴. Ce plan met fin à la période d'observation. Le plan ainsi arrêté, peut être accompagné, s'il y a lieu, de l'arrêt, de l'adjonction ou de la cession de certaines branches d'activités³⁹⁵. Il y a lieu de relever que le critère d'existence de possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise utilisé pour l'arrêt du plan de sauvegarde est, à quelque chose près, le même que celui utilisé par le législateur communautaire

³⁸⁹ Ibid.

³⁹⁰ Ibid.

³⁹¹ Selon l'article L.639-9 du Code de commerce, la réalisation physique de l'inventaire se fait en principe avec le concours d'un commissaire-priseur judiciaire, d'un huissier, d'un notaire ou d'un courtier en marchandises assermenté désigné par le Tribunal.

³⁹² La pensée (qui permet d'avoir une évaluation des biens du débiteur par un tiers professionnel) n'est plus obligatoire depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 18 décembre 2008 dont les rédacteurs ont estimé qu'elle constituait une mesure de défiance envers le débiteur, peu compatible avec l'esprit de la procédure.

³⁹³ Code de commerce, articles L.622-6-1 et R.622-4-1.

³⁹⁴ Loi du 26 juillet 2005, article 58, nouvel article 626-1 du Code de commerce.

³⁹⁵ Ibid.

africain dans le cadre de l'homologation du concordat préventif³⁹⁶. En réalité, dans le processus d'élaboration du plan de sauvegarde, le rôle du juge français est limité et s'apparente fort bien à celui joué par le juge africain dans le cadre de l'élaboration du concordat de redressement³⁹⁷. Le juge français arrête le plan de sauvegarde conformément au projet de plan arrêté contractuellement entre le débiteur et ses créanciers à telle enseigne que son rôle s'efface au profit des comités de créanciers (a) lorsqu'il en existe pour ne resurgir que lors de la phase de validation dudit plan (b).

a) *La contractualisation de la procédure*

205. La « *sauvegarde* » permet au chef d'entreprise d'obtenir la suspension des poursuites ainsi que celle des paiements en vue de recevoir, en accord avec les créanciers, le plan d'affaires de l'entreprise. Parce qu'il s'agit d'une procédure de prévention, le processus commence aussitôt que les difficultés sont identifiées par l'entreprise et non à la cessation des paiements, l'intérêt de la démarche résidant dans le fait d'anticiper l'état de cessation des paiements en appréhendant « *les difficultés de l'entreprise, avant qu'elles ne se traduisent en trésorerie* »³⁹⁸.

206. La conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses créanciers a, de tout temps, été considéré en droit français comme un instrument fiable de solution des difficultés de l'entreprise. Mais, il ne saurait être contesté que même dans ce contexte, la loi française du 25 janvier 1985 est venu accroître énormément les pouvoirs des organes juridictionnels, instituant ainsi un quasi « dirigisme judiciaire »³⁹⁹. Cette forte judiciarisation de la procédure, outre qu'elle réduisait la participation des créanciers au redressement de l'entreprise à la portion congrue,

³⁹⁶ V. article 15-2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qui énonce que : la juridiction compétente homologue le concordat préventif, si celui-ci offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise, de règlement du passif et des garanties suffisantes d'exécution.

³⁹⁷ Infra n° 280 et s.

³⁹⁸ Exposé des motifs du projet de loi de sauvegarde des entreprises, p. 1.

³⁹⁹ A. ORTH, « *Le rôle du juge dans la nouvelle législation des entreprises en difficulté* » in *Le redressement judiciaire de l'entreprise*, rev. jurisp. Com., février 1987, n° spécial, p. 91.

entraînait des procédures larges et coûteuses, qui aboutissaient, le plus souvent, à la mise en liquidation des entreprises⁴⁰⁰.

207. La réforme opérée par la loi du 26 juillet 2005 constitue donc la réponse à cette situation. Elle tend à privilégier une approche plus contractuelle du droit français des entreprises en difficulté, de manière à intégrer pleinement les créanciers dans le déroulement de la procédure⁴⁰¹. Cette intégration s'est introduite par l'instauration des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire⁴⁰². Ces comités sont en effet conçus comme des « *moteurs possibles de l'adoption du plan de sauvegarde ou de redressement* »

208. L'institution en droit français des comités de créanciers s'inspire du droit américain et des orientations préconisées par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)⁴⁰³. Comme l'explique un auteur, il s'agit là d'un « *nouveau mode d'exploitation des plans* » favorisant « *une beaucoup plus grande implication des créanciers dans le processus de réorganisation* »⁴⁰⁴. S'agissant du critère d'intervention de ces comités, le législateur français a prévu deux hypothèses. La première situation est celle dans laquelle la constitution des comités est obligatoire. Ils s'agit du cas des entreprises dont les comptes ont été certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert comptable et dont le nombre de salariés ou le chiffre d'affaires sont supérieurs à des seuils fixés par décret en Conseil d'Etat⁴⁰⁵. Dès lors que l'entreprise dépasse l'un des deux seuils alternatifs fixés par décret, des comités des créanciers doivent impérativement être constitués pour l'élaboration du plan de sauvegarde, et par renvoi, du plan de redressement⁴⁰⁶. La seconde situation est celle dans laquelle la constitution des comités est facultative. Il s'agit du cas où, à la demande du débiteur ou de l'administrateur, le juge commissaire autorise la constitution des comités de

⁴⁰⁰ Avis de la commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation du sénat sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises, p. 15.

⁴⁰¹ Ibid.

⁴⁰² Loi du 26 juillet 2005, article 83, nouveaux articles L. 626 – 29 et s. du Code de commerce.

⁴⁰³ J.-L. VALLENS, chron.RLDA, sept.2005, p.13, n° 11, D. 2004, p. 2420; R. DAMMANN, "Les comités des créanciers", RDLA, mars 2006, p.65; G. BREMOND et E. SCHOLASTIQUE, « *Réflexions sur la composition des comités...* », JCPE 2006 : 1405.

⁴⁰⁴ DEHARVENG, Bull.actual. Lamy comm., n°182, nov.2005,p.5.

⁴⁰⁵ Loi du 26 juillet 2005, article 83, nouvel article L. 626-29 du Code de commerce.

⁴⁰⁶ L'article 162 du décret du 28 décembre 2005, devenu le nouvel article R.626-52 du Code de commerce fixe ainsi les seuils : cent cinquante (150) salariés et vingt millions d'euros de chiffres d'affaires hors taxes. Il en résulte que si l'entreprise a plus de cent cinquante (150) salariés ou réalise plus de vingt millions d'euros de chiffre d'affaires hors taxes par an, les comités de créanciers sont obligatoires.

créanciers en deçà des seuils prescrits⁴⁰⁷. En ce cas, les comptes de l'entreprise devront également être certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert comptable.⁴⁰⁸

209. Il faut préciser que les règles de constitution des comités des créanciers ont été revisitées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 et le décret du 1^{er} février 2009. Elles sont à la fois plus précises et plus souples que les précédentes⁴⁰⁹ et mettent fin à d'importantes incertitudes ainsi qu'à un inutile « *carcan des délais* »⁴¹⁰. Tout doit être fait (constitution et vote des comités) dans un délai de six mois à compter du jugement d'ouverture⁴¹¹. L'article L.626-30 du Code de commerce prévoit la constitution par l'administrateur ou l'administrateur désigné à cette seule fin, s'il n'en existe pas, de deux comités : un comité des établissements de crédit et un comité des principaux fournisseurs de biens de service, auquel s'ajoute un troisième comité qui ne dit pas son nom, en l'occurrence l'assemblée générale des obligataires.

210. A la différence de ce qui se faisait dans le cadre des anciennes assemblées concordataires auxquelles tous les créanciers antérieurs avaient vocation à participer, tous les créanciers ne font pas partie des comités de créanciers dans la procédure de sauvegarde. Ne font partie de ces comités que certains créanciers antérieurs⁴¹² parmi les plus importants.

211. Le comité des établissements de crédit et assimilés comprend en son sein obligatoirement tous les établissements de crédit créanciers du débiteur⁴¹³, qui en sont membres de droit, indépendamment du volume et de la typologie de leurs créances. Il convient de relever à cet égard que le texte issu de la loi du 26 juillet 2005 est très vite apparu étié du fait de l'étroitesse de la notion d'établissement de crédit retenue par l'ancien article R. 626-55 du Code de commerce, lequel ne prenait pas en compte de nombreuses catégories, notamment étrangères, d'intervenants financiers et

⁴⁰⁷ Ibid.

⁴⁰⁸ Rapport J-J. HYEST, n° 335, p.294.

⁴⁰⁹ F.PEROCHON et R.BONHOMME, op.cit., n° 339, p. 344.

⁴¹⁰ FRAMONT, RPC 2009-1, p.84, n° 24. L'on se rappellera que les textes de 2005 fixaient avec minutie chaque étape de la mise en place et du fonctionnement des comités, ce qui était à la fois contraire à la philosophie contractuelle du dispositif et très gênant en pratique.

⁴¹¹ Code de commerce, article L. 626-34.

⁴¹² V. Code de commerce, article L. 626-30, alinéa 1, in fine : « *la composition des comités est déterminée au vu des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture* ».

⁴¹³ C'est-à-dire titulaires d'une créance antérieure à l'ouverture de la procédure.

particulièrement les fonds d'investissement. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, ces organismes sont désormais visés grâce à la mention ajoutée à l'article R. 626-55 du Code de commerce concernant « *toute autre entité auprès de laquelle le débiteur a conclu une opération de crédit* ». Par ailleurs, le nouvel article L. 626-30 du Code de commerce précise que font partie du comité, « *tous les titulaires d'une créance acquise auprès* » d'un établissement de crédit ou assimilé ou « *d'un fournisseur de biens ou de services* ».

212. De manière concrète, toutes les personnes ayant acquis des créances antérieures sur le débiteur sont membres de droit du comité des établissements de crédit, peu important le procédé d'acquisition dont il n'est d'ailleurs même pas requis qu'elle ait eu lieu à titre onéreux⁴¹⁴. L'article L. 626-30-1 du Code de commerce précise enfin que « *l'obligation ou, le cas échéant, la faculté de faire partie d'un comité constitue un accessoire de la créance née antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure et se transmet de plein droit à ses titulaires successifs nonobstant toute clause contraire* ».

213. Le comité des principaux fournisseurs de biens ou de services⁴¹⁵ comporte comme membres de droit les fournisseurs dont les créances représentent plus de 3% du total des créances des fournisseurs toutes taxes comprises, existant à l'ouverture de la procédure et connues *a priori* grâce à la liste certifiée des créanciers communiquée par le débiteur à l'ouverture de la procédure⁴¹⁶. Ce comité peut comprendre d'autres fournisseurs que l'administrateur aura jugé bon de convier, à sa convenance, en l'absence de tout critère légal et qui auront accepté sa proposition⁴¹⁷. Ces créanciers étant libres d'accepter ou non la proposition, leur refus est présumé, faute d'acceptation écrite sous huitaine⁴¹⁸.

214. Le principe sus énoncé⁴¹⁹ en vertu duquel tout acquéreur d'une créance de fournisseur devient membre du comité des établissements de crédit emporte comme

⁴¹⁴ Cession de droit commun, cession par bordereau Dailly, subrogation personnelle à l'occasion d'une opération d'affacturage ou lors de la mise en jeu d'une assurance-crédit, etc...

⁴¹⁵ Comités dont sont exclus les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

⁴¹⁶ Code de commerce, article L. 626-30, alinéa 3 et R. 626-56.

⁴¹⁷ Cette faculté a pour inconvénient le nombre accru de participants potentiels à réunir.

⁴¹⁸ Code de commerce, article R. 626-57

⁴¹⁹ Supra n° 210.

corollaire le fait que le comité des fournisseurs n'est constitué que des créanciers originaires ou primaires dont la créance n'a jamais circulé. Pour certains auteurs, ce choix est judicieux car « *ces fournisseurs* » devraient partager une vision économique, industrielle ou commerciale de la situation, par opposition à la vision financière des membres du comité des établissements de crédit⁴²⁰.

215. S'agissant enfin des créanciers obligataires régis par une disposition spéciale⁴²¹, ceux-ci n'appartiennent à aucun des deux comités de créanciers. Mais ils sont convoqués de leur côté à délibérer sur le projet en une assemblée générale unique et « *mondiale* » par dérogation aux règles du droit des sociétés⁴²². Cette assemblée statue selon les règles identiques à celles des comités⁴²³ et son vote revêt la même portée, à telle enseigne qu'elle constitue bel et bien un troisième comité. Cependant, cette assemblée est en retrait par rapport aux deux comités « officiels » dans la mesure où elle n'est conseillée que si lesdits comités ont voté le projet⁴²⁴.

216. Une fois les comités des créanciers créés, la négociation contractuelle se poursuit dans la perspective de la préparation d'un plan de sauvegarde ou de redressement⁴²⁵. A cet effet, il résulte des dispositions de l'article L. 626-30, alinéa 2 du Code de commerce que le débiteur avec le concours de l'administrateur, doit présenter aux comités « *des propositions en vue d'élaborer le projet plan de sauvegarde* » dont le contenu est précisé à l'article 626-2 du Code de Commerce⁴²⁶.

217. Si le « *noyau dur* » des propositions du débiteur est nécessairement constitué par les propositions de règlement du passif, il reste que la discussion peut porter *a*

⁴²⁰ F. PEROCHON et R. BONHOMME, op.cit. n° 340, p. 348.

⁴²¹ En l'occurrence l'article L. 626-32 du Code de commerce réécrit.

⁴²² Même s'il existe plusieurs emprunts, et donc plusieurs masses d'obligataires différents, alors même qu'il résulte des dispositions de l'article L. 228-61 du Code de commerce que s'il existe plusieurs masses d'obligataires, « elles ne peuvent en aucun cas délibérer au sein d'une assemblée commune ». En réalité, le texte légalise la solution appliquée sans texte dans le Tribunal de commerce de Paris dans l'affaire Eurotunnel (emprunts émis à l'étranger), V. SAINT-ALARY-HOUIN, RTB com. 2008, 854.

⁴²³ C'est-à-dire à la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les exprimés (cf Code de commerce, article L. 626-32, alinéa 3).

⁴²⁴ Code de commerce, article L.626-32, alinéa 1^{er}.

⁴²⁵ Infra n°...

⁴²⁶ Ancien article 60 de la loi du 26 juillet 2005. Aux termes de cet article, le projet de plan détermine les perspectives de redressement en fonction des possibilités et des modalités d'activités, de l'état de marche et des moyens de financement disponibles. Il définit les modalités de règlement du passif ainsi que les garanties éventuelles que le chef d'entreprise doit souscrire pour en assurer l'exécution. Il expose et justifie le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite de l'activité, lorsque des licenciements pour motif économique sont prévus, le projet rappelle les mesures déjà intervenues et définit les actions à entreprendre en vue de faciliter le reclassement et l'indemnisation des salariés dont l'emploi est menacé. Il tient compte de s travaux recensés par le bilan environnemental. Il recense, annexe et analyse les offres d'acquisition portant sur une ou plusieurs activités présentées par les tiers et indique la ou les activités dont sont proposées l'arrêt ou l'adjonction.

priori sur tous les autres éléments du projet du plan. Depuis la réforme de 2008-2009, la discussion peut également porter sur les propositions soumises par un créancier membre d'un comité⁴²⁷, précision étant faite que le débiteur conserve la maîtrise du futur plan puisque « *avec le concours de l'administrateur* », il lui est loisible de filtrer les propositions des créanciers et de ne transmettre aux comités que celles jugées bonnes.

218. En définitive, sur des bases souples, « *la loi suscite une véritable négociation entre le débiteur, l'administrateur et chacun des deux comités, qui peut conduire à l'amendement par le débiteur de ses propositions* »⁴²⁸. Cependant cette discussion doit être rapide puisque le projet final doit être soumis au vote de chacun des comités, dans les vingt à trente jours suivant la transmission des propositions du débiteur et après que les avis respectifs du mandataire judiciaire et des représentants du personnel aient été recueillis⁴²⁹.

219. Les deux comités statuent séparément sur le projet de plan unique selon les modalités de vote fixés par l'administrateur⁴³⁰. Il convient de préciser à cet égard que les conditions de majorité ont été allégées en 2008 en vue de favoriser l'adoption des plans. En effet, désormais, il faut une majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres des comités « *ayant exprimé* » un vote et non plus du montant des créances des membres du comité.

220. Une fois que les deux comités ont voté en faveur du projet de plan et, s'il existe des créanciers obligataires, leur assemblée générale doit être convoquée par l'administrateur « *afin de délibérer sur le projet de plan adopté par les comités des créanciers* » et, spécialement, sur le traitement des créances obligataires. L'article L. 626-32 du Code de commerce prévoit le même éventail de mesures de restructuration du passif que pour les comités⁴³¹, les conditions de majorité étant également les mêmes.

⁴²⁷ Code de commerce, article L. 626-2.

⁴²⁸ F. PEROCHON et R. BONHOMME, op. cit. n° 342-4, pp. 352 et 353.

⁴²⁹ Code de commerce, article R. 626-59

⁴³⁰ Ibid, article R. 626-59.

⁴³¹ Délais de paiement, remise de dettes, conversion en capital, traitement préférentiel des obligataires

221. Au total, le recours à la constitution des comités des créanciers ne peut qu'être encouragé dans la mesure où le dispositif peut aboutir non seulement à un plan approuvé par la majorité des fournisseurs du débiteur et des partenaires financiers, mais surtout, ce dispositif permet à ceux-ci de participer à l'élaboration du plan.

222. Cependant, quelque soit le degré de pertinence du plan de sauvegarde adopté par les comités, ce dernier pour être exécutoire, doit au préalable être validé in fine par le juge.

b) La nécessaire intervention du juge

223. L'effacement du juge dans la procédure de sauvegarde n'est pas aussi poussée que les apparences le laissent croire. Certes, le Tribunal arrête le plan conformément au projet de plan adopté par les comités de créanciers. Mais, la situation n'est pas aussi simple que cela à telle enseigne que l'on est en droit de se poser la question de savoir si, en dépit de la volonté du législateur français de faire de la procédure de sauvegarde une procédure essentiellement contractuelle, celui-ci n'a pas repris d'une main ce qu'il a donné de l'autre au regard de certains pouvoirs octroyés par ailleurs au juge.

224. Le projet de plan adopté par les comités doit être soumis au Tribunal, lequel doit s'assurer avant de l'arrêter définitivement « *que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment sauvegardés*⁴³² ». Les créanciers visés par l'article L.626-31 du Code de commerce⁴³³ sont vraisemblablement les créanciers membres des comités, et en particulier, les minoritaires, mais également les créanciers qui n'en sont pas membres et les salariés⁴³⁴. Le Tribunal doit sans doute également vérifier que l'un des comités n'a pas accepté des sacrifices disproportionnés par rapport à l'autre⁴³⁵.

⁴³² Loi du 26 juillet 2005, article 83, alinéa 7, nouvel article L. 626-31 du Code de commerce.

⁴³³ Et sur renvoi de l'article L. 631-19, I en redressement judiciaire.

⁴³⁴ V. sur ce point, débat Sénat, séance 30 juin 2005, JO Sénat CR, 1^{er} juillet 2005, p.4863.

⁴³⁵ En ce sens, S.PIEDELIEVRE, « La loi de sauvegarde des entreprises, JCP N 2005, 1397, p.1586, p.1586, spéc. N° 61.

225. Le Tribunal doit également, le cas échéant, vérifier que la modification du capital du débiteur sur laquelle repose le plan, a été régulièrement votée par les assemblées compétentes.

226. S'il est vrai que le pouvoir d'appréciation du Tribunal quant à l'adoption du plan est réel, il n'en demeure pas moins vrai que d'un autre côté, ce pouvoir est très encadré. Le Tribunal ne peut ainsi, en aucun cas, modifier le contenu du plan adopté : soit il accepte le projet de plan dans toutes ses dispositions, soit il le refuse. Le Tribunal ne peut refuser le plan qu'en se fondant sur la protection insuffisante des intérêts de certains créanciers ou sur le défaut d'approbation de la modification du capital prévue.

227. En adoptant le plan, le Tribunal procède, en définitive, à une véritable homologation dudit plan⁴³⁶, ce qui fait dire à certains auteurs que « *les comités sont... l'instrument d'une certaine contractualisation du plan* »⁴³⁷.

228. Le plan ainsi adapté revêt un caractère intangible en ce sens qu'il ne peut être substantiellement modifié qu'à la suite d'un nouveau vote des comités et de l'assemblée et non au gré du Tribunal⁴³⁸. Par ailleurs, la décision du Tribunal adoptant le plan « *rend applicables à tous leurs membres les propositions acceptées par chacun des comités* »⁴³⁹. Naturellement, en vertu du principe de la relativité des conventions, cette applicabilité ne concerne que les seuls membres des comités, les effets du plan quant au règlement des créances des autres créanciers étant arrêtés dans les conditions de droit commun, après consultation individuelle des intéressés par le mandataire judiciaire⁴⁴⁰.

229. La mise en place des comités des créanciers aboutit en définitive à un nouveau mode d'adoption du plan⁴⁴¹ « *qui combine composante contractuelle et composante judiciaire* »⁴⁴².

⁴³⁶ Le pouvoir du Tribunal est ici de même nature qu'à propos de l'accord amiable en matière de conciliation, v. supra, n°193 et s.

⁴³⁷ F. PEROCHON et R. BONHOMME, op.cit., n° 343-1, p.355.

⁴³⁸ Code de commerce, article L. 626-31, alinéa 2 qui déroge à l'article L. 626-26.

⁴³⁹ Code de commerce, article L. 626-31.

⁴⁴⁰ Ibid, article L. 626-33.

⁴⁴¹ DEHARVENG, Bull. actual. Lamy comm., n° 182, nov. 2005, p.5.

⁴⁴² F. PEROCHON et R. BONHOMME, op. cit., n° 343-2, p. 355.

230. Toutefois, le pouvoir d'appréciation reconnu au juge quant à la sauvegarde des intérêts des créanciers au moment de l'adoption du plan suscite un certain nombre d'interrogations. Il paraît à tout le moins logique d'affirmer que le Tribunal est fondé à refuser un projet de plan imposant des sacrifices excessifs aux créanciers⁴⁴³. Mais, comme s'interroge M. PETEL, pourrait-il refuser un projet qu'il estime, au contraire trop rigoureux et vouer de ce fait à l'échec ou, rejeter un projet instituant un traitement inégal entre les catégories de créances⁴⁴⁴ ?

231. En toute hypothèse, lorsque le Tribunal n'arrête pas le plan parce qu'il estime que les intérêts de tous les créanciers ne sont pas suffisamment protégés, la procédure est reprise selon les modalités qui excluent la constitution des comités de créanciers. Il faudrait en réalité comprendre que le Tribunal arrêtera, dans ce cas, un autre plan après consultation individuelle des créanciers conformément à la procédure ordinaire⁴⁴⁵. Ce pouvoir reconnu au juge pourrait, manifestement, vider de toute sa substance le dispositif de sauvegarde auquel le législateur a entendu conférer un caractère essentiellement contractuel. Le danger est d'autant plus réel qu'à la vérité, une procédure collective ne peut, par définition, satisfaire tous les créanciers, le juge devant, semble-t-il, plutôt être attentif à l'équilibre d'ensemble du projet du plan adopté, sauf à intervenir de nouveau en cas d'inexécution dudit plan.

3. Les pouvoirs du juge en cas d'inexécution du plan de sauvegarde

232. L'intervention judiciaire dans la procédure de sauvegarde ne se limite pas seulement à la phase préalable à l'adoption du plan ou au moment de l'adoption dudit plan. Elle trouve également un champ d'application en cas d'inexécution du plan ainsi arrêté par le Tribunal.

233. En effet, même si le débiteur a anticipé la cessation des paiements en élaborant un plan de sauvetage d'apparence sérieux, sa réussite n'en est pas pour autant

⁴⁴³ En ce sens, PH. PETEL, « *La réforme des plans de redressement* » in « *La réforme des procédures collectives* », Petites Affiches, n° spécial précité, p. 34.

⁴⁴⁴ PH. PETEL, article précité, p. 37.

⁴⁴⁵ La procédure de consultation individuelle est la procédure de droit commun prévue à l'article L. 626-5 du Code de commerce.

assurée. Des solutions aménagées depuis 1985 par le législateur en rapport avec cette question, solutions étoffées et améliorées au fil des réformes, il résulte que le juge peut intervenir à trois niveaux.

234. Le juge intervient d'abord dans le cadre de la modification du plan. Il intervient ensuite dans le cadre de l'action en recouvrement intentée par le débiteur. Il intervient enfin dans le cadre de la résolution du plan.

235. Lorsqu'il se trouve face à certaines difficultés, le débiteur est fondé à solliciter du Tribunal la modification du plan initial car, il ne saurait le modifier de son propre chef⁴⁴⁶. Le nouvel article de L.626-26 du Code de commerce⁴⁴⁷ permet au Tribunal de décider une modification substantielle des objectifs et des moyens du plan. Le Tribunal ne détient pas cependant un tel pouvoir lorsqu'il s'agit d'un plan voté par les comités des créanciers, lequel ne peut être modifié que sur la base d'un nouveau vote dans les mêmes conditions⁴⁴⁸. Sous cette réserve, toute modification des conditions d'exécution du plan requiert l'autorisation du Tribunal. Il en va par exemple ainsi si le débiteur doit être absorbé par sa société mère⁴⁴⁹. Pour certains auteurs, on y voit « *un moyen de prévenir l'inexécution du plan ou bien une forme atténuée d'inexécution du plan initial* »⁴⁵⁰, du moment où, généralement, le débiteur sollicite une révision des objectifs à la baisse⁴⁵¹ qui peut s'accompagner de celle de moyens à la hausse⁴⁵².

236. Saisi d'une demande en modification du plan, le Tribunal statue sur le rapport du commissaire à l'exécution du plan et sur avis du Ministère public. Il est tenu d'entendre toutes les parties prenantes (débiteur, commissaire à l'exécution du plan, contrôleurs, représentants du personnel) et toute autre personne intéressée. Lorsqu'une modification de l'échéancier est envisagée, l'article R.626-45 du Code de

⁴⁴⁶ Il n'est pas du pouvoir du débiteur et de ses principaux créanciers d'assouplir les dispositions du plan, opposables à tous. Le non respect par le débiteur des obligations lui incombant en vertu du plan serait une inexécution l'exposant à sa résolution.

⁴⁴⁷ Applicable au redressement Judiciaire sur renvoi de l'article L.626-19, I.

⁴⁴⁸ Cf. Code de commerce, article L.626-26.

⁴⁴⁹ Rép.Min n°52523, M. Justice, JOAN 17 mai 2005 p.5151, APC 2005 -13 obs. LEGROS.

⁴⁵⁰ R.BONHOMME et F.PEROCHON, op.cit., n°377, p.387.

⁴⁵¹ Les licenciements éventuels, régis par le droit commun, sont garantis par L'AGS s'ils interviennent dans le mois du jugement modifiant le plan, selon la jurisprudence pour qui, le jugement modifiant le plan fait corps avec celui-ci : Soc, 3 avr.1991, B-165 ; D.1994.somm.44, obs DERRIDA.

⁴⁵² Par exemple, la cession d'une branche d'activité qui devait être conservée, pour dégager des fonds et alléger les charges.

commerce assure l'information des créanciers soumis au plan, qui peuvent communiquer leurs observations au commissaire à l'exécution du plan.

237. Constat a été fait que les tribunaux semblent faire un usage prudent de ces dispositions textuelles et requièrent, pour accéder à la demande de modification du plan, un « *motif grave et non imputable au débiteur* »⁴⁵³, motif qui, selon certains, aurait pu être exigé par les textes dans le but d'éviter les abus⁴⁵⁴. Par ailleurs, les juges exigent que la modification soit nécessaire sinon à la survie de l'entreprise, du moins à celle du plan⁴⁵⁵.

238. En cas d'inexécution du plan de sauvegarde due à la défaillance du débiteur dans le paiement des dividendes, une action en recouvrement peut être engagée contre ce dernier. A cet égard, l'article L.626-27, I du Code de commerce, dont le premier alinéa était, pour certains, « *maladroit et décousu* »⁴⁵⁶ a été réécrit par l'ordonnance du 18 décembre 2008. Il en résulte qu' « *en cas de défaut de paiement des dividendes par le débiteur, le commissaire à l'exécution du plan procède à leur recouvrement conformément aux dispositions arrêtées. Il y est seul habilité* ». Le commissaire à l'exécution du plan étant chargé de répartir des sommes reçues du débiteur en règlement de l'échéance prévue au plan, en cas de défaillance de ce dernier, il doit, en principe, agir en exécution forcée aux fins de recouvrer les fonds et de payer les créanciers.

239. Bien que le texte paraisse impératif, il semble bien que le commissaire à l'exécution du plan est fondé à apprécier la situation et décider en opportunité d'agir soit en recouvrement, soit en résolution du plan, soit d'engager les deux actions à la fois⁴⁵⁷ si le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements. Si tel est le cas, l'alinéa 3 du I de l'article L.626-27 du Code de Commerce le contraint à solliciter du Tribunal la résolution du plan et l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaires.

⁴⁵³ HAEHL, chron. JCP E 1989.II.15642

⁴⁵⁴ R.BONHOMME et F.PEROCHON, op. cit., n°377, p.388.

⁴⁵⁵ V. par exemple, CA Versailles, 13^e ch., 15 nov. 2007, B. Joly 2008.316, n. Lucas.

⁴⁵⁶ R.BONHOMME et F.PEROCHON, op. cit., n°377, p.388

⁴⁵⁷ De manière principale et subsidiaire.

240. Le monopole d'agir en recouvrement des dividendes réservé au commissaire à l'exécution du plan est perçu par certains auteurs comme un « *mauvais coup porté au créancier* »⁴⁵⁸, à l'encontre de la finalité d'origine d'améliorer leur paiement. Pour d'autres, « *la solution est contraire au principe du droit à l'exécution* » et il est « *incohérent* » d'autoriser le créancier à agir en résolution du plan pour défaut de paiement et de lui refuser le droit d'agir en paiement⁴⁵⁹.

241. Le nouveau texte a au moins le mérite de la clarté et, selon M.VINCKEL⁴⁶⁰, il évite « *la multiplication des procédures tendant à l'obtention de titres exécutoires individuels* », ce qui « *participe d'une bonne administration de la justice* ». A dire vrai, il n'y aurait « *multiplication* ». de procédures que si le commissaire à l'exécution du plan est « *durablement défaillant* ».

242. Il reste qu'au plan textuel, le commissaire à l'exécution du plan détient un véritable monopole puisque la règle est clairement posée selon laquelle, cet organe est seul habilité à recouvrer les dividendes du plan. A ce propos, le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 18 décembre 2008 indique bien que l'article L.626-27-I in fine qui en est issu « *conforte le monopole du commissaire à l'exécution du plan pour procéder au recouvrement des dividendes impayés* ».

243. Il est donc question pour le commissaire à l'exécution du plan, comme sous l'empire de la législation antérieure, d'obtenir un titre exécutoire en engageant l'action en recouvrement des dividendes. Pourtant, le créancier ayant été admis au passif, l'on aurait pu penser que cette admission constituait une décision de justice et que dès lors, il y avait déjà là un titre exécutoire dispensant d'agir à nouveau en justice. Mais il n'en est rien car, d'une part la décision d'admission au passif n'est pas revêtue de la formule exécutoire et empêche donc l'exécution forcée et, d'autre part, la décision arrêtant le plan n'emporte pas condamnation du débiteur à payer une somme d'argent.

⁴⁵⁸ LUCAS, in LUCAS et LECUYER, Réforme des procédures collectives, loi de sauvegarde article par article, LGDJ 2006, p.223.

⁴⁵⁹ R.BONHOMME et F.PEROCHON, op.cit., n°378, p.389.

⁴⁶⁰ F.VINCKEL, « *L'exécution forcée du plan de sauvegarde* », RPC 2009-3, p.26, n°9.comp. l'opinion nuancée de LIENHARD, Code 2009, p.205.

244. Au regard de cette action strictement attitrée, on peut se demander ce qui adviendrait si le commissaire à l'exécution du plan n'agissait pas nonobstant la demande à lui faite par un ou plusieurs créanciers. Dans une telle hypothèse, il semble bien que la seule réponse offerte aux créanciers sera, *a priori*, de solliciter la résolution judiciaire du plan sans pouvoir pour autant, à titre subsidiaire, demander le paiement des dividendes⁴⁶¹. Au cas où la demande en résolution est rejetée, il ne restera aux créanciers qu'à engager la responsabilité du commissaire à l'exécution du plan resté inactif en dépit d'une mise en demeure à lui adressée⁴⁶². Bien que cette hypothèse ne soit point prévue par les textes, M.LE CORRE suggère que les contrôleurs nommés, agissant dans leur mission de défense de l'intérêt collectif des créanciers, puissent agir en se substituant au commissaire à l'exécution du plan, après une mise en demeure restée infructueuse deux mois⁴⁶³.

245. S'agissant de la juridiction compétente pour connaître de l'action en recouvrement des dividendes, les solutions jurisprudentielles adoptées sous l'empire de la législation antérieure à la loi du 26 juillet 2005 devraient être reconduites. Ainsi, l'action devra être portée devant la juridiction normalement compétente. Il en résulte que l'exception d'incompétence au profit du Tribunal de la procédure collective doit être rejetée⁴⁶⁴.

246. Il en résulte également qu'aucune contestation sérieuse de l'obligation ne pouvant en l'espèce être excipée, le commissaire à l'exécution du plan est fondé à agir en référé-provision⁴⁶⁵. Il en résulte enfin que le juge commissaire à supposer qu'il soit encore en fonction, est incompétent pour connaître d'une telle demande.⁴⁶⁶

247. Pour ce qui est enfin de la résolution judiciaire du plan de sauvegarde, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, l'on distingue désormais deux hypothèses de résolution du plan : une hypothèse de résolution facultative et une hypothèse de résolution obligatoire.

⁴⁶¹ En ce sens, P.-M, LE CORRE, Droit et Pratique des procédures collectives, Dalloz Action, 2012/2013, n°522.54, P.1077.

⁴⁶² P.-M LE CORRE, *ibid*.

⁴⁶³ P.-M LE CORRE, *ibid*.

⁴⁶⁴ Paris, 14 e ch., 6 fév.2002, Ricci 2003 n°1283, p.36.

⁴⁶⁵ Telle a été la solution adoptée au profit du créancier agissant en recouvrement des dividendes : Com.14 mars 1995, n°91-22.186, Bull.civ.4, n°81 ; RPC 1995, 151, obs. SOINNE ; JCP E 1995.p.3861 ,n°2,obs.n.CABRILLAC.

⁴⁶⁶ M.CABRILLAC, obs. sous T. Com. Paris, réf.21 mars 1989, JCP E 1990. II .15658, n°7.

248. En ce qui concerne la première hypothèse, il résulte des dispositions de l'article L.626-27, P du Code de commerce⁴⁶⁷ issu de l'ordonnance du 18 décembre 2008 que « *le Tribunal qui a arrêté le plan peut après avis du ministère public en décider la résolution, si le débiteur n'exécute pas ses engagements dans le délai fixé par le plan* ».

249. Cette disposition textuelle rappelle fort bien celle issue de l'article 139(1°) de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif relative à la résolution du concordat préventif ou de redressement. Cet article énonce en effet que la résolution du concordat peut être prononcée, entre autres, « *en cas d'inexécution par le débiteur, de ses engagements concordataires ou des remises et délais consentis...* ». Elle appelle des observations tenant aussi bien au domaine de la résolution qu'à son régime.

250. S'agissant du domaine de la résolution, celle-ci n'est admise que s'il ya une inexécution des engagements contractés par le débiteur. Cette formule large qui n'a pas été retouchée en 2008 viserait à « *renforcer le sérieux du plan et à mieux en contrôler l'exécution* »⁴⁶⁸. Dès lors, peu importe la nature des engagements inexécutés. Il peut s'agir d'engagements financiers que sociaux, stratégiques ou juridiques⁴⁶⁹. Selon M.BONHOMME et Mme PEROCHON,⁴⁷⁰ la solution doit être certaine pour tous les engagements contractés expressément par le débiteur et intégrés dans le plan, qu'ils soient, malgré la lettre du texte, assorties, ou non d'un délai particulier⁴⁷¹. Deux limites peuvent cependant être apportées à ce vaste domaine. En premier lieu, l'on observera que seul est visé par le texte l'inexécution du débiteur alors que celle-ci est parfois imputable à une autre personne⁴⁷². En second lieu, les obligations non mentionnées dans le plan telle l'obligation de payer à l'échéance les créanciers, ne sauraient, *a priori*, conduire à l'application de l'article L.626-27 pris à la lettre, en l'absence d'engagement exprès du débiteur.

⁴⁶⁷ Applicable en redressement judiciaire sur renvoi de l'article L.631-19 du Code de commerce.

⁴⁶⁸ R.BONHOMME et F.PEROCHON, op. cit., n°381, p.391

⁴⁶⁹ Rapp. XAVIER DE ROUX, n°2095, p.393.

⁴⁷⁰ R.BONHOMME et F.PEROCHON n°381, p.391.

⁴⁷¹ Ils sont aussitôt exigibles s'ils ne comportent aucun délai.

⁴⁷² Code de commerce art.L-626-10.

251. Sous cette réserve, tout engagement inexécuté est susceptible d'être source de résolution. La résolution du plan a ainsi été prononcée pour inexécution de l'engagement de vente d'un immeuble⁴⁷³. De même, lorsque le plan prévoit une modification du capital social non mise en œuvre au jour de son adoption, le refus de l'assemblée générale des associés de voter l'augmentation du capital en conformité avec les prévisions du jugement arrêtant le plan est constitutif d'une inexécution imputable à la personne morale.⁴⁷⁴

252. La principale source de résolution reste cependant l'inexécution des engagements financiers et, plus spécialement, le non-paiement aux échéances convenues, des dividendes du plan. L'inexécution sera démontrée du moment où les sommes versées par le débiteur sont inférieures aux montants des dividendes échus⁴⁷⁵.

253. S'agissant du régime de la résolution, il convient au préalable de relever que l'article L.626-27, du Code de commerce confère au Tribunal une simple faculté, solution du reste déjà posée sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985 non réformée⁴⁷⁶. En effet, l'automatisme de la résolution aurait pu être dangereuse⁴⁷⁷.

254. Tout comme dans le droit commun de la résolution judiciaire des contrats à laquelle la technique de la résolution du plan emprunte, la résolution ne sera prononcée que si l'inexécution du plan est d'une certaine gravité, ou si elle s'accompagne de la création d'un passif nouveau⁴⁷⁸, ou encore de l'arrêt de l'activité⁴⁷⁹. En droit africain, l'exigence d'une inexécution revêtant une certaine gravité est formulée expressément à l'article 139 précité qui précise que « *la juridiction compétente apprécie si ces manquements sont suffisamment graves pour compromettre définitivement l'exécution du concordat* ». Dans le cas contraire, ajoute le texte, la juridiction compétente « *peut accorder des délais de paiement qui ne sauraient excéder, de plus de six mois, ceux déjà consentis par les créanciers* ». Il

⁴⁷³ Com., 7 janv.2003, n°99-18-838, NP, n° 9 F-D.

⁴⁷⁴ Com., 8 oct.2003, n°00-19.657,NP. Act. Proc.coll.2004/2, n°21.

⁴⁷⁵ Com., 20 sept.2005, n°04-15.154, NP.

⁴⁷⁶ Com., 5 mars 2002, n°98-23411, n°98-23-412,NP.

⁴⁷⁷ P-M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action, 2012/2013, n°524-11, P.1092.

⁴⁷⁸ Dijon 1^{re} ch., 2^e sect.,26 avr.1990, Juris-Data n°047427.

⁴⁷⁹ Lyon, 3^e ch., 26 nov.1993, RPC 1995, 152, n°32, obs. SOINNE

faut préciser que sur cette question, il apparait qu'en droit français, le Tribunal ne peut accorder au débiteur des délais de grâce, pour l'exécution de son plan, sur le fondement de l'article 1244-1 Code civil, ce texte étant inapplicable en dehors des obligations conventionnelles auxquelles il n'est pas possible d'assimiler le plan de sauvegarde ou de redressement qui est « *arrêté* » par le Tribunal et non homologué par celui-ci⁴⁸⁰.

255. Il appartient donc au Tribunal d'apprécier souverainement si les manquements du débiteur présentent une gravité suffisante pour justifier la résolution du plan⁴⁸¹. En revanche, le Tribunal n'a pas à rechercher les causes de l'inexécution, dès lors que celle-ci est avérée⁴⁸², pas plus qu'il ne doit rechercher si la sanction est disproportionnée par rapport aux efforts accomplis par le débiteur pour assurer le redressement.

256. La résolution peut être mise en œuvre à la demande du commissaire à l'exécution du plan, sans mise en demeure préalable du débiteur d'avoir à régulariser les arriérés de dividendes du plan⁴⁸³. Cette solution, difficile à justifier alors que les dividendes du plan étaient quérables sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985 non réformée, devrait, *a fortiori*, être reconduite depuis leur portabilité issue de la loi du 10 juin 1994. Le Tribunal compétent pour connaître de l'action en résolution est le Tribunal de la procédure collective qui peut également être saisi par un créancier, par le Ministère public ou se saisir d'office. En revanche, en droit africain, pour la résolution du concordat, le Tribunal peut être saisi à la demande d'un créancier⁴⁸⁴, ou des contrôleurs du concordat⁴⁸⁵. Le Tribunal peut même se saisir d'office, le débiteur entendu ou dûment appelé, cette solution s'imposant surtout dès lors que l'inobservation des engagements pris par le débiteur à l'égard de ses créanciers n'est plus la seule cause de la résolution⁴⁸⁶.

⁴⁸⁰ En ce sens, P.-M LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action, 2012/2013, n°524.11, p.1093.

⁴⁸¹ Com., 26 juin 2001, n°98-15123 NP-Com., 5 mars 2002, n°98-23.411, n°98-23.412, NP.

⁴⁸² Com., 8 juill.2008, n°07-15.176, NP, n°796 F-D ; LX13 hebdo, sept.2008, n°318, N° N9882 13 G4, note LE CORRE.

⁴⁸³ Com, 9 déc.1997, n°95-14.082, n°95-14.083, Bull.civ.IV, n°330 ; RJDA 1998/4 n°478.

⁴⁸⁴ Ce droit appartient aussi bien aux créanciers chirographaires auxquels le concordat est opposable, qu'aux créanciers titulaires de sûretés qui se trouvent, volontairement ou légalement, associés au concordat : ceux qui sont soumis aux délais et remises concordataires parce qu'ils n'ont pas fait connaître leurs intentions dans le délai prescrit, et même ceux qui ont accordé des délais et remises pour faciliter l'exécution du concordat.

⁴⁸⁵ Il faut rappeler que ceux-ci sont spécialement chargés de « *faire rapport sur tout retard ou autre manquement à l'exécution du concordat au Président au Tribunal* », cf. article 128, alinéa 1 de l'AUPC.

⁴⁸⁶ J.M NYAMA, Droit des entreprises en difficultés OHADA, op.cit, n°189, p.269.

257. Au plan de l'administration de la preuve, c'est au demandeur à l'action qu'il appartient de démontrer l'inexécution incriminée et non au débiteur de prouver qu'il a correctement exécuté le plan. Il s'agit là de l'application de la règle de portée générale connue sous l'adage « *actori incumbit probatio* ». Cependant, si l'inexécution porte sur le non règlement des dividendes du plan, la règle de principe posée par l'article 1315 du Code civil et, selon laquelle, celui qui invoque l'exception de paiement doit la prouver sera tenue en échec.

258. 233.L'hypothèse de résolution obligatoire du plan quant à elle résulte des dispositions de l'article L.626-27, I, alinéa 3 du Code de commerce qui impose au Tribunal de prononcer la résolution du plan de sauvegarde en cas de cessation des paiements .Pareillement, le législateur communautaire africain, au travers des dispositions de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, oblige le Tribunal à prononcer la résolution soit du concordat préventif, soit du concordat de redressement en cas de constat de cessation des paiements⁴⁸⁷.

259. Cette résolution obligatoire du plan entraîne *ipso facto* l'ouverture d'une nouvelle procédure. En la matière, le principe légal d'une double sanction est emprunté à la jurisprudence qui avait décidé en son temps que « *la résolution du plan de continuation, même consécutive à la constatation de l'état de cessation des paiements, entraîne le prononcé de la liquidation judiciaire* »⁴⁸⁸.

260. Ainsi, l'article L.626-27-I, alinéa 3 du Code de commerce, issu de l'ordonnance du 18 décembre 2008, soumet le débiteur qui se retrouve en état de cessation des paiements au Cours de l'exécution du plan de sauvegarde à la résolution du plan à l'ouverture du redressement judiciaire ou, si le redressement est manifestement impossible, de la liquidation judiciaire. Il a été relevé que le texte nouveau « *est porteur d'espoir pour le débiteur, ce qui assure une attraction supplémentaire de la sauvegarde* »⁴⁸⁹. A cet égard, est significatif le changement

⁴⁸⁷ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 141.

⁴⁸⁸ Com., 10 mai 2005, n°03-18797, B.99 ; Com., 4 janv.2000, B.1

⁴⁸⁹ P-M LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, DALLOZ Action, 2012/2013, n°564.22, p 1303.

terminologique opéré par l'alinéa 2 de l'article R.626-48 du Code de commerce dans la rédaction que lui donne l'article 38 du décret d'application de l'ordonnance de réforme du 12 février 2009. Le texte n'énonce plus que le Tribunal qui prononce la résolution du plan, prononce dans le même jugement la liquidation judiciaire. Il énonce plutôt que dans ce cas, le Tribunal « ouvre » dans le même jugement, selon le cas, soit un redressement, soit une liquidation judiciaire. De l'avis de M. LE CORRE, le verbe « ouvre » est plus judicieux, du moment où il ne s'agit pas ici d'une conversion de procédure collective mais bien de l'ouverture d'une nouvelle procédure.⁴⁹⁰

261. L'on précisera cependant que cette solution est limitée au seul plan de sauvegarde, puisque l'apparition de l'état de cessation des paiements pendant l'exécution du plan de redressement continue à être sanctionnée par une résolution du plan, imposant au Tribunal d'ouvrir concomitamment la liquidation judiciaire. Cette différence s'expliquerait par le fait que, dans le cadre du plan de redressement judiciaire, il y aurait récurrence dans la cessation des paiements, ce qui n'est pas le cas dans l'hypothèse de résolution du plan de sauvegarde⁴⁹¹.

262. Le droit africain prévoit également l'ouverture de nouvelles procédures en cas de résolution du concordat consécutivement à l'apparition de l'état de cessation des paiements lors de son exécution. La solution diffère cependant selon qu'il s'agit du concordat préventif ou du concordat de redressement. En cas de résolution du concordat préventif, la juridiction compétente est tenue de prononcer soit le redressement soit la liquidation⁴⁹². En cas de résolution du concordat de redressement, la juridiction compétente « convertit le redressement judiciaire en liquidation des biens et nomme un syndic »⁴⁹³.

⁴⁹⁰ P-M. LE CORRE. op-cit. n° 564.22, p 1303.

⁴⁹¹ En ce sens, Ph. ROUSSEL GALLE, « les plans : apports de la réforme », Dr. et patr. déc. 2009, n°187, p79s, sp.p.82.

⁴⁹² Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 141, alinéa 1

⁴⁹³ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 141, alinéa 1. Ibid, article 141, alinéa 2.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 DU TITRE 1

263. En définitive, la confrontation entre les règles du droit des entreprises en difficulté issu de l'OHADA avec celles du droit français laisse apparaître—que le domaine d'intervention du juge préventif français est, de loin, plus élargi que celui du juge préventif africain, dans la mesure où celui-ci se limite à la procédure de règlement préventif et, dans une moindre mesure, à l'expertise de gestion.

264. Pour autant, l'intensité de cette intervention est réelle alors même que l'entreprise est encore in bonis et que par ailleurs, la procédure de règlement préventif se veut volontariste. Cette intensité de l'intervention du juge africain dans la procédure de règlement préventif se ressent aussi bien au niveau des pouvoirs décisionnels reconnus au juge lors de la phase préparatoire de cette procédure—qu'au travers des pouvoirs décisionnels détenus par lui lors de la phase d'élaboration du concordat.

265. A l'opposé, il apparaît nettement que le rôle du juge préventif français dans le processus de sauvetage de l'entreprise en difficulté est plus réduit lorsque l'on appréhende l'ensemble des composantes du dispositif français du droit de la prévention que sont respectivement la procédure d'alerte, le mandat ad hoc, la conciliation et la sauvegarde.

266. S'il apparaît, *in fine*, que le juge français intervient moins intensément que son homologue africain dans le cadre de la prévention des difficultés de l'entreprise, il est à se demander si cette tendance est encore valable dans le cadre d'une intervention judiciaire à titre curatif.

CHAPITRE 2 : LES DEGRES DE L'INTERVENTION DU JUGE A TITRE CURATIF

267. Il arrive que les difficultés de l'entreprise soient trop graves pour être résolues à l'amiable. Concrètement, lorsque l'entreprise n'est plus à même de payer ses créanciers, elle devient éligible d'un traitement judiciaire à visée soit curative, soit liquidative. A ce stade, il n'est plus question pour le juge de prévenir mais, plutôt, de guérir, le cas échéant, l'entreprise ayant cessé ses paiements⁴⁹⁴.

268. La Cour de cassation française a défini la cessation des paiements comme « *l'impossibilité pour le débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible* »⁴⁹⁵. Cette définition a été reprise par le législateur français de 1985 autant que par celui de 2005 qui en a fait l'objet du nouvel article L. 631 – 1 du Code de Commerce⁴⁹⁶. Pour sa part, le législateur communautaire africain a fait sienne la définition de la cessation des paiements telle que conçue par son homologue français et, l'a inscrite au sein de l'article 25 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif⁴⁹⁷.

269. Cependant, il est devenu banal d'affirmer que la constatation de l'état de cessation des paiements est une prérogative du juge. En effet, tant le droit français que le droit africain condamnent la théorie de la « *faillite de fait* » ou « *faillite virtuelle* ». Selon cette théorie utilisée par les tribunaux français jusqu'en 1955⁴⁹⁸, la faillite était une situation de fait qui résultait de la seule cessation des paiements⁴⁹⁹. Il en résultait qu'un créancier était en droit de se prévaloir de l'état de faillite de fait

⁴⁹⁴ Il y a cependant lieu de nuancer ces propos puisque, désormais, la loi française du 26 juillet 2005 permet au juge préventif d'intervenir dans le cadre de la procédure de conciliation si le débiteur est en état de cessation des paiements depuis 45 jours.

⁴⁹⁵ Cass. Com. 14 févr. 1978, B. 66; D. 1978.IR 443, obs. HONORAT.

⁴⁹⁶ L'article 88 de la loi du 26 juillet 2005 devenu le nouvel article L 631 – 1 du Code de commerce est ainsi libellé : « *Il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur ... qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements.* »

⁴⁹⁷ L'article 25 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif est ainsi libellé : « *Le débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible...* »

⁴⁹⁸ La Cour de cassation française jugeait constamment que les tribunaux respectifs n'étaient pas liés par les déclarations des tribunaux de commerce sur l'époque de l'ouverture des faillites ou sur celle de la cessation des paiements et, pouvaient, en conséquence, prononcer les peines de banqueroute en l'absence de tout jugement déclarant de faillite ou, en présence d'un jugement décidant de ne pas prononcer la faillite : Crim., 23 février 1880, D.P. 1880. 1. 399 ; 13 mai 1882, D.P. 1882. 1. 487 ; 18 janvier 1936, D.H. 1936.85.

⁴⁹⁹ Y. GUYON, op cit., n° 1128

pour prétendre, par exemple, que le débiteur ayant dû être dessaisi de ses biens, n'aurait pas dû passer valablement tel acte donné⁵⁰⁰. Il va sans dire qu'une telle approche était dangereuse en ce que, d'une part elle privait le débiteur des garanties que le législateur avait entendu lui accorder en instituant l'intervention du Tribunal à titre principal dès le début de la procédure et, d'autre part, elle était contraire au principe d'égalité entre créanciers⁵⁰¹.

270. Aussi, la loi française du 13 juillet 1967 en son article 6 in fine, à la suite du décret du 20 mai 1955, a posé le principe selon lequel, en l'absence de jugement, le règlement judiciaire ou la liquidation des biens ne résultaient pas du fait de la cessation des paiements. Ce faisant, le législateur français condamnait la théorie de la « *faillite de fait*. » Bien que les législations postérieures n'aient pas expressément repris cette interdiction, il n'en reste pas moins vrai que cette théorie a disparu de l'ordonnement juridique français. Le législateur africain, de son côté, condamne, de manière expresse, la « *faillite de fait* » au travers des dispositions de l'article 32 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif aux termes desquelles, « *l'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens ne peut résulter que d'une décision de la juridiction compétente.*»⁵⁰²

271. Mais, l'exigence légale va plus loin. Non seulement l'intervention du juge est nécessaire pour la constatation de l'état de cessation des paiements, mais, encore, obligation est faite au débiteur de saisir le juge à cet effet. Aussi bien en droit africain⁵⁰³ qu'en droit français⁵⁰⁴, la saisine du Tribunal par le débiteur en état de cessation des paiements aux fins de dépôt de bilan semble constituer le mode de saisine normal⁵⁰⁵, les autres modes de saisine ne constituant que des modes occasionnels⁵⁰⁶. L'obligation ainsi faite au débiteur en état de cessation des paiements par les législations africaine et française de déposer le bilan en saisissant le juge dans

⁵⁰⁰ Ibid.

⁵⁰¹ Ibid.

⁵⁰² Paradoxalement, le législateur africain reconnaît la validité de la « *faillite de fait* » en matière pénale, puisque, il résulte des dispositions de l'article 236 du même Acte uniforme qu'« *une condamnation pour banqueroute simple ou frauduleuse ... peut être prononcée même si la cessation des paiements n'a pas été constatée...* ». Une telle situation s'explique difficilement, même si l'on prend en considération l'autonomie du droit pénal.

⁵⁰³ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 25.

⁵⁰⁴ Loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, article 88, alinéa 7, nouvel article L. 631-4 du Code de commerce.

⁵⁰⁵ F. PEROCHON et R. BONHOMME, op. cit., n° 187, p. 161.

⁵⁰⁶ F. M. SAWADOGO, op. cit., n° 122.

des délais déterminés⁵⁰⁷, résulte à n'en point douter, d'une volonté d'assurer un possible sauvetage de l'entreprise. Il semble bien en effet qu'à ce stade des défaillances de l'entreprise, le sort de celle-ci est détenu entre les mains du juge (section 1) qui dispose du pouvoir certes encadré, d'arrêter les modalités du choix de son devenir (section 2).

SECTION 1 : LA DETENTION DU POUVOIR DE DECIDER DU SORT DE L'ENTREPRISE

272. La loi française du 13 juillet 1967⁵⁰⁸ a eu le mérite de procéder à une dissociation nette entre le sort du débiteur et celui de l'entreprise. Cette tendance a été confirmée par la loi du 25 janvier 1985 ainsi que par celle du 26 juillet 2005. Dans cette optique, le prononcé des procédures mises en place dépend d'une option économique exercée par le Tribunal et n'est plus lié à la faute commise par les dirigeants⁵⁰⁹. Le droit africain n'est pas resté en marge de cette évolution si l'on s'en tient d'une part, aux nombreux pouvoirs octroyés par le législateur communautaire au juge dans le cadre des procédures de règlement préventif et de redressement judiciaire et, d'autre part, à la distinction faite par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif entre les mesures patrimoniales inhérentes à l'entreprise et les mesures extra-patrimoniales appelées à frapper les dirigeants.

273. Le sort de l'entreprise en état de cessation des paiements est ainsi devenu le principal enjeu de la procédure. L'entreprise est-elle redressable par la continuation de l'exploitation par le débiteur ou faut-il, pour son sauvetage, la céder à un tiers reprenneur ? La situation est-elle si catastrophique qu'il faille immédiatement procéder à sa liquidation ?

⁵⁰⁷ Alors qu'en droit africain, le délai imparti au débiteur en état de cessation des paiements, pour déposer le bilan est de 30 jours à compter de la cessation des paiements, en droit français, il est de 45 jours.

⁵⁰⁸ Supra, n°6

⁵⁰⁹ Supra, n° 5 et s.

274. En vérité, affirmer que le juge détient le pouvoir de décider du sort de l'entreprise en état de cessation des paiements, revient à soutenir qu'il incombe à celui-ci de prendre une décision judiciaire se traduisant soit par une mesure de sauvetage de l'entreprise, soit par une mesure de dispersion de l'actif résultant d'un processus liquidatif.

275. Ainsi, le juge qui détient le pouvoir de décider du sort de l'entreprise doit choisir entre deux choses. Ou bien il estime que l'entreprise peut faire l'objet d'un sauvetage, auquel cas, dans le cadre d'un plan de redressement, il choisit les modalités de ce sauvetage⁵¹⁰ qui peuvent être soit la continuation de l'entreprise, soit sa cession totale ou partielle. Ou bien il estime que le sauvetage de l'entreprise n'est plus possible, auquel cas, il prononce la liquidation judiciaire.

276. A cet égard, il ne paraît pas inutile de relever que le moment du choix de la procédure applicable par le juge diffère selon que l'on se place sur le terrain du droit français ou sur le terrain du droit africain.

277. En droit français, le juge saisi d'une procédure collective de redressement judiciaire est tenu d'ouvrir une période d'observation⁵¹¹. La période d'observation, période de préparation de l'éventuel redressement de l'entreprise, s'explique par la volonté de donner au juge une connaissance complète de la situation de l'entreprise qui lui permettra de choisir la solution la mieux adaptée à la situation⁵¹². Toutefois, il peut être fait exception à la nécessité d'une période d'observation et le Tribunal doit alors ordonner la liquidation immédiate de l'entreprise, lorsqu'il apparaît que le redressement de celle-ci est manifestement impossible⁵¹³.

278. En droit africain en revanche, il n'existe pas de période d'observation concomitante à l'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire. Le

⁵¹⁰ Sur le choix des modalités du devenir de l'entreprise, infra, n° 348.

⁵¹¹ Il résulte des dispositions de l'article 88 de la loi du 26 juillet 2005 devenu le nouvel article L. 631-1 du Code de commerce que la procédure de redressement judiciaire donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation. En vertu du renvoi opéré par l'article L. 631-7, cette période d'observation est, comme dans la procédure de sauvegarde, d'une durée maximale de 6 mois renouvelable une fois, étant entendu que lorsqu'il s'agit d'une exploitation agricole, le Tribunal peut proroger ladite période en fonction de l'année culturale en cours et des usages spécifiques aux productions de l'exploitation.

⁵¹² M. JEANTIN et P. LE CANNU, op. cit., n° 627.

⁵¹³ Article 92 de la loi du 26 juillet 2005, nouvel article L. 631-15 du Code de commerce. Il y a cependant lieu de convenir avec M. JEANTIN et P. LE CANNU (op. cit., n° 632) qu'on peut s'interroger sur le pouvoir d'appréciation du juge relativement au caractère « *manifestement impossible* » du redressement et craindre que la formule ne devienne une clause de style.

juge africain qui constate la cessation des paiements doit prononcer soit le redressement judiciaire, soit la liquidation des biens⁵¹⁴. Il prononcera le redressement judiciaire s'il lui apparaît que le débiteur a proposé un concordat sérieux et, dans le cas contraire, il prononcera la liquidation des biens⁵¹⁵. Il s'en suit que la question du choix de la procédure se pose au juge africain dès le jugement d'ouverture et doit être tranché à cet instant précis après, le cas échéant, expiration des délais impartis au débiteur pour présenter un concordat sérieux⁵¹⁶, même si certains tribunaux africains ne semblent pas percevoir les choses dans ce sens⁵¹⁷.

279. En l'absence de période d'observation susceptible d'éclairer le juge africain quant à la solution la mieux adaptée à la situation de l'entreprise, le législateur a néanmoins mis à la disposition de ce dernier, la possibilité d'ordonner une enquête préalable.⁵¹⁸

280. S'il apparaît, en fin de compte, que la primauté du rôle du juge constitue une réalité indéniable à un moment crucial de la vie de l'entreprise aussi bien dans le droit africain que dans le droit français, l'on constate cependant que cette intervention judiciaire est contrastée (paragraphe 2). Qui plus est, l'importance du rôle des créanciers antérieurs au jugement d'ouverture dans le déroulement de la procédure, dans les deux systèmes, vient, quelque peut, tempérer cette primauté (paragraphe 1).

⁵¹⁴ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 33, alinéa 1.

⁵¹⁵ Ibid, article 33, alinéa 2.

⁵¹⁶ En ce sens, F. M. SAWADOGO, Droit des entreprises OHADA, op. cit., n° 126, p. 118. On ne peut s'empêcher de regretter la brutalité de ces dispositions légales africaines quant au choix par le juge de la procédure si l'on se situe dans une perspective de sauvetage de l'entreprise. En effet, il paraît difficile de juger du caractère sérieux d'une proposition de concordat dès la saisine du Tribunal. Afin d'éviter que le juge ne se prononce à la hâte sur la liquidation de l'entreprise, il eût été peut-être plus prudent, comme le relève M. ISSA-SAYEGH (cf. J. ISSA-SAYEGH, obs. sous T.G.I. Ouagadougou, 24 janvier 2001, w.w.w.ohada.com / jurisprudence) de donner une chance au débiteur qui, spontanément, dépose son bilan, en ouvrant systématiquement une procédure de redressement judiciaire, quitte à la convertir plus tard en liquidation des biens après échec de la négociation des termes du concordat avec les créanciers tel que prévu à l'article 119, alinéa 4 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif ou, en cas de rejet des propositions par les créanciers, lors de l'assemblée concordataire.

⁵¹⁷ Tribunal de Grande Instance, Ouagadougou, jugement n° 234 du 29 mars 2000 (inédit). Dans le dispositif de cette décision, le juge autorise plutôt le débiteur à « proposer un projet de concordat ou un plan de redressement à soumettre aux différentes parties », v. F.M SAWADOGO, note sous article 33 de l'AUPC, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, p.922.

⁵¹⁸ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 32, alinéa 2.

PARAGRAPHE 1 : LA COMMUNE IMPORTANCE DES CRÉANCIERS DANS LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE

281. L'importance du rôle des créanciers dans le déroulement de la procédure de redressement judiciaire en droit africain et en droit français prend du relief dans deux situations particulières. La première situation a trait à la consultation des créanciers lors de la phase d'élaboration des solutions définitives de sauvetage de l'entreprise (A.) La deuxième situation a trait à la phase d'adoption desdites solutions (B).

A. LA CONSULTATION DES CRÉANCIERS LORS DE L'ÉLABORATION DES SOLUTIONS

282. Alors qu'en droit africain la consultation des créanciers dans l'élaboration des solutions de sauvetage de l'entreprise se manifeste dans le cadre du concordat de redressement (1), en droit français, celle-ci transparait dans le cadre de l'élaboration du plan de redressement (2.)

1. L'élaboration du concordat de redressement

283. Il résulte des dispositions de l'article 72 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif que « *la décision d'ouverture constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui, seul, agit en son nom et dans l'intérêt collectif et peut l'engager.* » Le texte ajoute que « *la masse est constituée par tous les créanciers dont la créance est antérieure à la décision d'ouverture.* »

284. Par l'intermédiaire de cette organisation collective, les créanciers conservent un rôle important dans le déroulement de la procédure, même si l'exercice de leurs prérogatives est gêné par la confusion des rôles qui s'établit sur la tête du syndic, à la

fois représentant de la collectivité des créanciers⁵¹⁹ et assistant du débiteur dans la procédure de redressement judiciaire⁵²⁰.

285. On rappellera qu'en même temps que la déclaration de cessation des paiements au greffe de la juridiction compétente et, au plus tard dans les quinze jours suivant celle-ci, le débiteur est tenu de déposer une offre de concordat précisant les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise. Ces mesures et conditions sont celles énumérées à l'article 27 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Il s'agit d'abord des modalités de continuation de l'entreprise telles notamment la demande ou l'octroi de délais et de remise, la cession partielle d'actif avec indication précise des biens à céder, la cession ou la location-gérance d'une branche d'activité formant un fonds de commerce, la cession ou la location-gérance de la totalité.

286. Il s'agit ensuite des personnes tenues d'exécuter le concordat et l'ensemble des engagements souscrits par elle et nécessaires au redressement de l'entreprise, les modalités du maintien et du financement de l'entreprise, du règlement du passif né antérieurement à la décision d'ouverture ainsi que, s'il y a lieu, les garanties fournies pour en assurer l'exécution. Ces engagements et garanties peuvent consister, notamment, en la souscription d'une augmentation du capital social par les anciens associés ou par de nouveaux, l'ouverture de crédits par des établissements bancaires ou financiers, la poursuite de l'exécution de contrats conclus antérieurement à la décision d'ouverture, la fourniture de cautions. Il s'agit enfin des licenciements pour motif économique envisagés ainsi que le remplacement des dirigeants.

287. Le délai pour le dépôt des propositions concordataires est d'un mois à compter de l'assignation ou de la comparution au Tribunal lorsque la procédure s'ouvre sur assignation des créanciers⁵²¹ ou sur saisine d'office⁵²². Le délai est de quinze jours pour les héritiers désireux de proposer un concordat lorsqu'une procédure est engagée

⁵¹⁹ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 72.

⁵²⁰ Aux termes des dispositions de l'article 52 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, « la décision qui prononce le redressement judiciaire emporte de plein droit ... assistance obligatoire du débiteur pour tous les actes concernant l'administration et la disposition des biens ... »

⁵²¹ Ibid, article 28.

⁵²² Ibid, article 29.

contre une personne décédée⁵²³. Les délais ainsi répartis ne sont pas sans intérêt car, c'est à partir des propositions concordataires que le Tribunal décidera du choix de la procédure à appliquer, d'où l'intérêt à avoir suffisamment du temps et des éléments pour se décider⁵²⁴. Il n'est dès lors guère étonnant qu'à défaut de proposition de concordat ou, en cas de retrait de celle-ci, la juridiction compétente soit tenue de prononcer l'ouverture de la liquidation des biens ou de convertir le redressement judiciaire en liquidation des biens⁵²⁵.

288. Il est cependant regrettable que le législateur africain n'ait accordé au débiteur qu'un délai de quinze jours pour déposer ses propositions concordataires. Comme le pensent à juste titre certains⁵²⁶, on comprend mal la raison justifiant qu'il soit accordé au débiteur un délai de trente jours pour présenter son offre de concordat préventif⁵²⁷ et seulement quinze jours pour déposer une offre de concordat de redressement. Ce dernier délai apparaît manifestement bref si l'on tient à présenter une offre de concordat sérieux.

289. Les créanciers sont consultés aussitôt le dépôt des propositions concordataires fait par le débiteur. Les créanciers chirographaires sont avisés par des insertions dans un journal d'annonces légales⁵²⁸. Quant aux créanciers munis d'une sûreté réelle spéciale, ils sont immédiatement avertis personnellement par le greffier, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite, au plus tard à l'expiration du délai de quinze jours à compter de la réception de l'avertissement, d'avoir à faire connaître s'ils acceptent ces propositions concordataires ou s'ils entendent accorder des délais et des remises différents de ceux proposés et lesquels ces créanciers doivent répondre à l'avertissement à eux adressé par le greffier, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite. Ils ont un choix à opérer : ou ils refusent de s'associer au redressement de l'entreprise et répondent négativement, ou ils choisissent d'accorder

⁵²³ Ibid, article 30.

⁵²⁴ En ce sens, P. G. POUGOUE et Y. KALIEU, Op. cit., n° 210

⁵²⁵ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 119.

⁵²⁶ F. M. SAWADOGO, in OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, note sous article 27 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

⁵²⁷ Supra n° 285.

⁵²⁸ Ibid.

au débiteur des délais ou remise différents de ceux proposés au cas où le concordat serait voté et homologué.

290. Certes, le texte ne vise que la consultation des créanciers munis de sûretés spéciales. Il faut cependant convenir avec certains auteurs⁵²⁹ que, cette mesure se justifiant par le souci d'associer tous les créanciers aux efforts de redressement de l'entreprise, il importe que l'avertissement soit également adressée aux créanciers titulaires d'un privilège général et, notamment, aux administrations fiscales, douanières ainsi qu'aux organismes de sécurité et de prévoyance sociale tant il est vrai que, ceux-ci constituent souvent les plus gros créanciers dont l'attitude pourrait influencer le sort du concordat. Le syndic met à profit les délais de production et de vérification des créances pour rapprocher les positions du débiteur et des créanciers sur l'élaboration du concordat, rapprochement également recherché dans le cadre de l'élaboration du plan de redressement français.

2. L'élaboration du plan de redressement

291. La loi française du 13 juillet 1967 avait supprimé les assemblées des créanciers pour ne laisser subsister que l'assemblée concordataire, tout en maintenant l'idée d'une organisation collective des créanciers, sous la forme d'une masse, dotée, d'après la jurisprudence, de la personnalité morale. La loi du 25 janvier 1985 a supprimé tout pouvoir collectif de décision des créanciers en supprimant les assemblées concordataires⁵³⁰. Exclusion faite de l'hypothèse dans laquelle, les créanciers, agissant individuellement, pouvaient accorder des délais ou des remises au débiteur, aucun pouvoir de décision ne leur était accordé. La loi du 26 juillet 2005 est venue radicalement modifier cette image du rôle des créanciers.

292. Cette dernière loi marque un discret retour de la collectivité des créanciers dans les négociations menant au plan⁵³¹. Aujourd'hui, que ce soit dans l'hypothèse de constitution obligatoire des comités de créanciers⁵³² ou, dans celle de constitution

⁵²⁹ J. M. NYAMA, ouvrage précité, n° 164.

⁵³⁰ M. JEANTIN et P. LE CANNU, Op. cit, n° 894.

⁵³¹ Ph. PETEL, article précité, n° 2.

⁵³² Supra, n° 208.

facultative⁵³³, comme pour l'élaboration du plan de sauvegarde⁵³⁴, le débiteur est tenu de présenter aux comités des créanciers des propositions en vue de l'élaboration du projet de plan de redressement. Mais, à la différence de la situation dans laquelle il serait question d'une timide association des créanciers, avec voix simplement consultative, au déroulement de la procédure, une décision est prise souverainement par chaque comité des créanciers sur le projet de plan à eux soumis par le débiteur dans des conditions bien déterminées⁵³⁵ pour adoption par l'ensemble des comités.

B. LE RÔLE DES CRÉANCIERS LORS DE L'ADOPTION DES SOLUTIONS

293. Lorsqu'il est question d'adopter les solutions définitives de sauvetage de l'entreprise en état de cessation des paiements, le droit africain et le droit français ont en commun un mode d'association des créanciers à la prise de décision de sauvetage de l'entreprise : le vote.

294. Toutefois, l'examen des modalités du vote des propositions du débiteur par les créanciers laisse apparaître que dans cet exercice, alors que le pouvoir des comités de créanciers appelés à voter le plan de redressement est souverain (2), celui des créanciers appelés à voter le concordat de redressement bien que réel, est quelque peu limité (1).

1. Le vote du concordat de redressement : un pouvoir réel mais limité

295. Dans les quinze jours suivant l'expiration du délai imparti aux créanciers pour élever des réclamations⁵³⁶, le juge-commissaire saisit le président de la juridiction compétente « *qui fait convoquer, par avis insérés dans les journaux et par lettres adressés individuellement par le greffier, les créanciers dont les créances ont été admises à titre chirographaire, définitivement ou par proposition* »⁵³⁷. Sont

⁵³³ Supra, n° 208.

⁵³⁴ Les dispositions relatives aux comités des créanciers s'appliquent tant dans la procédure de sauvegarde que dans celle du redressement judiciaire, en vertu du renvoi opéré par l'article 88 de la loi du 26 juillet 2005, nouvel article L. 631-1, alinéa 2 du Code de commerce.

⁵³⁵ Supra, n° 217.

⁵³⁶ Ce délai pour les réclamations est, aux termes des dispositions de l'article 88 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, de 15 jours.

⁵³⁷ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 122.

respectivement joints à cette convocation : un état établi par le syndic et déposé au greffe dressant la situation active et passive du débiteur avec ventilation de l'actif mobilier et immobilier, du passif privilégié ou garanti par une sûreté réelle et du passif chirographaire, le texte définitif des propositions concordataires du débiteur avec indication des garanties offertes et des mesures de redressement de l'entreprise, l'avis des contrôleurs au cas où il en existe, l'indication selon laquelle, chaque créancier muni d'une sûreté réelle a souscrit ou non la déclaration par laquelle il indique s'il accepte les propositions concordataires ou s'il entend accorder des délais et remises différents de ceux proposés et lesquels et, dans l'affirmative, la précision des délais et remises consentis⁵³⁸.

296. S'agissant des règles relatives au déroulement de l'assemblée, celles-ci sont régies par les articles 123 et suivants de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Il résulte des dispositions y relatives qu' « *aux lieu, jour et heure fixés par la juridiction compétente, celle-ci se réunit, le juge-commissaire et le représentant du Ministère Public étant présents et entendus*⁵³⁹. *Les créanciers admis s'y présentent en personne ou, s'y font représenter par un mandataire muni d'une procuration régulière et spéciale*⁵⁴⁰. *Le créancier dont seulement la sûreté réelle, quelle qu'elle soit, est contestée, est admis dans les délibérations à titre chirographaire*⁵⁴¹. *Le débiteur ou les dirigeants des personnes morales appelés à cette assemblée par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite du greffier, doivent s'y présenter en personne et ne peuvent s'y faire représenter que pour des motifs reconnus légitimes par la juridiction compétente* »⁵⁴².

297. Le syndic est tenu de faire à l'assemblée « *un rapport sur l'état du redressement judiciaire, les formalités qui ont été remplies, les opérations qui ont eu lieu ainsi que sur les résultats obtenus pendant la durée de la continuation de l'activité* »⁵⁴³. Ce rapport à l'appui duquel « *est présenté un état de situation établi et*

⁵³⁸ Ibid.

⁵³⁹ Ibid., article 123, alinéa 1.

⁵⁴⁰ Ibid., article 123, alinéa 2.

⁵⁴¹ Ibid., article 123, alinéa 3.

⁵⁴² Ibid., article 123, alinéa 4.

⁵⁴³ Ibid., article 124, alinéa 1.

arrêté au dernier jour du mois écoulé »⁵⁴⁴ est remis signé à la juridiction compétente qui le reçoit après avoir entendu le juge-commissaire en ses observations sur les caractères du redressement judiciaire et sur l'admissibilité du concordat⁵⁴⁵ ainsi que le représentant du Ministère Public en ses conclusions orales et écrites⁵⁴⁶.

298. Après quoi, la juridiction compétente fait procéder au vote, étant entendu que le vote par correspondance et le vote par procuration sont admis⁵⁴⁷. Les créanciers titulaires d'une sûreté réelle n'ayant pas répondu à l'avertissement à eux adressé de faire connaître s'ils acceptaient les propositions concordataires ou s'ils entendaient accorder des délais et des remises différents de ceux proposés et lesquels, « *peuvent prendre part au vote sans renoncer à leur sûreté et consentir des délais et remises différents de ceux imposés par le débiteur* »⁵⁴⁸. Ces derniers, ainsi que les créanciers chirographaires sont présumés accepter le concordat si, dûment appelés, ils ne participent pas au vote de l'assemblée concordataire⁵⁴⁹.

299. Le vote du concordat n'est acquis que s'il obtient une double majorité en nombre et en créances : majorité des créances admises définitivement ou provisoirement représentant la moitié, au moins, du total des créances⁵⁵⁰. Il y a là, un allègement de la majorité destinée sans doute à favoriser le vote du concordat tant il est vrai que, sous l'empire du Code de commerce applicable pendant longtemps dans la plupart des pays de l'espace OHADA, il était exigé une majorité en nombre des créanciers représentant au moins les deux tiers en sommes⁵⁵¹. Si les deux majorités ne sont pas obtenues à la fois, c'est-à-dire si une seule des majorités est acquise, la délibération est continuée à huitaine pour tout délai et sans autre formalité⁵⁵². Dans ce cas, précise l'article 125, alinéa 5 de l'Acte uniforme, « *les créanciers présents ou régulièrement représentés ayant signé le procès-verbal de la première assemblée, ne sont pas tenus d'assister à la seconde* », les résolutions par eux prises et les adhésions données restent définitivement acquises.

⁵⁴⁴ Ibid., article 124, alinéa 2.

⁵⁴⁵ Ibid., article 124, alinéa 4.

⁵⁴⁶ Ibid., article 124, alinéa 5.

⁵⁴⁷ Ibid., article 125, alinéa 2.

⁵⁴⁸ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 125, alinéa 3.

⁵⁴⁹ Ibid., article 125, alinéa 4.

⁵⁵⁰ Ibid., article 125, alinéa 5.

⁵⁵¹ F. M. SAWADOGO, op. cit., n° 283.

⁵⁵² Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 125, alinéa 6.

300. Dans la gamme des mesures proposées par le débiteur dans l'offre de concordat en vue du redressement de l'entreprise, il se pourrait que le débiteur propose une cession partielle d'actifs⁵⁵³ avec indication précise des biens à céder. Dans cette hypothèse, le vote des propositions concordataires par les créanciers obéit à une procédure particulière. Lorsque le concordat comporte des offres de cession partielle d'actifs, le délai pour la convocation de l'assemblée concordataire est d'un mois au lieu de quinze jours comme dans le droit commun⁵⁵⁴. Le syndic est, par la suite, tenu d'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 cession⁵⁵⁵ afin de permettre aux créanciers d'exercer leurs droits sur le prix. Cet état est joint à la convocation individuelle destinée aux créanciers. Les offres d'acquisition sont reçues par le débiteur assisté du syndic et portées à la connaissance de l'assemblée concordataire qui décide, aux mêmes conditions, de majorité prévues par la loi, de retenir l'offre d'acquisition la plus avantageuse⁵⁵⁶. Dans l'hypothèse où aucune offre d'acquisition n'est exprimée avant l'assemblée concordataire ou reconnue satisfaisante par celle-ci, le débiteur peut retenir son offre de cession et, s'il la maintient, la cession sera réalisée ultérieurement dans les conditions d'une cession globale d'actifs par le syndic⁵⁵⁷.

301. On ne manquera pas, cependant, de relever que le pouvoir reconnu aux créanciers de voter le concordat peut leur échapper dans des situations particulières et réduire, par la même, leur champ d'intervention en la matière. C'est l'hypothèse dite de « *concordat simplifié* » prévue à l'article 122, alinéa 3 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Dans cette hypothèse, le juge homologue directement le concordat de redressement sans que celui-ci ait préalablement été voté par les créanciers. Le législateur africain, guidé sans doute par

⁵⁵³ Il convient de relever que l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif n'a pas prévu l'hypothèse de cession globale d'actifs dans le cadre du redressement judiciaire. Pourtant, comme le pense M. F. M. SAWADOGO (cf. note sous article 131 de l'Acte uniforme), celle-ci pourrait présenter un intérêt réel lorsque, notamment, le débiteur est inapte ou frappé d'une interdiction d'exercer le commerce ou de diriger une entreprise commerciale.

⁵⁵⁴ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 131, alinéa 1.

⁵⁵⁵ Ibid., article 131, alinéa 4.

⁵⁵⁶ Ibid., article 132, alinéa 1.

⁵⁵⁷ Cette cession globale d'actifs par le syndic est régie par les dispositions de l'article 160 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

l'objectif de redressement de l'entreprise n'a pas voulu pour ceux-ci, d'un pouvoir de voter illimité et souverain, à l'identique de celui reconnu aux comités de créanciers français.

2. Le vote du plan de redressement : un pouvoir souverain

302. Comme pour l'adoption du plan de sauvegarde, les comités de créanciers, lorsqu'il en existe⁵⁵⁸, ont un délai de vingt à trente jours à compter de la réception des propositions du débiteur, pour se prononcer sur le projet de plan de redressement⁵⁵⁹. Ils se prononcent par un vote au sein de chaque comité. Comme dans le concordat de redressement africain, outre le fait qu'aucune condition de quorum n'est exigée, le projet de plan de redressement ne sera adopté que, s'il obtient au sein de chaque comité, la double majorité en nombre de créanciers et en sommes. En effet, la décision est prise par chaque comité à la majorité de ses membres, représentant au moins les deux tiers du montant des créances détenues par les membres du comité « *ayant exprimé un vote* » et non plus du montant total des créances des membres du comité⁵⁶⁰ comme c'était le cas par le passé, c'est-à-dire avant la réforme de 2008.

303. Mais, l'on observera que les conditions de vote des créanciers dans le concordat de redressement sont plus souples puisque, qu'il y est exigé une majorité de 50% en sommes. Cette exigence du législateur français étonne quelque peu lorsqu'on sait que l'institution des comités des créanciers par la loi du 26 juillet 2005, participe, entre autres, d'une volonté d'intégrer d'avantage les créanciers dans le déroulement des procédures collectives.

304. Cette réserve sur les conditions de majorité faite, on pourrait s'interroger sur l'objet du vote par les comités dont la décision devrait s'imposer à tous les créanciers, y compris ceux qui ne l'auraient pas votée⁵⁶¹. Les dispositions de l'article 60 de la loi du 26 juillet 2005, devenu le nouvel article L. 626-2 du Code de commerce, relatives au plan de sauvegarde s'appliquant mutatis mutandis au plan de

⁵⁵⁸ Pour les modalités de constitution des comités de créanciers, v. supra, n°s 207 et s.

⁵⁵⁹ Supra, n° 216.

⁵⁶⁰ Article 83 de la loi du 26 juillet 2005, nouvel article L. 626-30, alinéa 3 du Code de commerce.

⁵⁶¹ PH. PETEL, article précité, n° 17.

redressement par le jeu du renvoi opéré à l'article 88 de la même loi⁵⁶², les propositions présentées par le débiteur aux comités pour vote devant permettre l'élaboration du projet de plan mentionné à l'article L. 626-2 du Code de commerce⁵⁶³.

305. En somme, le projet de plan présenté par le chef d'entreprise aux comités comportera toutes mesures utiles de réorganisation telles notamment les remises de dettes, la modification du capital, les délais et autres mesures de réorganisation. Par ailleurs, les comités peuvent avoir à prendre une décision sur des offres d'acquisition présentées par des tiers dès l'ouverture de procédures et tendant au maintien de l'activité de l'entreprise, par une cession totale ou partielle de celle-ci, étant entendu que si une décision positive est prise, la réalisation de la cession s'inscrira dans la phase de liquidation judiciaire⁵⁶⁴.

306. Comme pour le vote du plan de sauvegarde⁵⁶⁵, les comités de créanciers, lors du vote du plan de redressement, disposent d'un pouvoir souverain en matière de remise de dettes ou de l'avis de paiement en ce que, ils ne sont soumis ni à l'exigence légale d'un plan d'une durée inférieure à dix ans ou quinze lorsque le débiteur est un agriculteur⁵⁶⁶ ni à celle d'un premier paiement avant un délai d'un an et, au-delà de la deuxième année, d'un montant de chacune des annuités prévues par le plan ne pouvant être inférieur à 5% du passif admis, sauf dans le cas d'une exploitation agricole⁵⁶⁷.

307. L'association des créanciers dans le déroulement de la procédure de redressement judiciaire, tant au niveau de l'élaboration des solutions qu'au niveau de leur adoption, si elle est palpable tant en droit africain qu'en droit français, ne saurait occulter le rôle du juge dans la finalisation du processus. Cependant à l'analyse, l'on observe que dans l'exercice de ce rôle, les juges africain et français n'interviennent pas avec la même cadence.

⁵⁶² Il résulte en effet du nouvel article L. 631-1 du Code de commerce que la procédure de redressement judiciaire donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L. 626-29 et L. 626-30.

⁵⁶³ Supra, n° 214.

⁵⁶⁴ Loi du 26 juillet 2005, article 92, nouvel article L.631-13 du Code de commerce.

⁵⁶⁵ Supra, n° 219 et s.

⁵⁶⁶ Nouvel article L. 626-12 du Code de commerce.

⁵⁶⁷ Nouvel article L. 626-18 du Code de commerce.

PARAGRAPHE 2 : L'INTERVENTION CONTRASTÉE DU JUGE

308. En droit africain et en droit français, l'intervention du juge dans le sauvetage de l'entreprise en état de cessation des paiements est incontournable quel que soit l'importance du rôle accordé aux créanciers par les différentes législations. En effet, d'un côté, le concordat de redressement voté par les créanciers ne peut produire des effets que s'il est homologué par le juge. Comme pour le concordat préventif, il s'agira alors de vérifier la régularité juridique des propositions concordataires du débiteur votées par l'assemblée concordataire, d'exercer sur celles-ci un contrôle de régularité et d'opportunité. De l'autre côté, le plan de redressement adopté par les comités des créanciers doit être arrêté définitivement par le juge après vérification juridictionnelle. Du reste, dans certaines hypothèses déterminées, l'intervention des comités des créanciers est exclue. Le juge reprend alors toute sa liberté⁵⁶⁸ et dicte sa loi. Toujours est-il qu'à l'observation, et sur la question, l'intervention du juge africain paraît plus réduite (B) que ne l'est celle du juge français (A).

A. UNE LIBERTÉ D'ACTION ACCRUE DU JUGE FRANÇAIS

309. Pour certains auteurs, la loi française du 25 janvier 1985 a fait de l'autorité judiciaire le grand maître de la procédure⁵⁶⁹. D'autres n'ont pas manqué de relever un incontestable dirigisme judiciaire, le Tribunal pouvant prendre non seulement des décisions d'ordre juridique, mais également des décisions de nature économique en vue d'assurer le redressement⁵⁷⁰.

310. En vérité, l'impression générale qui s'est dégagée de cette loi est un certain « dirigisme judiciaire » facilité par certains facteurs tels notamment l'extension du domaine d'intervention du juge détenant par exemple le pouvoir de porter atteinte au droit commun des contrats ou des sociétés, le pouvoir reconnu au même juge de

⁵⁶⁸ Infra, n° 317 et s.

⁵⁶⁹ Y. GUYON, op. cit, n° 1152.

⁵⁷⁰ J. BON, le rôle du juge, dans les innovations de la loi sur le redressement judiciaire, précité, n° 32 ; P. JEANNENOT, L'intervention judiciaire dans la procédure de redressement judiciaire, thèse précitée.

rouvrir ou proroger certains délais légaux, l'accroissement de son pouvoir d'appréciation⁵⁷¹.

311. Dans la recherche des solutions de sauvetage de l'entreprise ayant cessé ses paiements, avec l'instauration des comités de créances, la loi du 26 juillet 2005 est venue, incontestablement, réhabiliter la négociation contractuelle entre le débiteur et ses créanciers dont la décision pèsera désormais lourd quant au devenir de l'entreprise. Mais, peut-on sous ce rapport, pour autant conclure à un véritable recul du rôle du juge ? Rien n'est moins sûr lorsque, dans le cadre de l'adoption du plan de redressement, on examine attentivement aussi bien son intervention consécutive au vote des comités des créanciers (1) que celle faite en dehors du vote desdits comités (2).

1. L'intervention du juge consécutive au vote des comités

312. Il résulte des dispositions de l'article 83 de la loi du 26 juillet 2005, devenu le nouvel article L. 626-31 du Code de commerce que « *lorsque le projet de plan a été adopté par les comités ..., le Tribunal s'assure que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés. Dans ce cas, le Tribunal arrête le plan conformément au projet adopté.* » Les observations faites à propos de l'intervention du juge postérieurement à l'adoption du plan de sauvegarde par les comités de créanciers⁵⁷² sont transposables au plan de redressement. Toutefois, parce que dans la procédure de redressement judiciaire, la situation financière de l'entreprise est particulièrement préoccupante, le rôle du juge à côté des prérogatives reconnues aux créanciers, mérite d'être cerné d'avantage. A cet égard, les dispositions du nouvel article L. 626-31 du Code de commerce suscitent un certain nombre d'interrogations.

313. Du moment où le Tribunal arrête le plan de redressement « conformément au projet adopté » par les comités de créanciers, l'on est d'abord en droit de s'interroger sur la véritable nature juridique dudit plan⁵⁷³. L'interrogation est d'autant justifiée

⁵⁷¹ A. ORTH, « *Le rôle du juge dans la nouvelle législation des entreprises en difficulté* », in *Le redressement judiciaire de l'entreprise*, Rev. Jurisp. Com., février 1987, n° spécial, p. 91.

⁵⁷² Supra, n°s 204 et s.

⁵⁷³ Sur l'ensemble de la question, v. S. NEUVILLE, thèse précitée.

qu'il est avancé par la doctrine que « *le plan consacre l'émergence dans le droit des procédures collectives d'un ordre public négocié.* ⁵⁷⁴ » Bien qu'arrêté par le Tribunal, le plan de redressement dans la procédure de droit commun⁵⁷⁵, résulte d'une concertation entre le débiteur, les salariés et d'éventuels repreneurs. S'agissant précisément du plan adopté par les comités de créanciers, n'est-on pas fondé à soutenir que, comme pour l'homologation⁵⁷⁶, l'intervention du juge relève de la matière gracieuse en ce que, pour arrêter le plan adopté, le juge ne met pas fin à un litige mais fait plutôt produire son plein effet à l'accord passé entre le débiteur et ses créanciers ?

314. A l'instar de la position adoptée par la doctrine dominante⁵⁷⁷ à propos du plan de redressement issu de la loi du 25 janvier 1985, le plan de redressement adopté par les comités de créanciers et arrêté par le Tribunal, tel qu'issu de la loi du 26 juillet 2005, ne peut que s'analyser en un acte judiciaire « *produit par une décision à caractère juridictionnel* » Cette décision absorbe tous les éléments de nature contractuelle apparus lors de l'élaboration du projet de plan par les comités, élaboration sanctionnée par un vote. Comme toute décision judiciaire, elle sera revêtue de l'autorité de la chose jugée et opposable *erga omnes*⁵⁷⁸.

315. Au demeurant, n'a-t-il pas été soutenu que l'importance essentielle accordée au plan, en tant que technique privilégiée de restructuration des entreprises en difficulté⁵⁷⁹, marquait tout à la fois le déclin du rôle joué par les créanciers dans la recherche d'une solution au travers du vote du concordat, et une nouvelle perception des procédures collectives dont la mission est de redresser les entreprises défaillantes⁵⁸⁰ ? C'est sans doute l'occasion de reprendre l'heureuse formule de M. JEANTIN selon laquelle « *la décision judiciaire arrêtant le plan emporte, en quelque*

⁵⁷⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit., n° 825.

⁵⁷⁵ La procédure de droit commun de consultation des créanciers est prévue par les nouveaux articles L. 626-5 à L. 626-7 du Code de commerce.

⁵⁷⁶ Supra, n° 103.

⁵⁷⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit., n° 830; M. JEANTIN et P. LE CANNU, op. cit. n° 704.

⁵⁷⁸ Il importe cependant de nuancer cette affirmation tant est que, le plan arrêté par le Tribunal ne devrait être opposable qu'aux créanciers antérieurs et non aux créanciers postérieurs.

⁵⁷⁹ J. PAILLUSSEAU, « *Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté* », Etudes offertes à R. HOUIN, Dalloz, Sirey, p. 108.

⁵⁸⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, Op. cit. n° 821.

*sorte, novation des obligations contractuelles souscrites en obligations dont le fondement exclusif est la décision judiciaire.»*⁵⁸¹

316. La seconde préoccupation a trait au pouvoir de contrôle par le juge de l'accord entre le débiteur et ses créanciers donnant lieu au projet de plan adopté par les créanciers. A s'en tenir aux dispositions du nouvel article L. 626-31 du Code de commerce, la seule prescription faite par la loi au juge préalablement à l'arrêt du plan est de s'assurer que « *les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés.* » Les créanciers concernés par la protection sont d'abord les créanciers membres des comités qui n'auraient pas accepté les propositions de plan et qui se les verraient nécessairement imposer en cas d'adoption du plan⁵⁸². Mais il s'agit également des créanciers hors comité qui pourraient voir leur gage affaibli par les garanties disproportionnées que pourraient prendre les créanciers membres des comités ou qui avantageraient ces derniers dans l'exécution du plan⁵⁸³. Une fois cette vérification faite, le Tribunal est tenu d'arrêter le plan conformément au projet adopté. Ainsi perçu, le pouvoir de contrôle du juge dans cette phase de la procédure, paraît de loin inférieur à celui qu'il détient en matière d'homologation de l'accord entre le débiteur et ses créanciers dans le cadre de la procédure de conciliation⁵⁸⁴. Il n'est point demandé au Tribunal qui arrête le plan de procéder à un contrôle de régularité juridique ou à un contrôle d'opportunité puisque, précisément, sa décision doit être conforme au projet de plan adopté par les comités des créanciers. Il ne serait dès lors pas exagéré de soutenir que le Tribunal se trouve dans cette hypothèse en situation de « compétence liée. »

317. Cette limitation du champ de contrôle du juge sur le projet de plan de redressement adopté par les comités ne saurait néanmoins occulter son pouvoir d'appréciation quant à la seule exigence que lui impose la loi. En effet, s'assurer que les « *intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés* » semble bel et bien être une question de fait qui, par définition, relève de l'appréciation souveraine des juges de fond. Il s'en suit que l'appréciation liée à la suffisante protection des intérêts de tous les créanciers peut varier d'un juge à un autre tant il est vrai que, la formule

⁵⁸¹ M. JEANTIN, « *Le plan* », Ann. Fac. Toulouse, 1986.

⁵⁸² Rapport X. de Roux, n° 2095, p. 323.

⁵⁸³ Rapport J. J. HYEST, n° 335, p. 300.

⁵⁸⁴ Supra, n°s 187 et s.

est ouverte. L'appréciation pourrait d'autant plus être subjective, voir faussée, qu'il n'est pas exclu que le Tribunal ait à arrêter un projet de plan instituant par exemple un traitement inégalitaire entre créanciers du fait de l'organisation de consultations séparées de trois catégories de créanciers⁵⁸⁵.

318. Comme il a du reste été signalé, s'agissant de l'arrêt du plan de sauvegarde⁵⁸⁶, ce vers quoi le juge devrait sans doute tendre, c'est être attentif à l'équilibre d'ensemble du plan adopté par les comités et soumis à son appréciation dans la mesure où, par définition, une procédure collective ne saurait satisfaire tous les créanciers⁵⁸⁷. Il n'empêche que contrairement à la situation en vigueur dans le concordat de redressement africain, situation dans laquelle, après rejet du concordat voté par l'ensemble des créanciers, le Tribunal ne peut procéder à aucune substitution, le Tribunal français qui refuse d'arrêter le projet de plan de redressement adopté par les comités dispose du pouvoir d'arrêter un autre plan selon des modalités excluant la constitution des comités de créanciers⁵⁸⁸.

2. L'intervention du juge hors le vote des comités

319. Lorsque l'un ou l'autre des comités ne s'est pas prononcé sur un projet de plan de redressement dans des délais fixés, qu'il a refusé les propositions qui lui sont faites par le débiteur, que le Tribunal a refusé d'arrêter le projet adopté par les comités ou que le débiteur n'a pas présenté ses propositions de plan aux comités dans les délais fixés, la procédure est reprise en vue de préparer un plan dans les conditions prévues aux articles L. 626-5 à L. 626-7 du Code de commerce⁵⁸⁹. De même, les créanciers qui ne sont pas membres des comités institués sont consultés

⁵⁸⁵ Supra, n°s 209 et s.

⁵⁸⁶ Supra, n° 231.

⁵⁸⁷ Face au caractère extensif de la formule utilisée par le nouvel article L. 626-31 du Code de commerce et en vue de limiter le risque de reprise de la procédure de droit commun, la Commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation avait proposé un amendement tendant à la substitution de cette formule ainsi conçue : « *Le Tribunal s'assure que les intérêts des créanciers sont équitablement protégés* ». Cet amendement n'a pas été retenu encore que la formule était tout aussi discutable que l'actuelle car, l'équité dans la protection des intérêts des créanciers peut aussi contenir une dose de subjectivité.

⁵⁸⁸ Nouvel article L. 626-34 du Code de commerce.

⁵⁸⁹ Ces articles organisent la consultation des créanciers dans le cadre de la procédure ordinaire excluant la constitution des comités des créanciers.

selon les dispositions des mêmes articles⁵⁹⁰. Les créanciers hors comité qui sont consultés individuellement, sont les créanciers sociaux et fiscaux⁵⁹¹.

320. Comme dans le régime issu de la loi du 25 janvier 1985, il résulte de l'économie des dispositions des articles L. 626-5 à L. 626-7 du Code de commerce que, préalablement à l'arrêt du plan de redressement par le Tribunal, le consentement de chaque créancier aux propositions de règlement du passif est sollicité individuellement. Le mandataire judiciaire dresse alors un état des réponses faites par les créanciers pour l'adresser par la suite aux contrôleurs, au débiteur et à l'administrateur en vue de l'établissement de son rapport. Après avoir entendu ou dûment appelé le débiteur, l'administrateur, le mandataire judiciaire, les contrôleurs ainsi que les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel, le Tribunal statue au vu dudit rapport⁵⁹².

321. Dans le régime institué par la loi du 26 juillet 2005 excluant l'intervention des comités de créanciers, le juge français retrouve tous les pouvoirs qui étaient les siens quand il fallait décider du devenir de l'entreprise sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985. Il importe en effet de rappeler que selon les dispositions de l'ancien article L. 620-1 du Code de Commerce, le redressement judiciaire de l'entreprise était assuré selon un plan arrêté par décision de justice, lequel plan prévoyait soit la continuation de l'entreprise, soit sa cession⁵⁹³. Partant de ces dispositions textuelles, la jurisprudence avait posé le principe selon lequel les juges du fond étaient souverains pour retenir la solution la plus opportune⁵⁹⁴. Dans cette optique, il n'appartient pas à la Cour de cassation de s'immiscer dans le choix effectué par les juges du fond, celui-ci relevant de leur « *pouvoir optionnel* », variante de leur pouvoir d'appréciation excluant tout contrôle de la haute juridiction sauf sur la motivation. Cette jurisprudence retrouvera, sans nul doute, toute sa valeur chaque fois que, pour une raison ou une autre, l'intervention des comités de créanciers sera exclue du processus d'arrêt du plan de redressement.

⁵⁹⁰ Nouvel article L. 626-33 du Code de commerce.

⁵⁹¹ La loi française de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 transforme en effet les créanciers publics en partenaires de l'entreprise. Ainsi, il résulte des dispositions de l'article L. 626-6 de ladite loi que les administrations financières peuvent désormais remettre l'ensemble des impôts directs perçus au profit de l'Etat et des collectivités territoriales ainsi que les produits divers du budget de l'Etat dûs par le débiteur.

⁵⁹² Loi du 26 juillet 2005, article 85, nouvel article L. 626-9 du Code de commerce.

⁵⁹³ A. LAUBIE, « *Le plan de continuation ou de cession de l'entreprise*, » Rev. Proc. Coll. 1986, n° 4, p. 19.

⁵⁹⁴ Com. 10 juillet 1990, Rev. Proc. Coll. 1995, n° 306, obs. B. SOINNE.

322. Toutefois, à l'analyse, le pouvoir d'appréciation du juge quant au choix des solutions apparaît quelque peu diminué du fait du rattachement du plan de cession à la phase de liquidation⁵⁹⁵ par la loi du 26 juillet 2005. L'ancien article L. 620-1 du Code de commerce indiquait que l'objectif de « *sauvegarde de l'entreprise* » pouvait être atteint indifféremment au moyen d'un plan de continuation ou d'un plan de cession. Or, dans le dispositif issu de la loi du 26 juillet 2005, le plan de cession apparaît comme une solution subsidiaire⁵⁹⁶ en ce que, d'une part, il s'agit d'une opération de la liquidation judiciaire et, d'autre part, la liquidation est, aux termes des dispositions de la loi, réservée au débiteur en cessation des paiements « *dont le redressement est manifestement impossible*⁵⁹⁷ ».

323. On pourrait en déduire avec M. PETEL que la loi du 26 juillet 2005 a implicitement introduit une hiérarchie entre les plans⁵⁹⁸ de sorte que, entre un projet de plan de redressement et une offre de reprise de valeur égale, préférence devrait être donnée, par le juge, à la première solution. En vérité, il ne s'agit là que de simples spéculations du moment où le choix entre les deux solutions relève, une fois de plus, du pouvoir souverain des juges du fond français tout comme d'ailleurs, les juges africains sont appelés à se prononcer souverainement sur le concordat de redressement voté par l'assemblée concordataire.

B. UNE LIBERTE D'ACTION REDUITE DU JUGE AFRICAIN

324. Partant de la définition traditionnellement donnée du concordat⁵⁹⁹, il n'est point surprenant que, dans le droit africain, le rôle du juge soit réduit dans la prise de décision du devenir de l'entreprise ayant cessé ses paiements. L'importance du rôle des créanciers a déjà été abondamment soulignée aussi bien au stade de l'élaboration du concordat de redressement qu'au stade de l'adoption de celui-ci⁶⁰⁰. Bien plus, il a déjà été relevé⁶⁰¹ que, selon une doctrine constante, l'homologation judiciaire ne

⁵⁹⁵ Supra, n° 359.

⁵⁹⁶ PH. PETEL, article précité, n° 27.

⁵⁹⁷ Loi du 26 juillet 2005, article 97, nouvel article L. 640-1 du Code de commerce.

⁵⁹⁸ PH. PETEL, article précité.

⁵⁹⁹ Supra n° 96.

⁶⁰⁰ Supra, n°s 281 et s. ; 293 et s.

⁶⁰¹ Supra, n° 113.

constitue pas une condition d'efficacité du concordat passé entre le débiteur et ses créanciers, l'accord ne tirant point sa force de l'homologation, mais plutôt de la volonté des parties.

325. A dire vrai, la faiblesse de l'intervention du juge africain s'explique essentiellement par l'opposabilité à lui des décisions de l'assemblée concordataire du fait de la nature contractuelle du concordat de redressement (1.) Cette situation n'exclut cependant pas qu'au moment de l'homologation, le juge exerce un contrôle sur ledit concordat (2) lorsque, exceptionnellement, il ne se repositionne pas tout simplement au premier plan (3).

1. L'opposabilité au juge africain des décisions de l'assemblée concordataire

326. La procédure de redressement judiciaire issue de l'OHADA, à l'instar de tout le droit africain des procédures collectives, s'est largement inspirée de la loi française du 13 juillet 1967⁶⁰² ayant institué, entre autres, une procédure de règlement judiciaire dans laquelle, le débiteur soumettait ses propositions de règlement de ses dettes à ses créanciers qui pouvaient voter un concordat soumis à l'homologation du Tribunal.

327. Analysant attentivement cette loi du 13 juillet 1967, A. MARTIN-SERF invitait déjà à « *transposer presque point par point le droit des contrats au concordat.* »⁶⁰³ Cette affirmation est pleinement valable pour le concordat de redressement africain. Elle peut se vérifier aussi bien au niveau de l'élaboration du concordat qu'au niveau de son exécution et de sa disparition.

328. Au niveau de l'élaboration du concordat de redressement africain, le recours au droit commun des contrats paraît indéniable. Cependant, si la doctrine a facilement reconnu le mécanisme de droit commun de l'offre et de l'acceptation pour ce qui est de la rencontre des propositions concordataires du débiteur et du vote de l'assemblée

⁶⁰² J. R. GOMEZ, op. cit., n°s 10 et 11.

⁶⁰³ A. MARTIN-SERF, article précité.

des créanciers chirographaires, la nature juridique de l'association des créanciers munis de sûretés au concordat avait été fort peu analysée⁶⁰⁴.

329. En empruntant au raisonnement de M. MARTIN-SERF, il est possible de soutenir que le concordat de redressement africain se présente comme une association de deux ou plusieurs contrats. La première convention lie le débiteur à ses créanciers chirographaires et la seconde ou plusieurs autres conventions, accessoires de la précédente, unissent le débiteur à un ou plusieurs de ses créanciers titulaires d'une sûreté.

330. Dans le cadre de la convention principale, le dépôt des propositions concordataires constitue une offre de contracter. Le débiteur seul a qualité pour faire lesdites propositions tant et si bien que, les créanciers du débiteur en redressement judiciaire ne sauraient recourir à l'action oblique⁶⁰⁵ pour prendre des engagements en son nom. Si cette exigence qui voudrait que le débiteur soit seul habilité à déposer des propositions de concordat peut trouver son fondement sur le fait que, comme le pensent certains auteurs, l'élaboration desdites propositions participe de « *l'exercice de pouvoirs de gestion du chef d'entreprise* »⁶⁰⁶, il faudrait y voir, beaucoup plus, l'expression du principe de l'autonomie de la volonté tel que rappelé du reste par la jurisprudence française dans le cadre du règlement judiciaire sous l'empire de la loi du 11 juillet 1967⁶⁰⁷. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler que si l'élaboration des propositions concordataires n'est pas faite par le débiteur qui en est seul habilité, le Tribunal ne peut suppléer à cette offre de contracter et se doit de prononcer la liquidation des biens⁶⁰⁸.

331. Le vote du concordat au Cours de l'assemblée concordataire⁶⁰⁹ constitue l'acceptation de l'offre de contracter du débiteur. Ainsi se trouve alors conclue la première convention entre le débiteur et ses créanciers chirographaires. Dans le

⁶⁰⁴ A. MARTIN-SERF, article précité.

⁶⁰⁵ L'action oblique, prévue par l'article 1166 du Code civil français de 1810 applicable dans la plupart des pays de l'espace OHADA, permet aux créanciers d'exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exclusion de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne.

⁶⁰⁶ P. KANE EBANGA, « *La nature juridique du concordat de redressement judiciaire dans le droit des affaires OHADA* », *Juridis périodique*, n° 50, avril – mai – juin 2002, p. 110.

⁶⁰⁷ Cour d'appel de Paris, arrêt du 24 juin 1977, D. 1977, informations rapides, p. 405, obs. DERRIDA.

⁶⁰⁸ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 33, alinéa 2.

⁶⁰⁹ Sur la procédure de vote des créanciers, v. supra n°s 294 et s.

concordat de remise, certains auteurs qualifient cette première convention de remise de dette à titre onéreux consentie au débiteur par les créanciers chirographaires. Il s'agit en réalité d'une convention collective ayant pour but de lier les minoritaires, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas voté en faveur du concordat⁶¹⁰. Dans une large mesure, cette convention constitue un contrat d'adhésion tant est que, les créanciers sont conscients de ce que le concordat apparaît comme leur ultime chance de se faire payer, fût-ce très imparfaitement ou à longue échéance⁶¹¹.

332. En raison précisément du fondement contractuel du concordat de redressement judiciaire, le juge ne dispose pas du pouvoir de modifier les dispositions concordataires, ni celui de tenir compte de nouvelles propositions présentées par le débiteur en Cours d'instance d'homologation⁶¹². En somme, le Tribunal ne peut statuer que sur le concordat, tel qu'il a été voté⁶¹³. Ceci témoigne, si besoin était, du rôle exclusif des cocontractants dans l'adoption des propositions concordataires. Il convient de relever à ce propos, la supériorité des pouvoirs du juge français sur ceux du juge africain lui qui, après avoir refusé d'arrêter le projet de plan de redressement adopté par les comités de créanciers, peut lui substituer un autre après consultation individuelle des créanciers⁶¹⁴.

333. De la même manière, la nature contractuelle des relations concordataires entre le débiteur et ses créanciers munis de sûretés ne fait pas de doute⁶¹⁵. La procédure de consultation des créanciers munis de sûretés telle qu'organisée par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif⁶¹⁶ est suffisamment révélatrice de cette assertion. Il résulte de cette procédure que ce sont les créanciers munis de sûretés qui, sur interpellation du greffier, doivent prendre l'initiative des conventions subsidiaires : ou ils refusent de s'associer au redressement de l'entreprise et répondent négativement, ou ils acceptent de passer une convention de remise de dette à titre onéreux, et à titre individuel, avec le débiteur, en lui consentant remises et délais. Dans ce processus, le débiteur, destinataire des offres

⁶¹⁰ B. STARCK, Droit civil, les obligations, 1972, n° 2467.

⁶¹¹ A. MARTIN-SERF, article précité, n° 10.

⁶¹² En ce sens, Paris, 21 février 1935, Rec. Gaz. Pal. 1935. 1. 541 ; Aix, 7 mai 1934, D.H. 1934, 436.

⁶¹³ En ce sens, FREJAVILLE, « Des propositions nouvelles faites par le failli ou le liquidé judiciaire entre le vote du concordat et l'homologation », D. H. 1935, chrono 45.

⁶¹⁴ Supra, n° 229.

⁶¹⁵ A. MARTIN-SERF, article précité, n° 15.

⁶¹⁶ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

des créanciers privilégiés, n'est pas tenu de les accepter expressément dès lors qu'elles sont faites dans son intérêt exclusif sur incitation de la loi. Les créanciers munis de sûretés, sur ce «*succédané d'action provocatoire*» constitué par l'interpellation du greffier, sont libres de contracter ou non, leur seule obligation consistant à faire connaître leur intention dans un délai de quinze jours⁶¹⁷.

334. Dans l'hypothèse de réponses affirmatives de la part des créanciers munis de sûretés, il peut y avoir autant de concordats particuliers que de créanciers consentant des remises ou des délais. Pour la doctrine, l'ensemble formé d'une part par la convention principale entre le débiteur et les créanciers chirographaires et, d'autre part, par les conventions secondaires entre le débiteur et les créanciers munis de sûretés pourrait être rattaché à la fois à la théorie des contrats complexes et à la théorie de l'accessoire⁶¹⁸.

335. La nature contractuelle du concordat de redressement africain justifie ainsi la restriction du champ d'intervention du juge, lequel juge s'efface au profit de la volonté des parties contractantes. Il n'en demeure cependant pas moins vrai qu'en dépit de cette dimension contractuelle, le concordat ne peut être valide sans l'appui du juge à qui la loi a confié une mission de contrôle de l'accord entre le débiteur en état de cessation des paiements et ses créanciers.

2. Le contrôle par le juge africain du concordat de redressement judiciaire

336. Comme pour le concordat préventif⁶¹⁹, le juge africain n'homologuera le concordat de redressement que si certaines conditions sont réunies. Pareillement, il exercera un contrôle aussi bien de régularité que d'opportunité.

337. Dans le cadre du contrôle de régularité, il appartient au juge, avant toute homologation, de vérifier que les conditions de validité du concordat sont réunies⁶²⁰. Comme pour le concordat préventif, le législateur communautaire africain s'est bien

⁶¹⁷ Ibid.

⁶¹⁸ A. MARTIN-SERF, article précité, n° 16.

⁶¹⁹ Supra, n°s 106 et s.

⁶²⁰ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 127(1°).

gardé de spécifier ces « *conditions de validité* » Il pourrait s'agir alors des conditions de forme et de fond de validité des contrats et notamment des conditions de majorité⁶²¹.

338. Dans le cadre du contrôle d'opportunité, il revient au juge de vérifier qu'aucun motif, tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public, ne paraît de nature à empêcher le concordat⁶²². A cet égard, pour M. SAWADOGO, l'on pourrait penser qu'en règle générale, il est de l'intérêt public et de celui des créanciers, que le concordat soit homologué et que l'entreprise soit sauvegardée⁶²³. Pareillement, il est du devoir du juge de vérifier que le concordat offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise et de règlement du passif⁶²⁴. Se pose alors à ce niveau le problème de la viabilité du concordat au double plan du sauvetage et de l'apurement du passif⁶²⁵.

339. Ainsi pour le Tribunal régional hors classe de DAKAR, doit être déclarée en redressement judiciaire la société dont l'état de cessation des paiements est caractérisé et qui présente un concordat susceptible de préserver l'entreprise et d'assurer le paiement des créanciers dans des conditions acceptables⁶²⁶.

340. Par ailleurs, relativement aux dirigeants, il incombe au juge de vérifier qu'en cas de redressement judiciaire d'une personne morale, la direction de celle-ci n'est plus assurée par les dirigeants dont le remplacement a été proposé dans les offres concordataires ou par le syndic ou contre lesquels ont été prononcés, soit la faillite personnelle, soit l'interdiction de diriger, gérer ou administrer une entreprise commerciale⁶²⁷.

341. Lorsqu'il s'agit enfin d'homologuer un concordat comportant une cession partielle d'actif, le juge se doit de vérifier que deux conditions supplémentaires sont réunies. La juridiction compétente ne peut en effet homologuer un tel concordat que si, d'une part, le prix est suffisant pour désintéresser les créanciers munis de sûretés

⁶²¹ En ce sens, F. M. SAWADOGO, Op. cit., n° 284.

⁶²² Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 127(2°).

⁶²³ F. M. SAWADOGO, op. cit., n° 284.

⁶²⁴ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 127(3°).

⁶²⁵ F. M. SAWADOGO, op. cit., n° 284.

⁶²⁶ Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement du 14 août 2009, sté GPL Dakar Frus, Ohadata J004-341 ; Répertoire quinquennal OHADA, 2000-2005, p. 493.

⁶²⁷ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 127(4°).

réelles spéciales sur les biens cédés, sauf renonciation par eux à cette condition et acceptation des dispositions de l'article 168 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif⁶²⁸ et, d'autre part, il est payable au comptant ou si, dans le cas où les délais de paiement sont accordés à l'acquéreur, ceux-ci n'excèdent pas deux ans et sont garantis par le cautionnement solidaire d'un établissement bancaire⁶²⁹,

342. Les conditions d'homologation par le juge du concordat de redressement posées par l'article 127 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif doivent être entendues comme étant des conditions cumulatives. Elles doivent être réunies concomitamment⁶³⁰. Il s'en suit que, si l'une des conditions fait défaut, le juge se doit de refuser l'homologation.

343. Le refus d'homologation entraîne l'écroulement du concordat. A ce propos, la jurisprudence a posé depuis fort longtemps que le refus d'homologation du concordat du débiteur en état de cessation des paiements donne ouverture de plein droit à l'union⁶³¹. Le débiteur ne peut présenter un nouveau concordat et le juge ne peut substituer une autre solution de redressement. La vérité est que la liquidation des biens dans cette hypothèse particulière résulte de la conversion du redressement judiciaire tout comme dans celle dans lesquelles le débiteur ne propose pas un concordat sérieux ou lorsque le concordat est annulé ou résolu⁶³². Pourtant, il est une hypothèse dans laquelle les contraintes de vérification juridictionnelle préalable à l'homologation imposées au juge peuvent disparaître et permettre à ce dernier de

⁶²⁸ Il résulte des dispositions de cet article que « *si le prix de la vente d'un bien spécialement affecté à une sûreté est insuffisant à payer la créance en principal et intérêts, le créancier titulaire de cette sûreté est traité, pour le reliquat non payé de sa créance, comme un créancier chirographaire.* »

⁶²⁹ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 132.

⁶³⁰ Le Tribunal de Grande Instance de Banfora (Burkina Faso), aux termes d'un jugement rendu le 22 août 2003, a ainsi eu l'occasion d'homologuer un concordat de redressement réunissant les conditions cumulatives posées par l'article 127 de l'AUPC. En effet, ledit concordat a été homologué pour les raisons suivantes : aucun motif tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public ne paraît de nature à empêcher le concordat, les propositions concordataires offrent des possibilités sérieuses de redressement et de règlement du passif, le remplacement du Président Directeur Général est préconisé en raison de la mauvaise gestion, les créanciers consentent des délais de règlement et des réductions de leur créances à hauteur de 15, 30 et 5%, les travailleurs faisant de même à hauteur de 10% en vue d'éviter les licenciements, enfin le concordat a été voté par 36 créanciers présents dont le montant des créances s'élève à 3 887 750 608 FCFA, toute chose représentant plus de la majorité en nombre des 50 créanciers et plus de la moitié des créances chiffrées à 4 069 688 837 FCFA : cf. TGI de Banfora, jugement n° 25 du 22 août 2003, Les Grands Moulins du Burkina (G.M.B) Ohadata J-04-61, Répertoire quinquennal OHADA, 2000-2005 , p.509.

⁶³¹ Com., 28 octobre 1953, motifs, D. 1954.41, note PERCEROU ; il résulte à cet effet des dispositions de l'article 145, alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif que « *dès que la liquidation des biens est prononcée, les créanciers sont constitués en état d'union.* »

⁶³² Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 145.

devenir maître du jeu en se réappropriant le concordat. C'est l'hypothèse du concordat dit « *simplifié*. »

3. *Le cas du concordat simplifié*

344. Le concordat simplifié offre l'occasion de réduire le champ d'intervention des créanciers dans l'adoption des solutions de sauvetage de l'entreprise en état de cessation des paiements⁶³³.

345. Aux termes des dispositions de l'article 122, alinéa 3 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif « *dans le cas où la proposition du concordat de redressement ne comporte aucune demande de remise ni des demandes de délai excédant deux ans, il n'y a pas lieu à convocation de l'assemblée concordataire ... seuls le syndic, le juge-commissaire, le représentant du Ministère Public et les contrôleurs, s'il en a été nommé, sont entendus.* »

346. L'article 127, alinéa 4 du même Acte uniforme reprend, à quelque chose près, la même idée en énonçant que « *dans le cas où le concordat de redressement ne comporte aucune remise ni délai excédant deux ans, la juridiction compétente peut prononcer l'homologation après avoir reçu communication des rapports du syndic et du juge-commissaire et entendu les contrôleurs, s'il en a été nommé, en leurs observations sans que les créanciers soient appelés à voter.* »

347. Ces dispositions textuelles instituent ainsi un concordat qui ne requiert pas l'accord des créanciers lorsque les propositions concordataires du débiteur ne comportent pas de demande de remise, ni de demande de délai supérieur à deux ans. Dans ce cas de figure, l'octroi du concordat et, partant, le sort de l'entreprise, reste exclusivement tributaire de la volonté de la juridiction compétente.

348. Cette procédure dérogatoire au droit commun du concordat de redressement, se rapproche nettement de la procédure de suspension des poursuites de l'ordonnance française du 23 septembre 1967 ainsi que de celle de redressement judiciaire issue de

⁶³³ Supra, n°s 265 et s.

la loi française du 25 janvier 1985 lesquelles procédures, excluait le vote des créanciers⁶³⁴. Elle a le mérite d'éviter qu'un concordat sérieux, dans lequel aucune remise n'est sollicitée des créanciers, mais seulement des délais de paiement n'excédant pas deux ans ne soit rejeté injustement par ceux-ci ou ne soit paralysé, faute d'homologation, en raison de l'absence des deux majorités requises.

349. Cette procédure n'est pour autant pas exempte de critiques. N'y a-t-il pas, par exemple, lieu de craindre que le concordat simplifié constitue une porte ouverte à la fraude pour certains débiteurs qui, afin de contourner les aléas liés au vote des créanciers, pourraient être enclins à élaborer des propositions concordataires sans demande de remises et de délais excédant deux ans pour les soumettre directement à l'homologation de la juridiction compétente connaissant à l'avance le caractère irréalisable desdites propositions ? Le risque est d'autant plus réel que cette homologation exceptionnelle par le juge hors l'accord des créanciers, hormis le critère de l'inexistence de remises ou délais excédant deux ans, ne semble pas suffisamment encadrée par le législateur comme c'est le cas pour le choix par le juge des modalités du devenir de l'entreprise.

SECTION 2 : L'ENCADREMENT LEGAL DU CHOIX DU JUGE QUANT AUX MODALITES DU DEVENIR DE L'ENTREPRISE

350. Dans sa mission de sauvetage de l'entreprise en état de cessation des paiements, le juge, qu'il soit africain ou français, doit trancher entre deux alternatives principales. Soit, il estime que l'entreprise en difficulté peut être sauvée par le débiteur, auquel cas, il opte pour sa continuation, soit il estime que le mode salutaire de sauvetage de l'entreprise est sa cession à un tiers et auquel cas, il opte pour ladite cession.

351. Force est cependant de constater que le pouvoir d'appréciation du juge ne s'exerce pas aussi librement que l'on pourrait le penser. Au contraire, l'analyse

⁶³⁴ F. M. SAWADOGO, Op. Cit., n° 284.

respective des dispositions du droit africain et du droit français révèle que le juge obéit à des directives. Ces directives sont, pour l'ensemble, dans leur contenu, communes au droit africain et au droit français. On n'oubliera pas cependant de relever qu'alors qu'en droit français, le juge qui arrête le plan de redressement adopté par les comités de créanciers doit seulement s'assurer que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés⁶³⁵, en droit africain, le juge qui homologue le concordat de redressement doit vérifier, de manière cumulative, que les conditions de validité du concordat sont réunies, qu'aucun motif, tire de l'intérêt collectif ou de l'ordre public, ne paraît de nature à empêcher le concordat, que le concordat offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise et de règlement du passif, qu'en cas de redressement judiciaire d'une personne morale, la direction de celle-ci n'est plus assurée par les dirigeants dont le remplacement a été proposé dans les offres concordataires ou par le syndic ou contre lesquels ont été prononcées, soit la faillite personnelle, soit l'interdiction de diriger, gérer ou administrer une entreprise commerciale⁶³⁶. Cette réserve faite, il conviendra de cerner le contenu des directives légales concernées (paragraphe 1) avant que ne soit analysé le pouvoir d'appréciation dont dispose le juge à cet égard (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : LE CONTENU DES DIRECTIVES LEGALES

352. L'on observe que le dénominateur commun entre le droit africain et le droit français, en cas d'option pour la continuation de l'entreprise en état de cessation des paiements est le critère lié à l'existence de possibilités sérieuses de redressement et de règlement du passif (A.) En revanche, lorsqu'il est question de la cession de l'entreprise, un double critère commun de décision est exigé (B.)

A. L'EXISTENCE DE POSSIBILITES SERIEUSES DE REDRESSEMENT ET DE REGLEMENT DU PASSIF : CRITERE COMMUN DE CONTINUATION DE L'ENTREPRISE

353. L'idée de continuation de l'entreprise suppose la volonté de permettre à l'entreprise de poursuivre son activité, pas nécessairement à l'identique, grâce à une

⁶³⁵ Supra, n° 310.

⁶³⁶ Supra, n°s 335 et s.

restructuration opérée sous le contrôle du Tribunal⁶³⁷. En effet, l'entreprise envisagée comme une structure complexe de biens, de contacts et d'individus, se doit de continuer son activité, pour autant qu'il existe de possibilités sérieuses de redressement et de règlement du passif. Les législations africaine et française en matière d'entreprises en difficulté sont imprégnées de cette philosophie. La continuation de l'entreprise s'articule autour de deux idées fondamentales ayant tantôt trait aux modalités de la continuation, tantôt aux conditions de règlement du passif.

354. Le plan de continuation de l'entreprise constitue, dans son principe, une véritable mesure de restructuration susceptible d'avoir une influence sur l'activité économique, sur sa structure juridique et sur la situation de son personnel⁶³⁸. Il s'agit, en réalité, d'un « remodelage de l'entreprise. »

355. Il a été relevé que le juge africain n'homologue le concordat de redressement voté par les créanciers que si certaines conditions cumulatives sont réunies⁶³⁹. Au rang de ces conditions, figure celle exigeant que le concordat offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise⁶⁴⁰. Du reste, bien en amont, le législateur africain donne comme directive au juge de ne prononcer le redressement judiciaire que s'il lui apparaît que le débiteur a proposé un concordat sérieux⁶⁴¹. Si la loi française de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 ne reprend pas explicitement ce critère comme critère d'arrêt par le Tribunal du plan de redressement à la suite du vote dudit plan par les comités de créanciers, il importe de relever que, outre les hypothèses prévues par le nouvel article L. 626-34 du Code de commerce dans lesquelles il peut y avoir reprise de la procédure de droit commun⁶⁴² ainsi que l'hypothèse des créanciers hors comité⁶⁴³, la constitution des comités de créanciers est l'apanage des grandes entreprises sur la base des critères déterminés à l'avance

⁶³⁷ M. JEANTIN, « *La continuation de l'entreprise* », RJ. Com. 1986, n° spécial, p. 187 et s ; B. SOINNE, « *La continuation de l'entreprise* », RTD Com. 1986, n° spécial, p. 87 et s ; J. Ph. HAEHL, « *Les plans de continuation à Lyon et Bourg-en-Bresse* », JCP, 1987, E, 15073.

⁶³⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, Op. Cit., n° 859.

⁶³⁹ Supra, n°s 349 et s.

⁶⁴⁰ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 127(3°).

⁶⁴¹ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 33, alinéa 2.

⁶⁴² Supra., n° 229.

⁶⁴³ Supra., n°s 317 et s.

par les textes⁶⁴⁴, lorsque ces critères ne sont pas réunis par une entreprise, la procédure de droit commun qui emprunte la quasi-totalité de ses règles au plan de continuation issu de la loi du 25 janvier 1985, tant au stade de l'élaboration, qu'à celui de l'exécution⁶⁴⁵ fait sa réapparition. Dans ce contexte, le Tribunal ne peut décider de la continuation de l'entreprise que lorsqu'il existe des possibilités sérieuses de redressement et de règlement du passif⁶⁴⁶.

356. La notion de « *possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise et de règlement du passif* » n'est pas une notion rectiligne. Elle relève beaucoup plus du large pouvoir d'appréciation des juges du fond⁶⁴⁷. Il appartient cependant aux tribunaux de s'attacher aux critères énoncés par la loi. Le concordat sérieux est celui qui peut être exécuté en fonction de la situation de l'entreprise et des possibilités de redressement⁶⁴⁸. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'article 27 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif exige que les offres concordataires du débiteur précisent les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise. Le concordat est également sérieux lorsque le dividende présente un caractère suffisant⁶⁴⁹, à telle enseigne que le juge est fondé à rejeter des propositions concordataires ridicules ou dérisoires.

357. Pour M. SAWADOGO, « le concordat sérieux est probablement celui qui, tout en préservant et en assainissant l'entreprise, assure le paiement des créanciers dans des conditions acceptables. Il faut donc, d'une part des mesures de redressement de l'entreprise et un plan de paiement des créanciers théoriquement satisfaisants, d'autre part des garanties d'exécution des engagements que contient la proposition de concordat »⁶⁵⁰. Comme on l'a constaté⁶⁵¹ les juges du fond africains dans la plupart des décisions rendues jusqu'ici, attachent du prix à la justification du caractère sérieux du concordat ou des « *possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise et*

⁶⁴⁴ Sur les critères de constitution des comités de créanciers, v. supra, n° 206.

⁶⁴⁵ P. M. LE CORRE, « *Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises* », D. 2005, chrono, p. 2298, spécial, n° 33.

⁶⁴⁶ Tel est le critère dégagé par l'ancien article L.621-70 du Code de commerce.

⁶⁴⁷ Sur le pouvoir d'appréciation des juges du fond à l'occasion de l'homologation du concordat, v. cass. Com. 6 novembre 1956 : D. 1957, 87 Gaz. pal, 1957, 1, 49 ; Req. 3 juin 1935 ; Gaz. pal., 1935, 2, 558.

⁶⁴⁸ En ce sens, B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, 2^{ème} édition, Litec, n° 1552.

⁶⁴⁹ RIPERT par ROBLOT, *Traité de droit élémentaire de droit commercial*, n° 3210, p. 895.

⁶⁵⁰ F. M. SAWADOGO, op. cit., n° 126, p. 118.

⁶⁵¹ Supra, n° 340.

de règlement du passif»⁶⁵². Ils estiment à cet égard que des propositions concordataires impossibles à réaliser ne sauraient être retenues pour envisager un redressement judiciaire et qu'en conséquence, le rejet des propositions concordataires par de nombreux créanciers ainsi que l'absence d'engagement des partenaires importants, militent en faveur de l'ouverture d'une liquidation des biens⁶⁵³.

358. De la même manière, le plan de continuation ne peut être arrêté par le Tribunal qu'après un examen solide des chances de sauvetage de l'entreprise⁶⁵⁴.

359. Pour certains tribunaux africains, la proposition de concordat « *pour être sérieuse 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 de créances et délais obtenus en vue de redémarrer l'activité et apurer collectivement le passif.* »⁶⁵⁵

360. Le caractère sérieux des possibilités de redressement de l'entreprise et du règlement du passif apparaît en somme comme le socle sur lequel repose l'intime conviction du juge lorsqu'il décide de la continuation de l'entreprise. Cette exigence de sérieux ne se limite pas seulement à l'hypothèse de continuation de l'entreprise. Elle est également requise de l'offre faite par les tiers lorsqu'il est question non pas de la continuation de l'entreprise, mais de sa cession.

B. LA CESSION DE L'ENTREPRISE : UN DOUBLE CRITERE COMMUN DE DECISION

361. La cession d'entreprise constitue, à n'en point douter, la situation la plus originale de sauvetage retenue par la loi française du 25 janvier 1985⁶⁵⁶. Cette « technique de sauvetage » de l'entreprise en difficulté a été reconduite par la réforme issue de la loi du 26 juillet 2005 bien que le plan de cession se trouve désormais

⁶⁵² V. notamment les décisions précitées, supra, n° 340.

⁶⁵³ TGI de Ouagadougou, jugement n° 224 du 20 mars 2004, Ohadata J-04-187, Répertoire quinquennal OHADA 2000-2005, p. 493.

⁶⁵⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit., n° 854, p. 568.

⁶⁵⁵ T.G.I. Ouagadougou, jugement n° 100 bis du 24 janvier 2001, w.w.w.ohada.com / jurisprudence.

⁶⁵⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « *Variations sur le plan de cession d'une entreprise en difficulté* », Mélanges Champaud, édition Dalloz, 1997, p. 539.

rattaché au stade de la liquidation judiciaire. Son mécanisme et les avantages que la cession présente en font une technique privilégiée.

362. L'institution de la cession comme technique de redressement de l'entreprise en droit français constitue une démarche de rupture avec le droit antérieur issu de la loi du 13 juillet 1967 où la cession de l'entreprise dans sa globalité n'était pas envisagée comme une solution autonome des procédures collectives⁶⁵⁷. Seule la cession à forfait était prévue dans le cadre de la liquidation des biens. Celle-ci se caractérisait par la généralité et surtout par sa nature aléatoire en ce sens que, l'entreprise était vendue pour un prix fixe sans réelle détermination de la valeur. Il va sans dire qu'un tel système ne pouvait qu'entraîner une dispersion des actifs, la disparition de l'entreprise ainsi que la spoliation de ses créanciers.

363. La cession de l'entreprise peut être une cession totale ou une cession partielle. Lorsqu'elle est totale, elle porte sur l'intégralité des actifs de l'entreprise. Dans ces conditions, l'offre de cession doit avoir pour objet l'entreprise dans son intégralité et non le seul fonds de commerce s'il n'en constitue qu'un élément⁶⁵⁸. Lorsqu'elle est partielle, elle concerne soit un certain nombre de biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, soit une cession d'entreprise ou d'établissement, entendue comme 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. En instituant la cession partielle d'actif dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif⁶⁵⁹ a reconnu, à la suite du législateur français de 1985, que la cession en bloc pourrait constituer une solution heureuse dans la recherche du redressement de l'entreprise. Le législateur africain a cependant laissé un goût d'inachevé en limitant le champ d'application de cette cession à certaines composantes de l'entreprise. Pourtant, même au stade de la procédure de redressement judiciaire, la cession globale peut présenter un intérêt particulier notamment dans l'hypothèse d'incompétence ou d'incurie du débiteur ou, lorsque celui-ci est frappé d'une interdiction d'exercer le commerce à la suite du prononcé

⁶⁵⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, n° 917, p. 199.

⁶⁵⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Ibid*, n° 123, p. 602.

⁶⁵⁹ Le concordat comportant une cession partielle d'actif est réglementé par les articles 131 à 133 dudit Acte.

d'une faillite personnelle ou de sa condamnation pour banqueroute⁶⁶⁰. La cession globale d'actifs semble, en revanche, avoir été réservée par le législateur africain à l'hypothèse exclusive de la liquidation des biens⁶⁶¹.

364. Les législateurs français et africain ont imposé au juge désireux d'opter pour la cession de l'entreprise, qu'elle soit totale ou qu'elle soit partielle, la vérification de la réunion préalable de deux conditions particulières. Il faut d'abord que les entités à céder constituent de véritables unités économiques susceptibles d'exploitation autonome (1). Il faut ensuite que l'offre d'acquisition faite par les tiers présente un caractère sérieux (2.)

1. Une véritable unité économique susceptible d'une exploitation autonome

365. La cession doit porter sur une « *entreprise* ». Pour les tribunaux français, il en est autrement si le cessionnaire n'entend faire qu'une opération spéculative immobilière en acquérant des actifs cédés⁶⁶² ou si la cession a trait aux actifs immobiliers d'un promoteur⁶⁶³ ou la vente d'un portefeuille d'actions⁶⁶⁴. La cession totale de l'entreprise suppose la cession de l'ensemble des actifs affectés à une activité de production⁶⁶⁵. Il résulte à cet égard d'une jurisprudence française constante que la cession ne peut porter que sur l'ensemble des biens de production qui, nécessairement associés à une force commune de travail, concourent par eux-mêmes, soit à la transformation de la matière, soit et de fait, plus généralement, à une création de valeur ajoutée⁶⁶⁶.

366. Lorsque la cession est partielle, tant le législateur français⁶⁶⁷ que le législateur africain⁶⁶⁸ exigent que les entités cédées aient une autonomie d'activité. La notion d'autonomie s'entend de l'indépendance économique possible que doit révéler la

⁶⁶⁰ En ce sens, F. M. SAWADOGO, op. cit., n° 288, p. 279.

⁶⁶¹ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, articles 161 à 163.

⁶⁶² Paris 1^{ère} ch. sect. A, 23 juillet 1992, D. 1992, p. 491, obs. F. DERRIDA.

⁶⁶³ T. Com. Paris, 11 février 1994, Rev. Proc. Coll. 1994, p. 223, obs. B. SOINNE.

⁶⁶⁴ Paris, 18 mars 1994, Rev. Proc. Coll. 1994, p. 223.

⁶⁶⁵ M. JEANTIN et P. LE CANNU, op. cit., n° 135, p. 481.

⁶⁶⁶ Trib. Com. Lyon, 20 juillet 1986, D. 1986, Flash n° 30 ; JCP 86, éd. E, II, 16003, obs. CABRILLAC et VIVANT ; Trib. Com. Nanterre, 20 juillet 1986 cité in SOINNE, « La problématique du plan de cession de l'entreprise, » Rev. Proc. Coll. 1989, p. 473 et s ; Aix-en-Provence, 8^{ème} ch. A, 3 juin 1993, Juris-Data n° 044264.

⁶⁶⁷ Loi du 26 juillet 2005, article L. 642-1, alinéa 2.

⁶⁶⁸ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 31, alinéa 3.

capacité de la branche d'activité considérée à autofinancer son fonctionnement voire à dégager un résultat bénéficiaire⁶⁶⁹. En effet, pour assurer le redressement de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif, il est indispensable que le repreneur soit capable de dégager un résultat d'exploitation⁶⁷⁰. Il a fort opportunément été jugé à ce propos que « *le redressement judiciaire par la voie de la cession a essentiellement pour but d'assurer la survie de l'entreprise cédée par la poursuite de l'activité du débiteur à laquelle le cessionnaire doit se livrer à l'aide des biens affectés à cette activité. Dès lors, constitue un dévoiement de la procédure, le fait de consentir la cession de l'entreprise à une société dont l'objet social est entièrement étranger à l'activité de l'entreprise cédée et qui ne cherche qu'à réaliser une opération immobilière en acquérant des actifs* »⁶⁷¹.

367. L'exigence par le législateur de l'existence d'une véritable unité économique susceptible d'exploitation autonome se justifie par le souci d'éviter que le plan de cession ne soit, en réalité, qu'une liquidation déguisée de l'ensemble des actifs de l'entreprise. Or, la cession a pour objet le support d'une activité à exploiter et non un ensemble d'actifs à liquider, comme l'ancienne cession à forfait⁶⁷². Il y a cependant lieu de relever que la distinction claire en théorie entre cession et liquidation est quelque peu obscurcie par l'article 160 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qui prévoit, en phase de liquidation de biens, une cession globale d'actifs comprenant des unités d'exploitation à l'identique de l'ancien article L.622-17 du Code de commerce français qui avait prévu, en phase de liquidation judiciaire, une cession globale d'unités de production, encore que même à cette phase de liquidation, le caractère sérieux de l'offre n'est pas moins exigé.

2. Une offre sérieuse

368. La loi française du 26 juillet 2005 prévoit que « *la cession de l'entreprise a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de*

⁶⁶⁹ PAILLUSSEAU, CAUSSAIN, LAZARSKI et PEYRAMAURE, La cession d'entreprise, éd. Dalloz 1988, coll. « Réussir en affaires, » p. 499.

⁶⁷⁰ B. SOINNE, op. cit., n° 1677, p. 1333.

⁶⁷¹ Trib. Com. Paris, 11 février 1994 et Paris, 18 mars 1994, Rev. Proc. Coll. 1995-2, n° 37, obs. SOINNE.

⁶⁷² F. PEROCHON, op. cit., n° 334, p. 253.

*tout ou partie des emplois qui y sont rattachés et d'apurer le passif.»*⁶⁷³ Lorsqu'il est appelé à arrêter un ou plusieurs plans de cession, le législateur français donne comme directive au Tribunal de retenir « *l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d'exécution.»*⁶⁷⁴ Cette loi reprend, à quelque chose près, les dispositions de la loi du 25 janvier 1985 desquelles il résultait que « *le Tribunal retient l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé et le paiement des créanciers*⁶⁷⁵ » après qu'il eût été énoncé que l'administrateur était tenu au préalable de donner au Tribunal tout élément permettant de vérifier le caractère sérieux de l'offre⁶⁷⁶. La même disposition est d'ailleurs reprise par la nouvelle loi qui exige que le liquidateur ou l'administrateur, lorsqu'il en a été désigné, donne au Tribunal tous éléments permettant de vérifier le caractère sérieux de l'offre⁶⁷⁷. La loi du 26 juillet 2005 a cependant introduit une exigence supplémentaire liée aux garanties offertes par le repreneur.

369. L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif énonce de son côté que tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier comprenant éventuellement, des unités d'exploitation, peut faire l'objet d'une cession globale⁶⁷⁸. A cet effet, le syndic suscite les offres d'acquisition et fixe le délai pendant lequel elles sont reçues, toute personne intéressée pouvant soumettre une offre d'acquisition au syndic, à l'exclusion des dirigeants de la personne morale en liquidation, des parents ou alliés de ces dirigeants ou du débiteur personne physique jusqu'au deuxième degré⁶⁷⁹. Une fois les offres déposées au greffe de la juridiction compétente, le syndic choisit l'offre qui lui paraît la plus sérieuse et la soumet, ainsi que les avis du débiteur et des contrôleurs au juge-commissaire⁶⁸⁰ qui ordonne la cession⁶⁸¹. Il en résulte que le juge intervient dans le processus une première fois

⁶⁷³ Article 111 de ladite loi, nouvel article L.642-1, alinéa 1 du Code de commerce; cette énonciation est, à quelque chose près, identique à celle de l'article 131, alinéa 3 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif sur la cession partielle d'actifs.

⁶⁷⁴ Loi du 26 juillet 2005, article 111, nouvel article L. 642-5 du Code de commerce.

⁶⁷⁵ Loi du 25 janvier 1985, article L. 621-87.

⁶⁷⁶ Loi du 25 janvier 1985, article L. 621-86.

⁶⁷⁷ Loi du 26 juillet 2005, article 111, nouvel article L. 642-4 du Code de commerce.

⁶⁷⁸ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif article 160, alinéa 1.

⁶⁷⁹ Ibid., article 160, alinéa 2.

⁶⁸⁰ Ibid., article 161.

⁶⁸¹ Ibid., article 162.

lorsque l'offre paraissant la plus sérieuse lui est soumise par le syndic en vue d'une appréciation souveraine et, une seconde fois, pour ordonner la cession, approuvant de ce fait le caractère sérieux de l'offre. Ainsi, pour les juges africains, dans le cadre d'une cession globale d'actifs, la société qui fait l'offre la plus sérieuse compte tenu du prix offert, du mode de paiement (au comptant) et des chances de préservation de l'activité et des emplois doit être retenue comme repreneuse⁶⁸².

370. Il apparaît ainsi que le critère de décision pour le Tribunal français dans le cadre du plan de cession⁶⁸³ est le même que celui du juge-commissaire africain dans le cadre de la cession globale d'actifs : le caractère sérieux de l'offre. Quel contenu donner dès lors à cette formule ? Partant des dispositions du nouvel article L. 621-87 du Code de commerce issu de la loi française du 26 juillet 2006, on pourrait se contenter de répondre que l'offre la plus sérieuse est celle qui paraît de nature à mieux assurer le plus durablement, l'emploi attaché à l'ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d'exécution. Une telle réponse paraît cependant Courte, dès lors que, la notion « *d'offre sérieuse* » paraît difficile à cerner ce, en dépit des larges pouvoirs d'appréciation dont dispose le juge et qu'il convient d'analyser.

PARAGRAPHE 2 : L'ANALYSE DU POUVOIR D'APPRÉCIATION DU JUGE

371. S'il revient au juge d'arrêter un choix sur les modalités du devenir de l'entreprise qui n'honore plus ses paiements, cette mission va de pair avec un certain nombre de constatations et vérifications. En vue de parvenir au sauvetage de l'entreprise, le juge se doit, au moment de sa prise de décision, de vérifier que les exigences légales sont satisfaites dans chaque espèce qui lui est soumise. Vérifier l'existence de possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise, vérifier l'existence d'unités économiques susceptibles d'exploitation autonome, vérifier le caractère sérieux des offres constituent autant de questions de fait qui relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. En résumé, ce pouvoir

⁶⁸² Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, ordonnance de cession globale d'actifs n° 482/2001 du juge commissaire, liquidation des biens de la société NBA, Ohadata J-05-53 ; Répertoire quinquennal OHADA, 2000-2005, p. 511.

⁶⁸³ Il convient de préciser que la loi française du 26 juillet 2005 a unifié le plan de cession et la cession d'unités de production, cette dernière institution concurrente jugée moins contraignante pour les repreneurs, ayant été absorbée par la première.

d'appréciation du juge s'articule tantôt autour des conditions de la continuation de l'entreprise (A), tantôt autour des conditions de sa cession (B).

A. LE POUVOIR D'APPRÉCIATION DU JUGE QUANT À LA CONTINUATION DE L'ENTREPRISE

372. Le juge qui choisit la continuation de l'entreprise est appelé à se livrer à un examen sérieux et approfondi des possibilités de l'entreprise, sauf à opter pour la liquidation judiciaire comme seule solution envisageable. A cet égard, bon nombre de tribunaux français ont respecté l'esprit de la loi et pesé avec rigueur les espérances de sauver l'unité économique⁶⁸⁴. Pour ce qui est particulièrement du règlement du passif, le juge ne saurait cautionner un plan qui ne permet que l'apurement du passif⁶⁸⁵. Cependant, il lui appartient de veiller à ce que le passif soit apuré de manière convenable et à défaut, de déclarer la liquidation judiciaire⁶⁸⁶. Le plan de continuation ne saurait en effet se traduire par une spoliation des créanciers⁶⁸⁷. Cette idée sous-tend sans doute les dispositions du nouvel article L. 626-31 du Code de commerce français qui prescrivent que le projet de plan de redressement soumis au Tribunal par les comités de créanciers ne soit validé par ce dernier qu'après s'être assuré que « *les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment sauvegardés.* »

373. En réalité, c'est à une véritable analyse économique que se livrent les tribunaux au moment d'opter pour la continuation de l'entreprise. C'est ainsi que la Cour de Cassation française a eu à approuver le prononcé de la liquidation judiciaire sur la base de la motivation d'une Cour d'appel précisant que « *... pendant la période de continuation d'activité, le passif s'est aggravé, la trésorerie ne permet pas de régler les charges sociales, la poursuite de l'exploitation présente un risque pour les salariés, aucun plan de continuation ou de cession fondé sur des éléments certains objectifs n'est présenté ...* »⁶⁸⁸ Il appartient notamment à la juridiction compétente

⁶⁸⁴ A titre d'illustration, voir. T. com. Nanterre, 17 juin 1986, Gaz-Pal., 7 février 1987, note D. CALMELS qui note une réduction possible des frais financiers, le redéploiement de l'activité sur un produit à forte marge et un bénéfice prévisionnel d'exploitation ainsi que l'absence de licenciement ; TGI., Béthune, 24 mars 1989, Rev. Proc. Coll. 1989, n° 4, p. 151, obs. B. SOINNE qui examine si l'entreprise peut faire face à une créance encore incertaine dans son montant.

⁶⁸⁵ Com. 17 février 1998, RJDA 6/98, n° 769, Petites affiches, 1998, n° 42, p. 7, 16 février 1999.

⁶⁸⁶ T. Com. Lyon, 30 juillet 1986, J.C.P. 1986, II. 20 700, note J. Ph. HAEL et surtout Com. 6 janvier 1998, Bull. civ. IV, n° 8 : cette dernière décision de la Cour de cassation estime que le plan doit permettre le règlement de toutes les créances déclarées, même si elles sont contestées.

⁶⁸⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit., n° 855, p. 569.

⁶⁸⁸ Cass. Com. 6 octobre 1992, Bull. civ. IV, n° 285 ; RJDA, Déc. 1992, n° 1175, p. 940 ; JCP 92, éd. E, 1384 ; JCP 92, éd. G. IV, 2982.

d'examiner soigneusement la correspondance entre les engagements souscrits et la capacité de remboursement de l'entreprise⁶⁸⁹. Aussi, lorsque l'insuffisance du chiffre d'affaires apparaît insusceptible d'assurer un remboursement annuel dans les conditions prévues au plan de continuation présenté, lorsque les résultats des démarches tendant à obtenir des remises de pénalités restent inconnus et que ces pénalités ne présentent qu'une petite partie du passif de sorte que la situation du débiteur paraît immédiatement compromise, en rejetant le plan de redressement proposé, la Cour d'appel justifie légalement sa décision⁶⁹⁰. De la même manière, il y a lieu à liquidation dès lors que « *l'entreprise ne présente pas une solution de redressement tenant compte de l'important passif, mais présente une proposition de redressement avec tableau de financement sur cinq ans sans tenir compte du passif* »⁶⁹¹.

374. Le droit africain n'est pas resté indifférent à la question de règlement du passif lorsque le juge a pris son parti pour la continuation de l'entreprise. La juridiction compétente n'accorde l'homologation du concordat que si, entre autres exigences, aucun motif tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public ne paraît de nature à empêcher le concordat⁶⁹². L'intérêt collectif visé par l'Acte uniforme est vraisemblablement celui des créanciers⁶⁹³. La juridiction compétente doit refuser l'homologation du concordat si des motifs tirés de l'intérêt des créanciers paraissent de nature à empêcher le concordat. En jurisprudence, les motifs tirés de l'intérêt des créanciers paraissant de nature à empêcher le concordat sont très variés. Il peut s'agir du caractère dérisoire ou insuffisant d'un dividende⁶⁹⁴, de l'insuffisance des garanties assurant le paiement des dividendes⁶⁹⁵, de l'absence de clause dite de « *retour à meilleure fortune* »⁶⁹⁶. Toute autre est l'appréciation faite par les juges en matière de cession d'entreprise.

⁶⁸⁹ B. SOINNE, op. cit., n° 1559, p. 1222.

⁶⁹⁰ Cass. Com. 7 juillet 1992, Rev. Proc. Coll. 1993, p. 78, obs. SOINNE.

⁶⁹¹ Pau, 2^{ème} chambre, 28 novembre 1991, juris-data, n° 04668.

⁶⁹² Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 127 (2°).

⁶⁹³ En ce sens, F. M. SAWADOGO, Op. Cit., n° 284, p. 275.

⁶⁹⁴ Trib. Com. Marseille, 3 avril 1891, Journ. Faillites 91.228 ; Bordeaux, 20 février 1899, Ibid, 99.373.

⁶⁹⁵ Paris, 4 février 1875, Journ. Trib. Com. 76.430.

⁶⁹⁶ Trib. Com. Nantes, 30 juillet 1910, Journ. Faillites 1911.136 ; Montpellier, 19 mai 1931, D. M. 1932, Somm. 6.

B. LE POUVOIR D'APPRÉCIATION DU JUGE QUANT A LA CESSION DE L'ENTREPRISE

375. Il appartient au juge africain, statuant dans le cadre d'une cession partielle d'actif, sous peine de réformation de sa décision, de préciser en quoi une telle cession est une 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.* » De même, dans le cadre d'une cession globale d'actif, il lui appartient, à l'instar de son homologue français statuant sur la cession globale d'unités de production alors prévue par la loi du 25 janvier 1985 de s'attacher à « *vérifier que les biens cédés forment bien un ensemble cohérent, susceptible de servir de support à une activité rentable.* ⁶⁹⁷ »

376. S'il apparaîtrait en somme que le juge dispose d'une totale liberté dans le choix des offres en matière de cession, il convient de relever avec M. CALENDINI qu'« *à tous le moins, on sera en droit d'attendre des juges du fond qu'ils caractérisent les éléments de la cession, qu'ils montrent que l'entreprise est transmise dans son entier en cas de cession totale, en tant qu'unité économique globale, en vue de la continuation de son activité dans d'autres mains. De même, qu'ils indiquent, en cas de cession partielle, en quoi la fraction cédée constitue une branche complète susceptible d'une activité autonome.* ⁶⁹⁸ » Sur le terrain du caractère sérieux de l'offre, l'examen de la jurisprudence française est particulièrement édifiant. De manière générale, les juges français se livrent à un examen global de l'offre, c'est-à-dire de la solidité financière de la proposition d'achat mais aussi de ses chances de réussite sur le plan social⁶⁹⁹. Les tribunaux procèdent à une analyse détaillée de l'offre, s'attachant notamment à la situation du marché, à l'importance des investissements, à la structure et à la compétence du personnel⁷⁰⁰, au maintien de l'emploi et au désintéressement des créanciers.

⁶⁹⁷ Trib. com. Lyon, 29 juillet 1986, RTD Com. 1989, p. 310. obs. P. HAEHL ; CA. Paris, 27 février 1990, RTD Com. 1990, p. 479, Obs. P. HAEHL.

⁶⁹⁸ M. CALENDINI, « *L'élaboration des plans de redressement et d'apurement du passif après la période d'observation,* » Les Petites Affiches, 31 juillet 1985.

⁶⁹⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit. n° 930, p. 606.

⁷⁰⁰ Sur l'importance de la structure du personnel dans le choix effectué, v. B. SOINNE, « *La problématique du plan de cession* », Rev. Proc. Coll. 1989, n° 4, p. 463.

377. A titre d'illustration, il a été jugé par la Cour d'Appel de Paris que l'offre de reprise d'un cabinet de Courtage d'assurance n'était pas sérieuse dans la mesure où, elle présentait un caractère aléatoire en raison de l'importance des charges sociales liées au personnel maintenu en fonction qui représentait près de 75% du produit brut du cabinet⁷⁰¹. En revanche, le Tribunal de commerce de Paris a jugé sérieuse une offre résultant d'un long processus d'élaboration dont elle était l'aboutissement, « *le consensus social dans lequel elle s'inscrit n'en étant pas la moindre caractéristique pour évaluer les chances de réussite qu'elle peut offrir pour l'avenir.* »⁷⁰²

378. Il n'est pas sans intérêt de s'interroger sur l'importance que le juge, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, accorde au prix de la cession. La question se justifie d'autant plus l'importance du prix de la cession constitue un indicateur déterminant sur le caractère sérieux de l'offre de cession. La problématique est alors celle de savoir si les tribunaux pouvaient consentir à la cession d'entreprise, opération par nature aléatoire⁷⁰³ alors même que le prix offert ne serait pas à même de désintéresser les créanciers. Majoritairement, de nombreuses juridictions de fond ont répondu par l'affirmative, fort de ce que, d'une part « *rien dans le texte de loi ne stipule que le bénéficiaire d'une cession consentie dans le cadre du redressement judiciaire de l'entreprise devrait payer l'intégralité du passif* »⁷⁰⁴ et, d'autre part, certains textes impliquent la possibilité d'une insuffisance de prix⁷⁰⁵. Dans un arrêt en date du 26 juin 1990⁷⁰⁶, la Cour de cassation française a consacré cette position jurisprudentielle en jugeant qu'un plan de cession pouvait être valablement arrêté même s'il ne permettait pas le règlement intégral des créanciers. Elle a même

⁷⁰¹ Paris, 29 avril 1988, BRDA, 15 juil. 1988, n° 13.

⁷⁰² Trib. Com. Paris, 14 janvier 1987, Les Petites Affiches, 1987, n° 87, p. 11.

⁷⁰³ Il a été jugé que le plan de cession est « *... une opération dont le caractère forfaitaire implique l'existence d'un aléa exclusif de l'application des garanties prévues dans le droit commun de la vente et obéissant à des règles propres édictées en vue du maintien au moins partiel de l'activité par une loi d'ordre public...* », v. B. SOINNE, « *L'autonomie des règles relatives à la transmission d'entreprise en situation de redressement ou de liquidation judiciaire* », Les Petites Affiches, 10 novembre 1993, p. 10.

⁷⁰⁴ Versailles, 9 juillet 1986, Gaz. Pal. 1986. II. 436, note D. CALMELS ; Aix-en-Provence, 2 octobre 1986, D. 1987. Som. 9 et 10, obs. F. DERRIDA ; Toulouse, 16 avril 1987, Petites affiches, 1988, n° 74, p. 5, obs. F. MACORIG-VENIER ; T. Com. Paris, 16 avril 1986, Gaz. Pal. 4/5 juin 1986, obs. ANNICHIARICO.

⁷⁰⁵ Trib. Com. ; 16 avril 1986, précité. Aux termes des dispositions de l'ancien article L. 621-102 du Code de commerce français, la vérification des créances chirographaires n'avait pas lieu lorsqu'il apparaissait que le prix de la cession serait absorbé par les créances privilégiées et les frais de justice. Cette disposition est reprise par le nouvel article L. 641-4 dudit Code. A contrario, le droit africain n'a pas prévu une telle disposition, puisqu'aux termes des dispositions de l'article 84 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, « *la vérification des créances ... est obligatoire quelle que soit l'importance de l'actif et du passif.* »

⁷⁰⁶ Com. 26 juin 1990, B.R.D.A. 31 août 1990, n° 15, p. 14 ; J.C.P. éd. E., 1991. 355, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL ; Rev. Proc. Coll. 1991. 320, note B. SOINNE.

considéré que la question du montant du prix relevait du pouvoir souverain des juges du fond, marquant ainsi sa volonté de ne pas l'arbitrer.

379. Toutefois, cette jurisprudence doit être ramenée à sa juste proportion. Les juges ne sauraient rester indifférents à l'élément prix. La jurisprudence estime de plus en plus qu'il n'est pas possible d'arrêter un plan de cession qui ne désintéresse pas suffisamment les créanciers même si l'offre présente un intérêt économique réel⁷⁰⁷. Il convient dès lors d'approuver les juges français dans le cadre d'une décision qui énonce que *« la cession d'une entreprise sans paiement du moindre prix et sans que le législateur en ait posé le principe de façon ferme et précise constituerait un véritable bouleversement du droit positif de la procédure de redressement judiciaire ; la sauvegarde d'emplois prévue par la loi ne doit pas conduire le Tribunal à tout admettre et à permettre en particulier qu'un repreneur dicte d'abusives conditions constitutives d'une véritable spoliation des créanciers, contraire à la morale des affaires et à laquelle il appartient au Tribunal de veiller pour une indispensable défense des droits des créanciers. »*⁷⁰⁸

380. Sur la question du prix de la cession comme critère de décision du juge, il faudrait, en fin de compte, convenir avec M. SOINNE que *« les entreprises en redressement ou en liquidation ne sont pas destinées à permettre la réalisation d'affaires juteuses au mépris des droits des créanciers et des principes économiques élémentaires. La sauvegarde de l'emploi prévue par la loi ne conduit pas à cette solution. Si aucun amateur ne se présente pour un prix correct, il n'y a pas d'autre solution que la disparition de l'entreprise. Il ne sert à rien de maintenir ou de créer artificiellement des entreprises par des prix de cession ridicules ou dérisoires, c'est-à-dire des coûts d'exploitation peu sérieux pour l'entreprise qui se crée. Ces nouvelles entreprises ne feront que gêner pendant quelques temps celles concurrentes qui n'auront pu bénéficier des mêmes avantages. Ces dernières connaîtront alors des difficultés sociales et, le cas échéant, des licenciements dont elles ne seraient pas responsables. On ne peut sauver ... quelques emplois par des cessions à vil prix, si*

⁷⁰⁷ Orléans, 5 janvier 1993, Rev. Proc. Coll. 1993.505, obs. B. SOINNE.

⁷⁰⁸ T.G.I. Metz, 3 août 1988, Rev. Proc. Coll. 1989-4, p. 526, n° 26, obs. SOINNE; D. 1991, som. com. 17, obs. DERRIDA.

cela se traduit ailleurs par des licenciements provoqués par une concurrence déloyale...⁷⁰⁹»

381. Le juge ne saurait d'autant moins rester indifférent à l'élément prix de la cession que les dispositions légales fixant le contenu des offres de reprise intègrent cet élément parmi les exigences préalables même si celles-ci ne sont pas présentées à peine d'irrecevabilité de l'offre. Ainsi, la loi française du 26 juillet 2005 énonce que toute offre doit être écrite et comporter des indications portant respectivement sur : la désignation précise des biens, des droits et des contrats inclus dans l'offre, les prévisions d'activité et de financement, le prix offert ainsi que les modalités de règlement, de la qualité des apporteurs de capitaux et le cas échéant de leurs garants, la date de réalisation de la cession, le niveau et les perspectives d'emploi justifiés par l'activité considérée, les garanties souscrites en vue d'assurer l'exécution de l'offre, les prévisions de cession d'actifs au Cours des deux années suivant la cession, la durée de chacun des engagements pris par l'auteur de l'offre⁷¹⁰.

382. L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif n'est pas en reste puisque, s'agissant de la cession globale d'actif, toute offre d'acquisition doit être écrite et préciser notamment, outre la date de réalisation de la cession, le prix et ses modalités de paiement, précision étant faite qu'au cas où des délais de paiement sont sollicités, ceux-ci ne peuvent excéder douze mois et doivent être garantis par le cautionnement solidaire d'un établissement bancaire⁷¹¹. S'agissant du concordat comportant une cession partielle d'actif, la juridiction compétente ne peut l'homologuer qu'à la double condition que le prix soit suffisant pour désintéresser les créanciers munis de sûretés réelles spéciales sur les biens cédés et que le prix soit payable au comptant ou, dans l'hypothèse de délais accordés à l'acquéreur, que ceux-ci n'excèdent pas deux ans et soient garantis par le cautionnement solidaire d'un établissement bancaire⁷¹².

⁷⁰⁹ B. SOINNE, op. cit. N° 1671, p. 1327.

⁷¹⁰ Loi du 26 juillet 2005, article 111, nouvel article L. 642-1 du Code de commerce.

⁷¹¹ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 160.

⁷¹² Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 132.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 DU TITRE 1

383. Bien que la primauté du rôle du juge paraisse indéniable lorsque l'entreprise est en état de cessation des paiements, il est apparu que le droit africain et le droit français avaient un dénominateur commun important : le rôle des créanciers dans le déroulement de la procédure de redressement judiciaire. Ce rôle transparait aussi bien au moment de la phase d'élaboration des solutions qu'au niveau de la phase d'adoption de celles-ci. Mais dans cette dernière phase, l'on a pu observer que les créanciers disposaient d'un pouvoir beaucoup plus souverain en droit français qu'en droit africain, au travers du vote du plan de redressement.

384. On aurait dès lors pu penser à un effacement du juge face à la montée en puissance des créanciers dans le déroulement de la procédure. Il n'en est rien. Vient un moment où le juge retrouve toute sa place tant en droit africain qu'en droit français. Il est cependant apparu que le juge français est beaucoup plus présent dans le cadre du redressement judiciaire en droit français qu'en droit africain aussi bien lorsque son intervention a lieu après le vote des comités de créanciers que lorsqu'elle a lieu en dehors dudit vote. Cette différence dans les deux ordres juridiques trouve vraisemblablement sa justification dans la nature hautement contractuelle des relations concordataires entre le débiteur et ses créanciers qui laisse peu de place à l'initiative personnelle du juge africain, exception faite du cas du concordat simplifié.

385. Les juges africain et français, appelés à décider du sort de l'entreprise, ne statuent pas *ex-nihilo*. Ils obéissent tous à des directives légales dont le contenu est, à quelque chose près, identique dans le cadre de la continuation de l'entreprise ou de sa cession, étant par ailleurs entendu que les vérifications et constatations préalables qu'ils sont appelés à opérer à cet égard sont des questions de fait qui relèvent de leur pouvoir souverain d'appréciation.

CONCLUSION DU TITRE 1

386. Alors que le législateur africain n'a pas cru devoir impliquer très tôt le juge dans la résolution des difficultés de l'entreprise dans la procédure d'alerte instituée dans le droit des sociétés commerciales, l'on constate en revanche que, dans le cadre de la procédure de règlement préventif, l'intensité de l'intervention du juge est réelle. Cette intensité qui contraste avec le caractère contractuel de l'accord entre le débiteur et ses créanciers est tel que, faute de consensus, il pourrait constituer une entrave au redressement de l'entreprise.

387. Pour sa part, le législateur français a donné l'occasion au juge d'intervenir à plusieurs paliers de la prévention des difficultés de l'entreprise : la procédure d'alerte, le mandat ad hoc, la conciliation, la sauvegarde. Cette intervention est moins pesante et laisse une place importante aux négociations contractuelles entre le débiteur et ses créanciers même s'il faut reconnaître que dans le cadre de la procédure de sauvegarde, la résurgence du juge est plus prononcée.

388. En revanche, l'intervention des juges africain et français dans le cadre des procédures curatives se heurte à l'important rôle reconnu aux créanciers dans le déroulement de ces procédures. Il apparaît cependant que pour l'adoption d'un plan de redressement de l'entreprise en état de cessation des paiements, le juge français dispose de plus de pouvoirs que le juge africain.

389. Il faudrait cependant se garder de conférer à la distinction juge préventif d'un côté et juge curatif de l'autre, un caractère manichéen. Si cette distinction peut se justifier fort à propos pour des considérations méthodologiques, la réalité commande de relever que la distinction peut s'avérer, à bien des égards, artificielle. En réalité, les fonctions préventives et curatives attachées aux techniques de sauvetage de l'entreprise en difficulté sont structurellement liées : elles sont à la fois préventives et curatives. On ne saurait dissocier les deux fonctions du moment où, aucune technique de sauvetage n'est susceptible d'aboutir au sauvetage de l'entreprise si elle n'intervient pas à temps, tout comme une prévention efficace est irréalisable en

l'absence d'une prise de mesures efficaces dès l'apparition des premiers indices attestant de la gravité de la situation⁷¹³.

390. Appelés à décider du sort de l'entreprise, les juges africain et français jouissent, au total, d'un large pouvoir d'appréciation tempéré, il est vrai, par des directives légales dont la similitude a été relevée.

391. Mais, que le juge africain ou français se prononce sur le sort d'une entreprise in bonis, ou qu'il soit appelé à se prononcer sur une entreprise en état de cessation des paiements, l'objectif de sauvetage ne peut être efficacement mis en œuvre que si, au plan du droit processuel, il dispose d'instruments adaptés à la prévention et au traitement des difficultés de l'entreprise : se pose alors ainsi le problème des moyens d'action processuels mis à la disposition du juge.

⁷¹³ En ce sens, P. NGUIHE KANTE, thèse précitée, n° 13.

TITRE 2: UNE COMMUNAUTE DE MOYENS D'ACTION PROCESSUELS

392. Les législateurs africain et français ont assigné au droit des procédures collectives une finalité essentielle et commune : la sauvegarde de l'entreprise⁷¹⁴.

L'objectif économique de sauvegarde de l'entreprise assigné aux procédures collectives tant par le législateur africain que par son homologue français, apparaît donc indéniable. A partir de ce postulat, la question qu'il convient de se poser est celle de savoir si, dans le cadre du traitement judiciaire des difficultés de l'entreprise, les règles de la procédure civile classique sont adaptées.

393. De fait, en raison du caractère « *auxiliaire* » du droit judiciaire privé, la procédure se doit d'être « *adaptée à la branche du droit qu'elle doit servir* »⁷¹⁵. Or, l'inadaptation de certaines règles classiques en matière de redressement de l'entreprise est aujourd'hui une réalité indéniable⁷¹⁶. La conséquence de cette situation est que, comme le relèvent opportunément MM. DERRIDA et JULIEN, « *bien souvent le droit procédural particulier du redressement et de la liquidation a exercé sur les solutions du droit judiciaire privé une influence telle qu'elle en a modifié sensiblement l'application* »⁷¹⁷.

394. La spécificité procédurale en matière de redressement de l'entreprise transparaît d'avantage en droit africain et en droit français, lorsque l'on s'intéresse au contentieux dit « *objectif* » défini comme celui « *relatif au redressement de l'entreprise* »⁷¹⁸ ou, celui dans lequel il n'est question « *ni de protéger la légalité, ni de protéger les droits subjectifs mais de traiter une situation économique jugée préoccupante pour l'intérêt général* »⁷¹⁹. Cette spécificité se traduit par la maîtrise par le juge de l'instance tendant au sauvetage de l'entreprise (chapitre 1). Elle justifie également l'exécution immédiate de ses décisions (Chapitre 2).

⁷¹⁴ Supra n°s 20 et s.

⁷¹⁵ G. CORNU et J. FOYER, procédure civile, PUF, Thémis, 2^{ème} édition, 1996, n°3, p.7.

⁷¹⁶ P. CAGNOLI, op. cit., n° 94, p. 71.

⁷¹⁷ F. DERRIDA et P. JULIEN, « *Le droit procédural du redressement et de la liquidation judiciaires et le droit privé* », Mélanges P. DRAI, Le juge entre deux millénaires, Dalloz, 2000, p. 284.

⁷¹⁸ D. MELEDO – BRIAND, thèse précitée, n° 395.

⁷¹⁹ O. STAES, thèse précitée, n° 14 ; il convient cependant de relever que M. CAGNOLI (op. cit., p. 68 et s.) trouve trop tranchée cette *summa divisio* entre d'une part, le contentieux dit « *objectif* » qui intéresserait le sort de l'entreprise et, d'autre part, le contentieux dit « *subjectif* » dans lequel le juge se contenterait de trancher entre des prétentions contradictoires, portant sur des droits subjectifs.

CHAPITRE 1: LA MAITRISE DE L'INSTANCE PAR LE JUGE

395. Les juges africain et français disposent en commun des instruments d'ordre processuel susceptibles de leur permettre de réaliser l'objectif de redressement de l'entreprise tel que fixé par les différents législateurs. Face au constat d'inadaptation des règles classiques de la procédure civile, il ne restait plus, dans le déroulement de l'instance, qu'à déroger au droit commun processuel (section 1), et à procéder à un réaménagement des principes directeurs essentiels du procès (section 2).

SECTION 1: LA COMMUNE DEROGATION AU DROIT COMMUN PROCESSUEL

396. Il est généralement admis que juger, c'est trancher une contestation et mieux, c'est choisir entre deux prétentions qui ont, l'une comme l'autre, vocation à s'imposer⁷²⁰. Du reste, pour certains auteurs⁷²¹, il n'y a de juridiction que contentieuse, le juge se bornant alors à trancher un litige. Suivant les travaux de la doctrine italienne reprise en France par M. BRULLIARD, le doyen HERON et Madame BLERY⁷²², la mission du juge consiste à lever l'obstacle qui entrave les droits, l'activité des justiciables⁷²³.

397. Or, il apparaît clairement qu'en droit africain et en droit français, dans le contentieux dit « *objectif* », la mission confiée au juge des procédures collectives s'éloigne de toute idée de juridiction. Pour certains, la mission du juge est ici beaucoup plus une mission « *de nature administrative* » orientée vers la satisfaction de l'intérêt général qu'une mission ordinaire⁷²⁴. A cet égard, M. LEBRIS estime que « l'intérêt général était l'obsession du législateur qui entendait assumer le sacrifice

⁷²⁰ M. BANDRAC, « *De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas* », Mélanges P. DRAI, Le juge entre deux millénaires, Dalloz 2000, p. 171.

⁷²¹ P. LAMPUE, « *La notion d'acte juridictionnel* », RDP 1946, p. 56.

⁷²² G. BRULLIARD, « *L'évolution de la notion de juridiction dite « gracieuse » ou volontaire et de celle de juridiction d'après les récents travaux de la doctrine italienne* », RID comp. 1957, p.5.

⁷²³ P. CAGNOLI, op. cit., n° 265, p. 210.

⁷²⁴ P. CAGNOLI, op. cit., n° 300, p. 239; v. également M. BANDRAC, article précité, n° 7.

des créanciers pour assumer un intérêt supérieur au leur : le redressement de l'entreprise. Quoi de plus normal donc qu'en droit français et en droit africain, des prérogatives exorbitantes du droit commun aient été accordées au juge des procédures collectives. Ces prérogatives sont tantôt inhérentes à son pouvoir d'initiative (paragraphe 1) tantôt liées aux règles de compétences (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1: DES DÉROGATIONS INHÉRENTES AUX POUVOIRS D'INITIATIVE DU JUGE

398. Avant l'ouverture d'une procédure collective, en vue d'avoir une idée exacte sur la situation financière et économique du débiteur, le juge peut recourir à une enquête préalable (A). Bien plus, le juge se réserve le droit de se saisir d'office d'une procédure (B).

A. LE DROIT DE RECOURIR A UNE ENQUÊTE PRÉALABLE

399. L'enquête préalable à l'ouverture d'une procédure collective est organisée aussi bien par le droit africain que par le droit français.

400. A ce propos, l'article 32, alinéa 2 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif dispose qu'« *avant l'ouverture d'une procédure collective, le président de la juridiction compétente peut désigner un juge du siège ou toute personne qu'il estime qualifiée, à charge de dresser et de lui remettre un rapport dans un délai qu'il détermine, pour recueillir tous renseignements sur la situation et les agissements du débiteur et la proposition du concordat faite par lui* ». Les tribunaux africains n'hésitent pas à recourir à cette disposition légale⁷²⁵. Il faut cependant préciser que la désignation d'un juge ou toute autre personne qualifiée pour procéder à une enquête préalable n'est qu'une simple faculté et non une obligation faite à la juridiction⁷²⁶.

⁷²⁵ TGI de Ouagadougou, jugement n° 202 du 16 juin 2004, Ohadata J-05-219.

⁷²⁶ TGI de Ouagadougou, jugement n° 45 du 18 fév. 2004, BTM & BATEC Sarl c/ SOSACO, Ohadata J-04-374, Répertoire quinquennal Ohada, 2000-2005, p. 500.

401. L'article 14 de la loi française du 26 juillet 2005 devenu le nouvel article L. 621-1 du Code de commerce reprend la même idée lorsqu'il énonce que « *le Tribunal peut, avant de statuer, commettre un juge pour recueillir tous renseignements sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise.* » Il ajoute par ailleurs que le Tribunal « *peut se faire assister de tout expert de son choix.* »

402. Il doit cependant être entendu que l'enquête préalable ainsi prescrite en droit africain et en droit français n'est qu'une simple faculté pour le juge et non une obligation. Il en résulte qu'une décision intervenant en l'absence d'une telle enquête ne saurait être contestée de ce chef⁷²⁷.

403. A cette enquête préalable, il faudrait sans doute rapprocher les pouvoirs d'investigation reconnus au juge-commissaire par le législateur africain. En effet, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, le juge-commissaire africain « *peut obtenir communication, par les commissaires aux comptes, les comptables, les membres et représentants du personnel, par les administrations et organismes publics, les organismes de prévoyance et de sécurité sociales, les établissements de crédit ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une information exacte sur la situation économique et financière de l'entreprise.* »⁷²⁸

404. Du reste, le juge-commissaire recueille tous les éléments d'information qu'il juge utiles⁷²⁹. Il peut, notamment, entendre le débiteur ou les dirigeants de la personne morale, leurs préposés, les créanciers ou toute autre personne, y compris le conjoint ou les héritiers connus du débiteur décédé en état de cessation des paiements⁷³⁰.

405. Le principe d'une enquête préalable n'est pas, en soi, une particularité du droit processuel des entreprises en difficulté. En droit processuel commun, le juge n'a jamais été confiné dans un rôle passif en matière de recherche des preuves. Très tôt,

⁷²⁷ Paris, 24 octobre 1989, Rev. dr. Bancaire et Bourse, mars 1990, n°18, obs. CAMPANA et CALENDINI.

⁷²⁸ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 39, alinéa 2.

⁷²⁹ Ibid, article 39, alinéa 1.

⁷³⁰ Ibid.

les tribunaux ont estimé que les pouvoirs accordés au juge en matière d'enquête n'ont d'autre limite, par la volonté de la loi, que leur conscience et l'impérieux besoin de s'éclairer pleinement ; qu'en toutes matières et surtout en celles qui intéressent directement l'ordre public, il serait trop regrettable que les juges n'eussent pas le droit et le devoir de rechercher à suppléer d'office l'insuffisance des preuves et les éléments de conviction que le débat oral leur aura fourni... »⁷³¹

406. L'article 10 du nouveau Code de procédure civile français énonce que « le juge a le pouvoir *d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles.* » Quant aux Codes de procédure civile des pays africains appartenant à l'espace OHADA, ils ont pour la plupart dans leurs dispositions, prévu l'enquête comme mode d'administration de la preuve testimoniale⁷³².

407. Les pouvoirs d'investigation reconnus au juge des procédures collectives, comparés à ceux du juge de droit commun, revêtent cependant une spécificité. Alors que les mesures d'instruction ordonnées d'office par le juge de droit commun tendent à asseoir les prétentions des parties au procès en termes de preuves, les pouvoirs d'investigation du juge des procédures collectives n'ont pas pour but de « *trancher une contestation* » ou de « *choisir entre deux prétentions.* » Ces pouvoirs ont pour but des renseignements sur la situation et les agissements du débiteur ainsi que la proposition du concordat présenté par lui⁷³³. Ils ont également pour objectif d'avoir une information exacte sur la situation économique et financière de l'entreprise⁷³⁴. Il est, en définitive, question pour le juge, de statuer en toute connaissance de cause sur le sort de l'entreprise en ayant une photographie de celle-ci et un constat de la gestion passée. Le rapport remis au juge à l'issue de l'enquête prescrite par l'article 32, alinéa 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, outre le fait qu'il permet de vérifier si les conditions de fond du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens sont réunies, a ainsi pour but de mieux éclairer la juridiction compétente quant au choix des solutions⁷³⁵. En cela, les juges africain et français exercent pleinement une « *magistrature économique* »

⁷³¹ Toulouse, 29 février 1868, D.P. 68, 2.87.

⁷³² A titre d'illustration, on peut citer les dispositions du Code de procédure civile du Cameroun (article 98), du Sénégal (article 136), du Gabon (article 222), du Tchad (article 93).

⁷³³ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 32, alinéa 2.

⁷³⁴ Ibid., article 39, alinéa 3.

⁷³⁵ J. M. NYAMA, op. cit., p. 91, n°29.

comme c'est d'ailleurs le cas lorsqu'ils décident de se saisir d'office de la situation de l'entreprise en difficulté.

B. LE DROIT DE SE SAISIR D'OFFICE

408. En matière de procédures collectives, le droit reconnu au Tribunal de se saisir d'office est traditionnel. Toutefois, cette faculté reconnue au juge fait douter de son impartialité⁷³⁶ même si elle ne porte pas atteinte à son indépendance⁷³⁷. Du reste, la Cour européenne des droits de l'homme, statuant sur la compatibilité de la saisine d'office avec les exigences de l'article 6, 1° de la Convention européenne⁷³⁸, a partagé cette opinion⁷³⁹ bien que la Cour de cassation française ait estimé pour sa part que la faculté pour le Tribunal de se saisir d'office n'était pas contraire à ladite Convention parce que s'accompagnant de mesures qui garantissent l'impartialité du juge⁷⁴⁰.

409. L'impartialité se doit d'être définie⁷⁴¹ au regard de la mission du juge. Pour certains auteurs, elle consiste en l'adoption d'une démarche de remise en cause par le juge, qui lui permet de ne pas prendre parti avant tout débat en se fondant sur des considérations étrangères à une discussion contradictoire avec les parties⁷⁴².

410. En fait, il semble bien que le pouvoir du juge de se saisir d'office ne constitue pas en lui-même une méconnaissance du procès équitable⁷⁴³. Ce sont plutôt les circonstances entourant l'exercice de ce pouvoir qui, objectivement, peuvent traduire la partialité du juge⁷⁴⁴. Dans ce contexte, pour la jurisprudence française, lorsqu'un président de juridiction cite un dirigeant en complément de passif social et en

⁷³⁶ R. MARTIN, « *La saisine d'office (essai sur sa signification)* », J.C.P. éd. G 1973.

⁷³⁷ Sur les liens entre l'indépendance et l'impartialité, v. P. CROCCQ « *Le droit à un tribunal impartial* », Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, éd., 2002, 480, n°521.

⁷³⁸ L'article 6, 1° de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales énonce que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur les droits et obligations à caractère civil, soit du bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ».

⁷³⁹ CEDH, 1^{er} octobre 1982, PIERSACK c/ Belgique, publ. CEDH, série A, vol. 53 ; jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme, Sirey, 7^{ème} éd., 2000, n°62, obs. V. BERGER ; JDI 1985, p. 210, obs. P. TAVERNIER.

⁷⁴⁰ Com. 16 mars 1993, D. 1993, 538, note J-L. VALLENS.

⁷⁴¹ En matière pénale, V. JOSSERAND, L'impartialité du magistrat en procédure pénale, LGDJ 1988 ; ROETS, Impartialité et justice pénale, Cujas 1997 ; CANIVET, « *La justice des années 2000 doit s'adapter aux attentes de la société* », JCP, 2000, I, 192.

⁷⁴² N. FRICERO, « *Les procédures collectives à l'épreuve du procès équitable* », Mélanges A. HONORAT, éd. Frison – Roche, p.18.

⁷⁴³ MATRAY, « *Réflexions sur la faillite d'office* », rev. gén. Dr., 1988, p.145.

⁷⁴⁴ N. FRICERO, article précité, p.20.

extension de la procédure collective et que le libellé de la citation ainsi que le contenu de la note annexée peuvent laisser penser que le président de la juridiction de jugement ne disposait pas de l'impartialité objective du juge, la violation de l'article 6 de la Convention européenne est effective⁷⁴⁵.

411. En dépit des griefs relevés contre cette technique, le droit reconnu au Tribunal de se saisir d'office, a jusqu'ici été consacré aussi bien par le législateur africain et par le législateur français. Les exemples cités pour attester de cette situation dans les deux ordres juridiques n'ont, dans ces conditions, que valeur indicative.

412. Ainsi, à côté des modes de saisine usuels⁷⁴⁶ constitués respectivement par la déclaration du débiteur⁷⁴⁷, l'assignation des créanciers⁷⁴⁸, le droit africain a prévu que la juridiction compétente peut se saisir d'office en vue d'ouvrir une procédure collective à l'encontre d'un débiteur vivant⁷⁴⁹ ou décédé⁷⁵⁰, dans l'hypothèse de résolution ou d'annulation du concordat préventif ou de redressement⁷⁵¹, dans l'hypothèse d'un constat de cessation des paiements dans le cadre de la procédure de règlement préventif⁷⁵² en cas de radiation du registre du commerce du débiteur ou d'un associé indéfiniment et solidairement responsable du passif social, lorsque leur cessation des paiements est antérieure à cette radiation⁷⁵³.

413. Le droit français n'est pas en reste. Bien au contraire, les hypothèses de saisine d'office offertes par le législateur français sont plus nombreuses que celles offertes au juge africain. A titre d'illustration, si après l'ouverture de la procédure de sauvegarde, il apparaît que le débiteur était déjà en état de cessation des paiements au moment du prononcé du jugement, le Tribunal dispose du pouvoir de se saisir d'office pour constater l'état de cessation des paiements, en fixer la date et convertir la procédure de sauvegarde en une procédure de redressement judiciaire⁷⁵⁴. De la même manière, la loi française permet au Tribunal de se saisir d'office à tout moment de la période

⁷⁴⁵ Com. 3 novembre 1993, Bull. civ. IV, n° 345; D. 1994, 537, note VALLENS; J.C.P., 1993, IV, 100.

⁷⁴⁶ F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, n°119, p.112.

⁷⁴⁷ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 25.

⁷⁴⁸ *Ibid.* articles 28 et 30.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, article 29, alinéa 1.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, article 30, alinéa 2.

⁷⁵¹ *Ibid.*, article 139, alinéa 4.

⁷⁵² *Ibid.*, article 15, alinéa 1.

⁷⁵³ *Ibid.* article 31.

⁷⁵⁴ Loi du 26 juillet 2005, article 22, alinéa 6, nouvel article L. 621-12 du Code de commerce.

d'observation dans le cadre de la période de sauvegarde, pour ordonner la cessation partielle de l'activité, convertir, le cas échéant, la procédure de redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire. Pareillement, le Tribunal peut se saisir d'office en cas d'échec de la procédure de conciliation, lorsqu'il ressort du rapport du conciliateur que le débiteur est en cessation des paiements, afin de statuer sur l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire⁷⁵⁵ ou, aux fins d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire⁷⁵⁶ ou de liquidation judiciaire⁷⁵⁷ en dehors de toute procédure de conciliation en cours. Il y a cependant lieu de relever que la dernière réforme française du droit des entreprises en difficulté a entraîné une diminution sensible des cas de saisine d'office s'agissant notamment des actions visant à infliger des sanctions patrimoniales et professionnelles contre les dirigeants⁷⁵⁸ ou encore de la possibilité d'ordonner le remplacement d'un dirigeant comme condition du plan⁷⁵⁹.

414. La saisine d'office constitue, en tout état de cause, un puissant instrument pour le juge des procédures collectives dans la mise en œuvre du processus de sauvetage de l'entreprise. En effet, la saisine d'office joue un rôle principal et un rôle subsidiaire⁷⁶⁰. A titre principal, la saisine d'office pallie à la carence du débiteur et des créanciers en ce qu'elle évite qu'une entreprise ne continue de fonctionner alors qu'elle est en état de cessation des paiements. A titre subsidiaire, la saisine d'office a le mérite de régulariser une procédure mal engagée par le débiteur ou par les créanciers. Ainsi par exemple, si l'assignation servie au débiteur par les créanciers est irrégulière en la forme, le Tribunal peut passer outre cette irrégularité et prononcer d'office le redressement judiciaire dès lors que les conditions de fond sont réunies.

415. Mais, en dépit de ces vertus, le Conseil Constitutionnel français, a implicitement remis en cause cette technique en affirmant que l'auto-saisine du Tribunal de commerce, pour ouvrir une procédure collective est contraire à la constitution. Cette affirmation a été faite aux termes d'une décision rendue le 07

⁷⁵⁵ Ibid., article 90, alinéa 2, nouvel article L. 631-4 du Code de commerce.

⁷⁵⁶ Ibid., article 90, alinéa 3, nouvel article L. 631-5 du Code de commerce.

⁷⁵⁷ Ibid., article 90, alinéa 9, nouvel article L. 640-5 du Code de commerce.

⁷⁵⁸ Loi du 26 juillet 2005, articles 129, 131, 137 (nouveaux articles L. 651-3, L. 652-5 et L. 653-7 du Code de commerce).

⁷⁵⁹ Ibid., articles 62 et 92 (nouveaux articles L. 626-4 et L. 631-19 du Code de commerce).

⁷⁶⁰ Y. GUYON, op. cit. pp.156 et 157, n°s1134 et 1135.

décembre 2012⁷⁶¹ dans le cadre d'une « *question prioritaire de constitutionnalité* » (QPC) transmise par la Cour de cassation portant sur les dispositions de l'article L.631-5 du Code du commerce⁷⁶². Dans sa décision, le Conseil constitutionnel rappelle d'abord que le principe d'impartialité est indissociable de l'exercice des fonctions juridictionnelles. Il en déduit qu'une « *juridiction ne saurait dès lors disposer de la faculté d'introduire spontanément une instance au terme de laquelle, elle prononce une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée* ». Il pose ensuite que « *si la constitution ne confère pas à cette interdiction un caractère général et absolu, la saisine d'office d'une juridiction ne peut trouver de justification que, lorsque la procédure n'a pas pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère d'une punition, qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un motif d'intérêt général et que soient instituées par la loi les garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité* ». Tout en reconnaissant qu'au travers des dispositions de l'article L.631-5 du Code de commerce, le législateur avait bien poursuivi un motif d'intérêt général en adoptant les dispositions contestées⁷⁶³, le Conseil relève cependant que ni les dispositions contestées, ni aucune disposition ne fixent les garanties légales ayant pour objet de rassurer qu'en se saisissant d'office, le Tribunal ne préjuge pas sa position lorsque, à l'issue de la procédure contradictoire, il sera appelé à statuer sur le fond du dossier. C'est sur la base de ce raisonnement que le Conseil a conclu à l'inconstitutionnalité des dispositions de l'article L.631-5 du Code de commerce avec effet à partir de la date de la publication de sa décision⁷⁶⁴. Certes la « *question prioritaire de constitutionnalité* » soumise par la Cour de cassation au Conseil constitutionnel ne visait que l'article L.631-5 du Code de commerce, relatif au redressement judiciaire. Mais, la réponse du Conseil est tout à fait transposable à l'article L.640 du même Code sur l'ouverture d'office d'une procédure de liquidation judiciaire. Qu'en est-il alors des autres hypothèses de saisine d'office par le Tribunal.

⁷⁶¹ Cons.const., 7 déc.2012, n°2012-2086 QPC, Act.proc. coll.2013, n°1, obs.N.FRICERO ; JCP E 2013, 1048, note N.FRICERO ; D.2013, p.28, chron.p. FRISON-ROCHE ; Rev. Soc.2013, note 50, N.GERBAY ; D-2012, p.2886, obs.A.LIENHARD ; D.2013, p.338, note J-L VALLENS.

⁷⁶² L'alinéa 1^{er} de l'article L.631-5 du Code de commerce dispose en effet que : « *Lorsqu'il n'y a pas de procédure de conciliation en cours, le Tribunal peut également se saisir d'office ou être saisi sur requête du Ministère public aux fins d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire* ».

⁷⁶³ Lesquelles dispositions permettent qu'une procédure de redressement judiciaire ne soit pas retardée afin d'éviter l'aggravation immédiate de la situation de l'entreprise.

⁷⁶⁴ Il en résulte que cette décision est applicable à tous les jugements d'ouverture d'une procédure de redressement rendus postérieurement à cette date, lesquels sont susceptibles d'être anéantis.

416. Manifestement, le Conseil constitutionnel a trouvé insuffisantes les garanties procédurales prévues à l'article R.631-3 du Code de commerce⁷⁶⁵, lesquelles garanties sont en rapport avec la préservation des droits de la défense et le respect du principe du contradictoire. A quelles « *garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité* » fait donc référence le Conseil constitutionnel ?

417. Pour Mme FRISON-ROCHE « *la seule garantie procédurale de l'impartialité est la séparation fonctionnelle à l'intérieur des juridictions ou de tout organisme qui prend des décisions à matière non pénale* »⁷⁶⁶. Cet auteur invite en conséquence les tribunaux de commerce à se reformer « *structurellement* » dans les procédures qui ne sont pas de sanctions. Ils le feraient en opérant une séparation fonctionnelle en leur sein entre la faculté d'ouvrir une instance et le pouvoir de juger, sauf à abandonner le droit d'action, de fait peu utilisé « *et de se rapprocher du Ministère public, incité par cette décision à exercer d'avantage son droit légitime d'action, mouvement de comportement plus efficace qu'une réforme textuelle des tribunaux de commerce qui pourrait d'avantage détruire que construire* »⁷⁶⁷.

418. En attendant que la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée le 7 Décembre 2012 par le Conseil Constitutionnel français à propos de la saisine d'office inspire, le cas échéant, les juridictions constitutionnelles africaines, force est de constater que le législateur africain a cependant codifié les sources d'information de la juridiction compétente qui entend se saisir d'office en vue d'ouvrir une procédure collective. Il résulte à cet égard des dispositions de l'article 29, alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif que « *la juridiction compétente peut se saisir d'office, notamment sur la base des informations fournies par le représentant du Ministère Public, les commissaires aux comptes, des personnes morales de droit privé lorsque celles-ci en comportent, les associés ou membres de ces personnes morales ou les institutions représentatives du personnel qui lui indiquent les faits de nature à motiver cette saisine.* »

⁷⁶⁵ Aux termes des dispositions de l'article R.631-3 du Code de Commerce, « *en cas de saisine d'office, le Président du Tribunal fait convoquer le débiteur à la diligence du greffier par acte d'huissier de justice à comparaître dans un délai qu'il fixe. A la convocation est jointe une note par laquelle, le président expose les faits de nature à motiver la saisine d'office, le greffier en chef adresse copie de cette note au Ministère public* ».

⁷⁶⁶ M.A FRISON-ROCHE, « *Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge* » D.2013, p.28, chron.

⁷⁶⁷ M-A.FRISON-ROCHE, article précité.

419. L'utilisation de l'adverbe « *notamment* » dans cet article laisse croire, sans aucun doute, que l'énumération des sources d'information du Tribunal, loin d'être limitative, est indicative. Il faudrait du reste convenir que, contrairement au principe traditionnel qui voudrait que le juge ne fasse pas état de ses connaissances personnelles dans une affaire donnée⁷⁶⁸, en matière de saisine d'office, le juge est autorisé à faire état de ses connaissances personnelles résultant même de la rumeur publique.

420. Quant à la procédure de saisine d'office du Tribunal qui entend ouvrir une procédure collective, l'on y perçoit, en filigrane, un souci de préservation des droits de la défense lorsqu'il est fait recours à cette procédure ainsi qu'une volonté affichée par le législateur de respecter le principe du contradictoire.

421. A cet égard, l'article 29, alinéa 2 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif énonce pour sa part que « *le président fait convoquer le débiteur, par les soins du greffier, par acte extrajudiciaire, à comparaître devant la juridiction compétente siégeant en audience non publique.* » Cet article prescrit par ailleurs que l'acte extrajudiciaire contienne sa reproduction intégrale.

422. A l'analyse des dispositions textuelles qui précèdent, l'on constate que le législateur africain ne prescrit pas au juge qui se saisit d'office de joindre à la convocation une note par laquelle il expose les faits de nature à motiver sa saisine d'office pas plus qu'il ne lui prescrit de fixer des délais de comparution comme c'est le cas en droit français. Ce n'est que si le débiteur comparaît que séance tenante, le juge l'informe des faits de nature à motiver sa saisine d'office et reçoit ses observations⁷⁶⁹. Ces formalités paraissent pourtant substantielles pour le respect des droits de la défense. Il paraît à tout le moins inéquitable que le débiteur qui subit l'initiative du Tribunal ne dispose pas d'un temps suffisant pour l'organisation de sa défense. Bien que le législateur africain n'ait pas prescrit au juge qui se saisit d'office de fixer des délais de comparution, dans la pratique, celui-ci ne saurait s'abstenir de

⁷⁶⁸ V. CHEVALIER, « *Remarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles* », RTD civ. 1962, 5 ; LE FOYER DE COSTIL, « *Les connaissances personnelles du juge* », RID. comp. 1986, p.517.

⁷⁶⁹ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 29, alinéa 2.

préciser dans la convocation ces délais dont la durée, faute de prescription légale, ne peut être fixée que discrétionnairement.

423. En revanche, le législateur africain est plus explicite sur la suite de la procédure de saisine d'office selon que le débiteur répond ou non à la convocation à lui adressée. Si le débiteur comparait, le président l'informe des faits de nature à motiver la saisine d'office et reçoit ses observations⁷⁷⁰. Si le débiteur reconnaît être en cessation des paiements ou en difficulté, ou si le président acquiert l'intime conviction qu'il est dans une telle situation, ce dernier lui accorde un délai de 3 jours pour faire la déclaration y relative et proposer un concordat de redressement⁷⁷¹. Le même délai est accordé aux membres d'une personne morale indéfiniment et solidairement responsables du passif social⁷⁷². Passé ce délai, la juridiction compétente statue en audience publique⁷⁷³. En cas de non comparution du débiteur, il en est pris acte et la juridiction compétente statue à la première audience publique utile⁷⁷⁴.

424. Les pouvoirs d'initiative reconnus au juge ne constituent pas les seules spécificités procédurales. Le juge bénéficie également de dérogations particulières aux règles de compétence.

PARAGRAPHE 2: DES DÉROGATIONS INHÉRENTES AUX RÈGLES DE COMPÉTENCE

425. En droit français, conformément aux principes généraux, la compétence d'attribution dépend de la qualité du débiteur. Aux termes des dispositions légales⁷⁷⁵, le Tribunal compétent pour ouvrir une procédure collective est le Tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale. Le Tribunal

⁷⁷⁰ Supra, n°425.

⁷⁷¹ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 29, alinéa 2.

⁷⁷² Ibid.

⁷⁷³ Ibid.

⁷⁷⁴ Ibid., article 29, alinéa 3.

⁷⁷⁵ Ordonnance du 18 décembre 2008, article 13 45, nouvel article L. 621-2, alinéa 1 du Code de commerce.

de Grande Instance est compétent dans les autres cas⁷⁷⁶. Cette dualité de compétence a fait l'objet de critiques de la part de certains auteurs qui soutiennent que, quels que soient la forme juridique et le secteur d'activité de l'entreprise soumise à la procédure, il s'agit, pour le Tribunal, d'évaluer sa situation économique et financière et ses perspectives de redressement, tâche pour laquelle le Tribunal de commerce aurait semblé plus qualifié, en raison de sa composition et de sa pratique quotidienne⁷⁷⁷.

426. En droit OHADA, la compétence d'attribution en matière de procédures collectives⁷⁷⁸ est réservée à la juridiction compétente en matière commerciale⁷⁷⁹. Le droit africain ne tient pas compte, en la matière, de la nature commerciale ou civile de l'activité du débiteur en cause. Il est cependant à se demander avec certains auteurs⁷⁸⁰ si, ce faisant, le législateur africain a tiré toutes les conséquences de l'extension du champ d'application des procédures collectives aux personnes morales non commerçantes. Il faudra en effet s'interroger si, s'agissant de groupements n'ayant pas une activité commerciale, la juridiction compétente en matière commerciale est adaptée à leur situation. C'est paradoxalement là la critique faite en sens inverse au droit français sur la dualité de compétence où il est plutôt soutenu que, indépendamment de la forme juridique et du secteur d'activité de l'entreprise soumise à la procédure, le Tribunal de commerce paraît mieux qualifié pour évaluer sa situation économique et financière ainsi que ses perspectives de redressement⁷⁸¹.

427. S'agissant de la compétence territoriale, le droit africain et le droit français se rejoignent en ce qu'ils font usage des critères quasi similaires pour la détermination du Tribunal territorialement compétent pour l'ouverture des procédures collectives, à savoir le siège social, le principal centre d'intérêt, le principal établissement selon qu'il s'agit des personnes morales ou des personnes physiques. Il résulte en effet des dispositions légales africaines que la « *juridiction territorialement compétente pour connaître des procédures collectives est celle dans le ressort de laquelle le débiteur a*

⁷⁷⁶ Cette hypothèse vise les agriculteurs, les personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante et, notamment les membres des professions libérales (sauf lorsque ceux-ci ont la qualité de commerçants à l'instar par exemple des pharmaciens) et des personnes morales de droit privé non commerçantes (sociétés civiles, associations, GIE à objet civil, sociétés coopératives, etc...)

⁷⁷⁷ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté – Instruments de crédit*, LGDJ, 2^e éd., n° 131, p. 89.

⁷⁷⁸ L'expression désigne ici le règlement préventif, le redressement judiciaire et la liquidation des biens.

⁷⁷⁹ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 3, alinéa 1.

⁷⁸⁰ P. G. POUGOUE et Y. KALIEU, *op. cit.*, n°49, p.23.

⁷⁸¹ *Supra* n°425.

son principal établissement ou, s'il s'agit d'une personne morale, son siège ou, à défaut de siège sur le territoire national, son principal établissement »⁷⁸². Le droit français pour sa part, enseigne stipule que « *le Tribunal territorialement compétent pour connaître des procédures prévues par le livre VI du Code de commerce*⁷⁸³ *est celui dans le ressort duquel le débiteur, personne morale, a son siège ou le débiteur, personne physique, a déclaré l'adresse de son entreprise ou de son activité.*⁷⁸⁴ »

428. Les règles de compétence *ratione materiae* et *ratione loci* ainsi dégagées ne fonctionnent pas toujours de manière absolue. Le législateur lui-même déroge auxdites règles en conférant au juge des pouvoirs plus étendus. Ces dérogations sont, soit communes au droit africain et au droit français (A), soit particulières au droit français (B).

A. LES DÉROGATIONS COMMUNES

429. Les dérogations de compétence communes au droit africain et au droit français sont relatives à la compétence nationale du juge (1). Elles sont également relatives à la compétence internationale du juge (2).

1. Les dérogations communes relatives à la compétence nationale du juge

430. La première dérogation commune au droit africain et au droit français est liée aux procédures connexes à la procédure collective. Depuis un arrêt de la chambre des requêtes en date du 29 octobre 1888⁷⁸⁵, il est admis que « *le Tribunal de commerce du domicile du failli est seul compétent pour connaître des contestations nées de la faillite ou sur lesquelles l'état de faillite exerce une influence juridique.*⁷⁸⁶ »

431. Ce principe jurisprudentiel a été légalisé aussi bien par le droit français que par le droit africain. Il résultait des dispositions de l'article 174 du décret du 27

⁷⁸² Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 4, alinéa 1.

⁷⁸³ Sont visées par ce texte, les procédures relatives à l'alerte du Président du Tribunal, au mandat ad hoc, à la conciliation, à la sauvegarde, au redressement et à la liquidation judiciaires.

⁷⁸⁴ Décret du 28 décembre 2005, article 1^{er}, alinéa 1, devenu l'article R.600, alinéa 1 du Code de commerce.

⁷⁸⁵ Req. 29 octobre 1888, D. 1889, 1.13.

⁷⁸⁶ Pour de plus amples développements sur la question, v. R. GRANGER, « *La compétence du tribunal de règlement judiciaire ou de la faillite, (recherche d'un critère de compétence)* », J.C.P., 1957, I, 1359.

décembre 1985 que le Tribunal était compétent pour connaître de toutes les difficultés se rattachant à la procédure collective et aux diverses sanctions pour autant que les actions y relatives ne relevaient pas, par nature, de la compétence exclusive d'autres juridictions. Le décret du 28 octobre 2005 a repris cette disposition en énonçant en son article 339 que « *sans préjudice des pouvoirs attribués en premier ressort au juge-commissaire, le Tribunal saisi d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire connaît de tout ce qui concerne la sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaire, la faillite personnelle ou autres sanctions... à l'exception des actions en responsabilité civile exercées à l'encontre de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur qui sont de la compétence du Tribunal de grande instance.* »

432. L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif quant à lui embrasse dans sa formulation, les extensions opérées jadis par la jurisprudence puisqu'en son article 3, il prévoit que la juridiction compétente en matière commerciale pour connaître du règlement préventif, du redressement judiciaire et de la liquidation des biens est « *également compétente pour connaître de toutes les contestations nées de la procédure collective, de celles sur lesquelles la procédure collective exerce une influence juridique, ainsi que de celles concernant la faillite personnelle et les autres sanctions, à l'exception de celles qui sont exclusivement attribuées aux juridictions administratives, pénales et sociales.* »

433. Le fondement avancé pour justifier cette extension de la compétence du juge des procédures collectives est le souci d'assurer l'unité de la procédure par une centralisation de tout le contentieux devant le Tribunal ayant ouvert celle-ci. Il est par ailleurs allégué que la centralisation poussée de la procédure permet au Tribunal d'avoir une maîtrise absolue de l'organisation du sauvetage de l'entreprise en difficulté⁷⁸⁷.

434. A dire vrai, cette compétence élargie au profit du juge en droit africain et en droit français, déroge à la fois aux règles de la compétence territoriale et aux règles

⁷⁸⁷ M. JEANTIN et P. LE CANNU, op. cit., n°971, p.643.

de la compétence d'attribution⁷⁸⁸. Elle déroge aux règles de la compétence territoriale dans la mesure où toutes les actions sont regroupées devant le Tribunal qui a ouvert la procédure collective, même si ce Tribunal n'est pas celui du défendeur de l'action. Elle déroge aux règles de la compétence d'attribution dans la mesure où un Tribunal de commerce est susceptible de connaître des litiges intéressant des actes civils ou réciproquement.

435. En combinant les deux critères traditionnels de l'extension de compétence tels que définis par le droit africain et par le droit français, le même juge connaîtra d'une foule d'actions tantôt nées de la procédure collective, tantôt sur lesquelles la procédure collective exerce une influence juridique, tantôt enfin liées aux diverses sanctions. Il en va notamment ainsi des actions relatives à l'admission d'une créance, à l'apposition des scellés, à la contestation des décisions du juge-commissaire, aux inopposabilités et nullités de la période suspecte, au comblement du passif par les dirigeants sociaux, aux sanctions de faillite personnelle ou à l'extension de la procédure collective aux dirigeants, à la responsabilité du banquier dispensateur de crédit.

436. Quelque noble que soit l'objectif de centralisation des procédures connexes à la procédure collective dans les deux ordres juridiques concernés, dans un souci louable d'éviter les contrariétés de décisions et d'aboutir au plus vite à une solution quant au sauvetage de l'entreprise en difficulté, on pourrait toujours s'interroger avec M. VALLENS sur le point de savoir si cette conception extensive qui perturbe l'ordre des juridictions se justifie toujours⁷⁸⁹. N'y aurait-il pas lieu de rechercher plutôt un critère plus proche de la finalité de la procédure collective dans l'orientation contemporaine qui lui est donnée, en réservant par exemple au juge des procédures collectives les seules actions ayant une incidence directe sur le passif de l'entreprise en difficulté ou sur ses chances de redressement ?

437. La seconde dérogation commune à la compétence est celle relative au cas du débiteur étranger. Cette dérogation est une dérogation portant sur la compétence territoriale. En droit français, à défaut du siège en territoire français, le Tribunal

⁷⁸⁸ Y. GUYON, op. cit., n°1155, p.177.

⁷⁸⁹ J.-L. VALLENS, « Procédure civile et procédures collectives : les faux-amis », Mélanges A. HONORAT, éd. Frison-roche, 2000, p.246.

compétent pour connaître de la procédure ouverte contre le débiteur étranger, personne morale, est celui dans le ressort duquel ce dernier a le centre principal de ses intérêts en France⁷⁹⁰. En droit africain, si le siège social du débiteur, personne morale est à l'étranger, la procédure se déroule devant la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve le principal centre d'exploitation situé sur le territoire national⁷⁹¹.

438. Dans les deux ordres juridiques, il y a comme une volonté du législateur de permettre au juge national d'ouvrir des procédures contre des entreprises domiciliées à l'étranger. Cette extension de compétence pourrait se justifier par le souci d'appréhender les actifs d'une entreprise étrangère localisés sur le territoire national et, partant, de préserver les intérêts des créanciers ayant pu contracter et pris des garanties sur la base de ces actifs. Il est cependant douteux que la finalité du redressement judiciaire de l'entreprise soit compatible avec cette règle de compétence territoriale car, en l'absence d'une véritable entreprise locale, il paraît difficile d'envisager un plan de redressement pour des actifs épars, une succursale ou un établissement secondaire sans que l'ensemble de la société ait été prise en considération⁷⁹². Faute de véritable entreprise sur le territoire national, la procédure ainsi ouverte ne constituerait qu'un pâle reflet d'un véritable redressement judiciaire⁷⁹³, l'instance se limitant à la saisie des biens disponibles sur le territoire national au profit des créanciers y résidant.

439. Les dérogations relatives à la compétence des juges africain et français ne se limitent pas au plan national. Parfois, la décision rendue par le juge national produit des effets transfrontaliers, le juge détenant ipso facto, une compétence internationale.

2. Les dérogations communes relatives à la compétence internationale du juge

440. Evoquer la compétence internationale du juge des procédures collectives en droit africain et en droit français revient à poser l'épineux problème de la réglementation des faillites internationales.

⁷⁹⁰ Code de commerce, article R.600 précité.

⁷⁹¹ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 4, alinéa 1.

⁷⁹² J. L. VALLENS, article précité, p.248 ; v. également REMERY, La faillite internationale, coll. Que sais-je ?, éd. PUF, p.38 ; VASSEUR, note sous cass. Com. 11 avril 1995, D. 1995, p.640.

⁷⁹³ Y. GUYON, op. cit., n°1140, p.163.

441. Dans un contexte d'intensification des échanges économiques, il devient banal qu'un commerçant, une société ou un groupe de sociétés ait des implantations dans plusieurs pays, assurant ainsi une présence commerciale ou une activité de production délocalisée à travers la création des succursales, agences ou bureaux dépendant souvent du siège social ou de l'établissement principal⁷⁹⁴. Une fois le commerçant, personne physique ou morale dont les actifs mobiliers ou immobiliers sont dispersés sur le territoire de plusieurs Etats, déclaré en état de cessation des paiements, va se poser le problème de l'ouverture d'une procédure collective internationale à son égard, procédure complexe au regard d'une part de l'existence de créanciers et de débiteurs résidant dans des pays différents et, d'autre part, de l'existence de législations divergentes.

442. Certes, il a été relevé qu'aussi bien en droit africain qu'en droit français, il est possible pour le juge d'ouvrir une procédure collective contre un débiteur domicilié à l'étranger⁷⁹⁵. Mais il a été également rappelé que la procédure, dans cette hypothèse, ne peut que se limiter à une saisie d'actifs au profit des créanciers, car on voit mal comment le juge africain ou français pourrait redresser une succursale située sur le territoire national si l'entreprise principale dont elle dépend a été liquidée à l'étranger⁷⁹⁶. Pour qu'un redressement soit possible, il faudrait que la décision rendue par le juge national produise tous ses effets à l'étranger. A cette problématique, des solutions ont été apportées par le droit africain et par le droit français.

443. En droit africain, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif s'est fortement inspiré des instruments internationaux⁷⁹⁷ pour permettre que les décisions relatives aux procédures collectives rendues par les juridictions d'un Etat- Partie produisent des effets sur le territoire des autres Etats-Parties au traité OHADA ce, indépendamment de toute décision

⁷⁹⁴ H. D. MODI KOKO BEBEY, « *Le tribunal compétent pour l'ouverture des procédures collectives du droit uniforme OHADA* », www.juriscope.org, p. 3.

⁷⁹⁵ *Supra*, n°425.

⁷⁹⁶ *Ibid.*

⁷⁹⁷ Ces instruments internationaux sont au nombre de trois. Il s'agit d'abord de la convention multilatérale du Conseil de l'Europe sur certains aspects internationaux de la faillite signée à Istanbul le 5 juin 1990. Il s'agit ensuite de la convention relative à l'insolvabilité adoptée le 23 novembre 1995 par le Conseil de l'Union Européenne (sur cette convention, v. J. L. VALLENS, « *Le droit européen de la faillite : premiers commentaires de la convention relative aux procédures d'insolvabilité* », *Dalloz*, 1995, p.307 à 310). Il s'agit enfin de la loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale adoptée le 30 mai 1997 à Vienne lors de la 30^{ème} session de la CNUDCI.

d'exequatur⁷⁹⁸. L'article 247 dudit Acte énonce : « *Lorsqu'elles sont devenues irrévocables, les décisions d'ouverture et de clôture des procédures collectives, ainsi que celles qui règlent les contestations nées de ces procédures et de celles sur lesquelles les procédures collectives exercent une influence juridique, prononcées dans le territoire d'un Etat-partie ont autorité de la chose jugée sur le territoire des autres Etats-parties.* »

444. Cette disposition textuelle consacre une solution admise depuis longtemps en droit international privé et selon laquelle, un jugement étranger n'est pas, par lui-même, dépourvu de toute efficacité⁷⁹⁹ bien que la jurisprudence française ayant posé ce principe ait limité son efficacité immédiate aux seuls jugements étrangers ne donnant pas lieu à des mesures d'exécution⁸⁰⁰, l'action en exequatur demeurant, dans le cas contraire, préjudicielle⁸⁰¹. La portée réelle de l'article 247 sus énoncé mérite d'être précisée : en vertu de ce texte, les jugements d'ouverture ou de clôture des procédures collectives et tous ceux qui leur sont assimilés, rendus par une juridiction compétente d'un Etat membre de l'OHADA, ne sont soumis à aucun contrôle de leur régularité internationale dans les autres Etats. En revêtant ces jugements de l'autorité de la chose jugée sur le territoire des autres Etats une fois devenus définitifs, le législateur africain les dispense expressément de la procédure d'exequatur alors même qu'ils comportent des mesures d'exécution⁸⁰². Ce faisant, le droit africain est allé au-delà du dispositif prévu naguère par la plupart des conventions bilatérales sur la faillite internationale passées par la France avec certains pays européens⁸⁰³.

445. L'efficacité immédiate des jugements internes dans les autres Etats membres de l'OHADA est du reste renforcée par la compétence reconnue au syndic localement nommé, d'exercer tous ses pouvoirs sur le territoire d'un autre Etat-Partie aussi

⁷⁹⁸ En droit international privé, l'exequatur se définit comme l'ordre d'exécution, donné par l'autorité judiciaire nationale, d'une décision rendue par une juridiction étrangère.

⁷⁹⁹ Il a été ainsi admis qu'indépendamment d'exequatur, le jugement étranger est susceptible de fournir des éléments de preuve ou valoir comme titre privé justifiant une saisie-arrêt (Paris, 2 juin 1950, Gaz. Pal. 1950.2. ; Trib. Seine, 30 mai 1956, rev. crit. DIP. 1958. 730, note LOUSSOUARN. Le jugement peut également constituer un élément d'appréciation des dommages-intérêts (Paris, 9 mai 1978, D. 1978. IR., obs. AUDIT).

⁸⁰⁰ COLMAR 16 décembre 1953, CLUNET, 1954. 110. cass. Civ. 19 février 1952. S. 1952. 1. 210, note TALLON ; cass. Req. 3 mars 1930. S. 1930.1.377, note NIBOYET.

⁸⁰¹ Cass. Crim. 24 décembre 1932. D.P. 1932.1.86; S. 1934.1.33.

⁸⁰² H. D. MODI KOKO BEBEY, article précité, p.11.

⁸⁰³ Sont notamment concernées ici : la convention Franco-belge du 8 juillet 1899, la convention Franco-italienne du 03 juin 1930, la convention Franco-autrichienne du 27 février 1979, la convention passée avec la Principauté de Monaco le 13 septembre 1950.

longtemps qu'aucune autre procédure collective n'est ouverte dans cet Etat.⁸⁰⁴ Dans une telle hypothèse, il incombera cependant au syndic de présenter aux autorités judiciaires de l'Etat concerné, une copie certifiée conforme à l'original de son acte de nomination ou de tout autre certificat établi par la juridiction compétente⁸⁰⁵. Par ailleurs, le contenu des décisions relatives à une procédure collective et, le cas échéant, la décision nommant le syndic doivent être publiées dans tout Etat-Partie où cette publication peut être utile à la sécurité juridique ou aux intérêts des créanciers⁸⁰⁶.

446. En droit français, outre les conventions déjà évoquées passées entre la France et certains pays⁸⁰⁷ européens, il a fallu attendre le 31 mai 2002 pour que soit instituée une réglementation des faillites internationales. En effet, c'est depuis cette date que s'applique le règlement n°1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité⁸⁰⁸. Dans un but de coordonner ces procédures dans l'espace européen, sont réglementées les procédures collectives fondées sur l'insolvabilité du débiteur qui entraînent le dessaisissement partiel ou total de ce débiteur ainsi que la désignation d'un syndic⁸⁰⁹. S'agissant des procédures françaises, sont pour l'instant concernés, la sauvegarde, le redressement judiciaire avec nomination d'un administrateur et la liquidation judiciaire⁸¹⁰.

447. Tout comme en droit africain, le droit communautaire européen en matière de faillite internationale issu du règlement du 29 mai 2000 permet aux décisions rendues par le juge français des procédures collectives de produire les effets sur le territoire

⁸⁰⁴ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 249, alinéa 1^{er}. Pour l'application de ce texte, V. Tribunal régional de Dakar, jugement du 27 août 2002, Procureur de la république C/ le Cie Air Afrique, Ohadata J-05-49 et Ohadata J-04-88, Répertoire quinquennal Ohada, 2000- 2005, p. 514. Dans cette espèce cependant, l'intervention du syndic de la procédure collective avait été déclarée irrecevable pour violation des dispositions du Code de procédure civile sénégalais.

⁸⁰⁵ Ibid, article 249, alinéa 2.

⁸⁰⁶ Ibid, article 248, alinéa 1. Il convient de relever cependant que l'efficacité d'une telle publicité peut paraître douteuse dans la mesure où, l'article 248 de l'Acte uniforme laisse à la discrétion du syndic ou du tribunal l'initiative de la publication du jugement. Or, rien ne permet d'affirmer que le syndic ou le Tribunal disposent toujours d'informations précises relatives à l'existence et à la localisation des créanciers étrangers. Il s'en suit que le choix de l'Etat où la publication sera faite ne peut qu'être arbitraire. Par ailleurs, au lieu d'apprécier l'opportunité de la publication du jugement dans tel ou tel Etat, l'égalité entre créanciers commande plutôt que ceux-ci soient tous, dans l'espace OHADA, informés de l'ouverture ainsi que du déroulement d'une procédure collective ouverte contre leur débiteur commun.

⁸⁰⁷ Supra, n°443.

⁸⁰⁸ Règlement CE, n°1346/2000, 29 mai 2000, JOCE 30 juin 2000, n°L16 ; V. M-E Mathieu BOUYSSOU, « *Aperçu des règles de droit judiciaire privé relatives aux procédures d'insolvabilité après le règlement communautaire* », n°1346/2000, D. 2002, chron. p.2245.

⁸⁰⁹ Règlement du 29 mai 2000, article 1^{er}, alinéa 1.

⁸¹⁰ Ibid, annexe A.

des autres Etats membres. Il résulte ainsi des dispositions de l'article 16 du règlement du 29 mai 2000 que « *toute décision ouvrant une procédure d'insolvabilité prise par une juridiction d'un Etat membre ... est reconnue dans tous les autres Etats membres, dès qu'elle produit ses effets dans l'Etat d'ouverture...* » L'article 17, alinéa 1 du même texte ajoute que « *la décision d'ouverture d'une procédure ... produit, sans aucune formalité, dans tout autre Etat membre les effets que lui attribue la loi de l'Etat d'ouverture* » sauf disposition contraire du Règlement.

448. En matière de faillite internationale, le règlement du 29 mai 2000 facilite, de manière considérable, la reconnaissance et l'exécution des décisions prises par les juridictions compétentes d'un Etat membre dans les autres Etats membres en les dispensant d'exequatur pour produire leurs effets⁸¹¹ même si les premières applications de ce texte communautaire par le juge français révèlent des difficultés d'application⁸¹².

449. En dépit de cette compétence internationale partagée des juges africain et français, il ne paraît pas exagéré de soutenir que les effets internationaux des décisions rendues par le juge africain des procédures collectives dans la limite des territoires des Etats parties sont plus prononcés que ceux des décisions rendues par le juge français pour deux raisons au moins. La première raison tient au fait que l'adoption d'une loi uniforme sur les procédures collectives suppose au préalable non seulement une unification des procédures, mais également une harmonisation des règles de fond relatives notamment aux privilèges et aux sûretés⁸¹³. Or, si en droit africain, dans le cadre du traité OHADA, l'uniformisation est effective non seulement pour le droit des sûretés mais encore pour bien d'autres matières⁸¹⁴, il n'en est pas de même pour le droit européen. La seconde raison tient à la réserve relative à l'ordre public interne faite par le Règlement du 29 mai 2000. L'article 26 du Règlement énonce en effet que « *tout Etat membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre Etat membre ou d'exécuter une décision prise*

⁸¹¹ A. LIENHARD, Sauvegarde des entreprises en difficulté, le nouveau droit des procédures collectives, Delmas, 1^{ère} éd., n°617, p.83.

⁸¹² C-A. Versailles, 4 septembre 2003, D. 2003, Jur. P.2352, note J.-L. VALLENS ; T. com. Nanterre, 19 mai 2005, D. 2005, Jur. P.1789, note R. DAMMANN ; v. également, R. DAMMANN, « *Droit européen des procédures d'insolvabilité : problématique des conflits de juridiction et de forum shopping* », D. 2005, chron. P.1779.

⁸¹³ Y. GUYON, op. cit., n°1019, p.23. Cet auteur estime d'ailleurs qu'en l'absence d'une telle harmonisation, l'adoption d'une loi uniforme en Europe sur les procédures collectives était utopique.

⁸¹⁴ Supra, n°14.

dans le cadre d'une telle procédure, lorsque cette reconnaissance ou cette exécution produirait des effets manifestement contraires à son ordre public, en particulier à ses principes fondamentaux ou aux droits et aux libertés individuelles garantis par sa constitution. »

450. La compétence internationale partagée des juges africain et français n'est rien d'autre que l'application de la théorie de l'unité ou de l'universalité de la faillite qui soumet l'ensemble des problèmes liés aux procédures collectives à une même loi⁸¹⁵. Cette théorie signifie que toute personne n'ayant qu'un patrimoine dont l'actif répond de l'ensemble de ses dettes, il ne peut être ouvert qu'une procédure par débiteur. Prise sous l'angle de la recherche du redressement de l'entreprise en difficulté, la théorie de l'unité de la faillite a le mérite d'éviter une pluralité de compétences juridictionnelles et législatives susceptibles de compromettre l'objectif de redressement. On relèvera cependant que les effets transfrontaliers des décisions rendues par les juges africain et français sont tempérés par la possibilité reconnue aux Etats concernés d'ouvrir des procédures secondaires lorsque le débiteur y possède des biens⁸¹⁶. Le droit africain et le droit français consacrent en fin de compte, en matière de faillite internationale, un système mixte en ce que, à côté de la théorie de l'unité ou de l'universalité de la faillite, coexiste la théorie de la pluralité ou de la territorialité des faillites en vertu de laquelle, une faillite ne peut produire des effets en dehors des frontières de l'Etat où elle est prononcée et doit en conséquence être organisée dans tous les pays où le débiteur possède un établissement secondaire ou simplement des biens⁸¹⁷.

451. Cependant, en matière de dérogation de compétence, le droit français connaît des spécificités ignorées du droit africain.

⁸¹⁵ B. SOINNE, Traité précité, n°347, p.191.

⁸¹⁶ Articles 251 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif et 27 du Règlement CE du 29 mai 2000.

⁸¹⁷ B ; SOINNE, traité précité, n°347, p.191.

B. LES DÉROGATIONS PROPRES AU DROIT FRANÇAIS : LE RENVOI DE L'AFFAIRE

452. Une importante dérogation à la compétence territoriale du juge existe en droit français. Elle est relative au « *renvoi de l'affaire.* »

453. Il résultait déjà des dispositions de la loi française du 25 janvier 1985 que lorsque les intérêts en présence le justifiaient, la Cour d'Appel, saisie sur requête du Président du Tribunal compétent ou du ministère public, pouvait décider de renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature compétente dans le ressort de la Cour pour connaître des procédures de redressement judiciaire⁸¹⁸. La loi du 10 juin 1994 précisera par la suite que « *la Cour de Cassation saisie dans les mêmes conditions, peut renvoyer l'affaire devant une juridiction du ressort d'une autre Cour d'Appel.* »

454. La loi du 26 juillet 2005 a repris ce dispositif à quelque chose près. Elle énonce que « *lorsque les intérêts en présence le justifient, la Cour d'Appel peut décider de renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, compétente dans le ressort de la Cour, pour connaître des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation ... La Cour de Cassation, saisie dans les mêmes conditions, peut renvoyer l'affaire devant une juridiction du ressort d'une autre Cour d'Appel.* »⁸¹⁹

455. Ce renvoi peut être effectué d'office par le Président du Tribunal saisi qui transmet sans délai le dossier par ordonnance motivée au Premier Président de la Cour d'Appel ou, s'il estime que l'affaire relève d'une juridiction du ressort d'une autre Cour d'Appel, au Premier Président de la Cour de Cassation⁸²⁰. Ce renvoi peut également être demandé par requête motivée du Ministère Public près le Tribunal saisi ou près, du Tribunal qu'il estime devoir être compétent au Premier Président de

⁸¹⁸ Loi du 25 janvier 1985, article 7, alinéa 3. v. sur ce point, VOINOT, « *Le renvoi dans la procédure collective* », Rev. gen. des procédures 1998, n°2, p.197.

⁸¹⁹ Loi du 26 juillet 2005, article 154, nouvel article L.662-2 du Code de commerce.

⁸²⁰ Décret du 28 décembre 2005, article 343, alinéa 1 devenu l'article R.662-7, alinéa 1 du Code de commerce.

la Cour d'Appel ou, s'il estime que l'affaire relève d'une juridiction du ressort d'une autre Cour d'Appel, au Premier Président de la Cour de cassation⁸²¹.

456. Mesures d'administration judiciaire, les décisions prises dans le cadre du « dépaysement des procédures », bien que notifiées aux parties, sont insusceptibles de recours par celles-ci et s'imposent tant à elles qu'à la juridiction de renvoi désignée.

457. Si la règle de renvoi paraît réaliste en ce que, il peut être utile pour apaiser les esprits lorsque le climat social est mauvais par exemple, ou qu'un juge consulaire du Tribunal est soumis à la procédure ou à des intérêts opposés à ceux de la société en redressement judiciaire⁸²², on peut tout de même s'interroger sur la neutralité du juge en pareille circonstance. En effet, en prenant l'initiative de renvoi, le Président du Tribunal prend personnellement parti et sera en position difficile si la Cour refuse de dessaisir le Tribunal⁸²³.

458. La spécificité de la mission du juge des procédures collectives en droit africain et en droit français laquelle l'éloigne de toute idée de juridiction ne se manifeste pas seulement au travers des prérogatives exorbitantes du droit commun qui lui sont reconnues. Elle va au-delà et conduit à un réaménagement des principes directeurs essentiels du procès civil.

SECTION 2: LE REAMENAGEMENT DES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCES

459. Aussi bien en droit africain qu'en droit français, le règlement des procédures collectives est confié à des juridictions de l'ordre judiciaire⁸²⁴. Ce caractère judiciaire des procédures est une garantie pour le débiteur et les créanciers du fait que les tribunaux constituent des organismes indépendants⁸²⁵. On se serait donc attendu à ce

⁸²¹ Ibid, article 343, alinéa 2 devenu l'article R.662-7, alinéa 2 du Code de commerce.

⁸²² Montpellier, 19 juillet 1991. D. 1992. som. 7, obs. F. DERRIDA.

⁸²³ En ce sens, Y. GUYON, op. cit., n°1140, p.163.

⁸²⁴ v. supra, n°424 sur la compétence d'attribution en matière de procédures collectives en droit français et en droit africain.

⁸²⁵ Y. GUYON, op. cit., n°1026, p.31.

que les principes directeurs du procès civil⁸²⁶ soient appliqués devant ces juridictions. Il n'en est pourtant rien. Il paraît clair que certains principes essentiels de la procédure classique s'avèrent inadaptés à la réalisation des objectifs fixés par le législateur⁸²⁷, d'où la nécessité d'un réaménagement desdits principes en vue d'une meilleure adaptation⁸²⁸ aux objectifs poursuivis. Le réaménagement concerne particulièrement le principe dispositif (paragraphe 1) et le principe du contradictoire (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1: LE RÉAMÉNAGEMENT DU PRINCIPE DISPOSITIF

460. En droit judiciaire privé, le principe dispositif occupe une place de choix parmi les principes directeurs du procès civil. En droit des entreprises en difficulté, l'application de ce principe se fait de manière particulière (B), en tout cas, en rupture avec son contenu traditionnel (A).

A. LE CONTENU DU PRINCIPE

461. En droit judiciaire privé, le principe dispositif postule que les parties aient la direction du procès et que le juge reste neutre. Il réserve aux parties la détermination des prétentions et des faits du procès. En ce sens, le Code de procédure civile français énonce que « *l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties* » et que « *ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense.* »⁸²⁹ Il précise également que « *les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent.* »⁸³⁰ Bien que de manière beaucoup moins prononcée, le droit africain connaît lui aussi le principe dispositif au travers des dispositions des différents Codes de procédure civile ainsi que de la jurisprudence qui en est résultée. Ainsi par exemple, il est énoncé dans certains de ces Codes que l'assignation contiendra, entre autres, « *l'objet de la demande et l'exposé sommaire*

⁸²⁶ Sur ces principes, v. G. CORNU, « *Les principes directeurs du procès civil (fragments d'un état de questions)* », Mélanges P. BELLET, Litec, 1991, p.83.

⁸²⁷ P. CAGNOLI, op. cit., n°211, p.69.

⁸²⁸ Bien que dans le cadre de la présente étude, il est question d'invoquer un « réaménagement » des principes directeurs du procès, le Pr CAGNOLI préfère, quant à lui, faire plutôt état de « *l'adaptation des principes directeurs du procès* » (op. cit., p. 169).

⁸²⁹ Code de procédure civile, article 4.

⁸³⁰ Ibid., article 2.

des moyens. »⁸³¹ La jurisprudence a précisé les choses en énonçant que « *le caractère et l'étendue de la demande se déterminent soit par le libellé de l'exploit d'assignation, soit par les conclusions respectives des parties* »⁸³², que « *le juge ne peut modifier d'office l'objet de la demande ni sa cause ou ses moyens et ne doit statuer que dans les limites fixées par les conclusions des parties* »⁸³³ ou qu'« *il appartient au demandeur à l'action d'apporter la preuve des faits ou droits dont il entend se prévaloir* », les juges du fond n'ayant pas à « *se substituer aux parties dans la conduite de leur action.* »⁸³⁴

462. Si on s'en tient donc au contenu du principe dispositif, la direction du procès doit être abandonnée aux plaideurs, l'instance leur appartenant en quelque sorte, dans un schéma de type accusatoire⁸³⁵. Plus précisément, en droit des entreprises en difficulté, lié par les prétentions des parties, le juge, pour déterminer le sort de l'entreprise, devrait s'en tenir à l'une ou l'autre des propositions des organes de la procédure⁸³⁶, quand bien même celles-ci ne seraient pas indiquées. Il va s'en dire qu'une telle approche serait hautement nuisible à l'objectif de redressement de l'entreprise poursuivi par le législateur. Ce qui justifie sans aucun doute son application de manière singulière en cette matière.

B. L'APPLICATION DU PRINCIPE EN DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

463. Pour certains auteurs⁸³⁷, le juge des procédures collectives parce qu'exerçant une magistrature économique, doit s'enquérir de tous les faits indispensables à l'examen de la situation de l'entreprise, sans pour autant être tenu par les éléments apportés par les parties. En réalité, l'on se rend compte qu'en droit des procédures

⁸³¹ Code de procédure civile et commerciale du Cameroun, article 6.

⁸³² Cour Suprême du Cameroun, arrêt du 25 janvier 1979, RCD, n°s 17 et 18, pp.336-341.

⁸³³ Cour Suprême du Cameroun, arrêt n°59/cc du 13 juin 1972, Bull. n°26, p.3633.

⁸³⁴ Cour Suprême du Cameroun oriental, arrêt n°103/L du 07 avril 1970, Bull. n°22, p.2691.

⁸³⁵ G. KERE KERE, Droit civil processuel, La pratique judiciaire au Cameroun et devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, SOPECAM, 1^{ère} édition, 2006, p.106.

⁸³⁶ L'impossibilité pour le Tribunal de veiller seul au déroulement de la procédure aussi bien en droit français qu'en droit africain du fait de sa technicité et de sa complexité justifie l'intervention des organes de procédure qui sont des auxiliaires de justice, c'est-à-dire « *des personnes qui, sans être investies par l'Etat de la fonction de juger, sont appelées à participer à l'administration de la justice en apportant leurs concours au juge et aux parties* » (v. R. PERROT, Institutions judiciaires, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2000, n°477 et 478.)

⁸³⁷ O. STAES, op. cit., n°150.

collectives, le principe dispositif fait l'objet d'une adaptation aussi bien par rapport à l'objet du litige que par rapport à l'allégation même des faits.

1. *L'application du principe en rapport avec l'objet du litige*

464. En droit commun processuel, des tempéraments existent au principe selon lequel les parties déterminent seules l'objet du litige par la formulation de leurs prétentions. Tout d'abord, il est du pouvoir du juge d'interpréter la volonté des parties, en donnant à la prétention la qualification qu'auraient pu donner les plaideurs si ceux-ci ne s'étaient pas trompés. La jurisprudence française est à cet égard édifiante⁸³⁸. Ensuite, il existe des exceptions légales au principe dispositif notamment en droit français, exceptions permettant de modifier plus ou moins profondément l'objet de la demande⁸³⁹ pour des raisons d'ordre public, familial, économique ou social. Enfin, certaines techniques permettent de tempérer le principe dispositif⁸⁴⁰. Ces techniques ont notamment trait aux demandes qu'une partie de la doctrine qualifie d'implicites ou de virtuelles⁸⁴¹.

465. En droit des procédures collectives, les pouvoirs d'initiative reconnus au juge⁸⁴² commandent un réaménagement inéluctable du principe dispositif si l'on admet en effet que le juge peut se saisir d'office⁸⁴³ que ce soit de sa propre initiative ou de manière incidente, il faut également admettre que, ce faisant, il formule une demande, véhiculant une question de fait et de droit ayant un objet identique à celui que pourrait avoir une prétention⁸⁴⁴. Il paraît dès lors aisé d'admettre que le juge, dans ces conditions, n'est aucunement lié par les prétentions formulées par les parties. Ceci expliquant cela, aussi bien en droit français⁸⁴⁵ qu'en droit africain⁸⁴⁶, le Tribunal saisi d'une demande en redressement judiciaire a la faculté de prononcer la liquidation judiciaire immédiate parce que la loi le lui permet. Dans le même ordre

⁸³⁸ Civ. 1^{ère}, 22 avril 1997, D. 1998, juris., p.272, note R. MARTIN.

⁸³⁹ Pour une liste complète de ces exceptions, v. J. NORMAND, « *Principes directeurs du procès - office - détermination des éléments de l'instance - les parties - l'objet du litige* », J. Cl, Procédure, fasc. 151, 1995, n°115 et s.

⁸⁴⁰ P. CAGNOLI, op. cit., n°216, p.172.

⁸⁴¹ J. NORMAND, article précité n°91 ; Pour M. CAGNOLI, est virtuellement comprise dans une demande la mesure qui apparaît comme le complément nécessaire de la mesure expressément réclamée. Est également une demande implicite celle pour laquelle un plaideur sollicite un droit moins étendu que celui qui est expressément réclamé (cf. P. CAGNOLI, op. cit., n°16, p.172.)

⁸⁴² Sur les pouvoirs d'initiative reconnus au juge, voir supra, n°398 et s.

⁸⁴³ Sur le droit du juge de se saisir d'office, voir supra, n°408 et s.

⁸⁴⁴ P. CAGNOLI, op. cit., n°219, p.175.

⁸⁴⁵ Loi du 26 juillet 2005, article 97, nouvel article L.640-1 du Code de commerce.

⁸⁴⁶ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 33, alinéa 2.

d'idées et, s'agissant des procédures préventives, il est permis au juge français, saisi initialement d'une procédure de conciliation et, en cas d'échec de ladite procédure, lorsqu'il ressort du rapport du conciliateur que le débiteur est en cessation des paiements, de se saisir d'office afin de statuer sur l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire⁸⁴⁷ ou de liquidation judiciaire si le redressement est manifestement impossible⁸⁴⁸. En droit africain, le juge saisi d'une demande d'homologation du concordat préventif a la faculté, s'il constate la cessation des paiements, de prononcer d'office et à tout moment, le redressement ou la liquidation des biens⁸⁴⁹.

466. Le réaménagement du principe dispositif en droit des procédures collectives entraîne concomitamment la remise en cause d'un autre principe fondamental en droit judiciaire privé : le principe de l'immutabilité du litige. De ce principe, il résulte que « *quand une instance a été engagée, ses éléments, son cadre, ne doivent être modifiés. On ne peut substituer un tiers à un plaideur, changer la qualité de ce dernier, modifier l'objet de la demande initiale ou présenter des demandes nouvelles.* »⁸⁵⁰ Ce principe est valable aussi bien devant les juges du premier degré que devant les instances résultant de l'exercice d'une voie de recours par l'une des parties ce, en dépit des réformes successives en droit français lui ayant apporté de nombreux tempéraments⁸⁵¹ à telle enseigne que, devant les premiers juges, le principe de l'immutabilité se réduit aujourd'hui à l'interdiction de formuler des prétentions nouvelles, qui ne présenteraient pas de lien de connexité avec la demande originale⁸⁵². En appel, ce principe est renforcé par le respect dû au double degré de juridiction mais connaît également à ce niveau des tempéraments tant en droit français et en droit africain, dont le moindre n'est pas l'admission des demandes nouvelles tendant aux mêmes fins que les prétentions originaires, et bien qu'ayant un fondement juridique différent⁸⁵³.

⁸⁴⁷ Loi du 25 juillet 2005, article 89, nouvel article L.631-4, alinéa 2 du Code de commerce.

⁸⁴⁸ Ibid., article 97, nouvel article L.640-4, alinéa 2 du Code de commerce.

⁸⁴⁹ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 15.

⁸⁵⁰ J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, Dalloz, 26 éd., 2001, n°625.

⁸⁵¹ A ce sujet, voir notamment : J. VINCENT, « Les dimensions nouvelles de l'appel en matière civile », D. 1973, chron. p179 ; J. MIGUET, Immutabilité et évolution du litige, thèse LGDJ, 1977 ; J. BEAUCHARD, le renouvellement en appel de la matière litigieuse dans le procès civil, thèse (doct.), Poitiers, 1979.

⁸⁵² Code de procédure civile, articles 70 et 325.

⁸⁵³ Code de procédure civile, article 565 ; Code de procédure civile et commerciale du Cameroun, article 207, alinéa 3.

467. En droit des entreprises en difficulté, le principe de l'immutabilité du litige paraît à tout le moins inadapté tant il est vrai que, comme le relève si pertinemment M. STAES, pour parvenir au redressement de l'entreprise, il est nécessaire de tenir compte de l'environnement dans lequel il vit⁸⁵⁴. En effet, un plan de continuation ou de cession ne peut être envisagé que dans une perspective dynamique, prenant en compte tout élément nouveau, susceptible de permettre la réalisation des objectifs fixés par le législateur⁸⁵⁵. C'est du reste fort de cette approche que la Cour de cassation française impose aux juridictions du second degré, saisies d'un appel formé contre un jugement de redressement ou de liquidation judiciaire, de statuer suivant la situation financière de l'entreprise au jour où elles statuent⁸⁵⁶. Le droit africain n'est pas en reste dans cette logique de remise en cause du principe de l'immutabilité du litige, lui qui, non seulement permet au juge, à toute époque de la procédure de redressement judiciaire, de convertir celle-ci en liquidation des biens s'il se révèle que le débiteur n'est pas ou, n'est plus dans la possibilité de proposer un concordat sérieux⁸⁵⁷, mais encore, autorise le juge d'appel qui annule ou infirme la décision de première instance de prononcer, d'office, le redressement judiciaire ou la liquidation des biens⁸⁵⁸.

468. Une particularité du droit français ayant trait à la remise en cause du principe de l'immutabilité du litige mérite d'être relevée. Elle concerne le « système de relais.⁸⁵⁹ ». Ce système voudrait qu'en cas de plan de sauvegarde ou de redressement, les actions introduites avant le jugement par l'administrateur ou le mandataire judiciaire soient poursuivies par le commissaire à l'exécution ou, si celui-ci n'est plus en fonction, par un mandataire de justice désigné spécialement à cet effet par le Tribunal⁸⁶⁰. Il y a donc dans cette hypothèse, substitution d'un plaideur par un tiers ou, plus précisément, selon l'expression de M. BOLARD, transmission du « *droit d'action* »⁸⁶¹ au commissaire de l'exécution.

⁸⁵⁴ O. STAES, op. cit., n°161.

⁸⁵⁵ P. CAGNOLI, op. cit., n° 252, p.200.

⁸⁵⁶ Com. 7 novembre 1989, Bull. civ. IV, n°273. Com., 6 octobre 1992, Bull. civ. IV, n°290.

⁸⁵⁷ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 33, alinéa 4.

⁸⁵⁸ Ibid., article 33, alinéa 4.

⁸⁵⁹ L'expression est de M. CAGNOLI, op. cit., n°261, p.201.

⁸⁶⁰ Loi du 26 juillet 2005, article 79, nouvel article L. 626-25, alinéa 2 du Code de commerce..

⁸⁶¹ G. BOLARD, « *Le droit d'action des mandataires de justice dans les faillites* », « Mélanges A. HONORAT », éd. Frison – Roche, 2000, p.27, n°7.

469. Le droit africain ignore un tel système. Est-ce parce que le législateur communautaire africain, à la différence du législateur français qui a réformé les professions d'auxiliaire de justice dans les procédures collectives⁸⁶², a consacré l'institution de l'organe ambivalent qu'est le syndic aussi bien pour le redressement judiciaire que pour la liquidation des biens ?⁸⁶³ Toujours est-il que, dans ce contexte, des problèmes particuliers d'ordre procédural pourraient se poser après homologation du concordat de redressement. Eu égard en effet au fait par exemple que le concordat met fin à la procédure collective de redressement judiciaire une fois le jugement d'homologation passé en force de chose jugée⁸⁶⁴ et que, par voie de conséquence, les fonctions de syndic prennent fin après que ce dernier ait rendu compte au commissaire au compte de sa mission d'assistance⁸⁶⁵, il est à se demander qui a qualité pour poursuivre les actions introduites par cet organe avant la décision d'homologation du concordat telles notamment l'action en déclaration d'inopposabilité des actes accomplis pendant la période suspecte⁸⁶⁶ ou l'action en responsabilité contre les tiers, créanciers ou non, qui, par leurs agissements fautifs, ont contribué à retarder la cessation des paiements, à diminuer l'actif, ou à aggraver le passif du débiteur⁸⁶⁷. L'adaptation du principe dispositif ne se limite pas seulement à l'objet du litige. Il concerne également l'allégation des faits.

2. *L'application du principe en rapport avec l'allégation des faits*

470. Il est traditionnellement admis, en procédure civile, qu'il appartient aux parties d'apporter des éléments de fait de nature à justifier leurs prétentions. Il s'agit là de ce qu'il convient d'appeler la « *charge de l'allégation* »⁸⁶⁸. De la sorte, il n'appartient pas au juge appelé à statuer de faire état de ses connaissances personnelles ou de rechercher des faits nouveaux. Ce principe est consacré en droit français tant par le

⁸⁶² Infra, n° 1547.

⁸⁶³ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 41.

⁸⁶⁴ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 136.

⁸⁶⁵ Ibid., article 137.

⁸⁶⁶ Ibid., article 70.

⁸⁶⁷ Ibid., article 118.

⁸⁶⁸ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, thèse, Dalloz, 1991, réimpression de l'édition Sirey parue en 1948, n° 84 et 85 ; v. également, J. NORMAND, « *Les apports respectifs du juge et des parties à la solution du litige, aujourd'hui et demain* », RTD civ. 1998, p.461 et s., spéc. p.465.

Code de procédure civile⁸⁶⁹ que par la jurisprudence de la Cour de Cassation française qui, censure les décisions qui ne le respectent pas.

471. En droit des procédures collectives, il n'en est rien. Le monopole des parties quant à l'allégation des faits est constamment remis en cause. Le juge est autorisé à fonder sa décision sur ses connaissances personnelles. Différentes justifications ont, en doctrine, tenté d'expliquer ce phénomène. Pour une partie de la doctrine processualiste elle-même⁸⁷⁰, dès lors qu'un fait est entré dans les débats, le juge a la possibilité d'en faire usage, peu importe alors le fait de savoir comment il y est venu. Il est pareillement fait état des mesures d'instruction que le juge a le pouvoir d'ordonner d'office⁸⁷¹, de manière à faire rentrer dans le débat des éléments de fait non apportés par les parties⁸⁷² tels ceux résultant notamment d'un rapport d'expertise ou d'un témoignage.

472. Cependant, de toutes les raisons de nature à justifier la remise en cause du monopole des parties quant à l'allégation des faits en droit des procédures collectives, une paraît déterminante : la saisine d'office⁸⁷³. A partir du moment où la loi permet au juge de se saisir d'office, la possibilité de faire usage de ses connaissances personnelles lui est ipso facto octroyée. Il n'est pas en effet convenable, dans cette hypothèse, qu'un juge puisse, de son propre chef, ouvrir une procédure de redressement judiciaire, s'il lui est interdit de recourir aux informations ou indices dont il dispose. C'est du reste parce que les législateurs africain⁸⁷⁴ et français⁸⁷⁵ sont conscients de cette situation qu'ils imposent au Tribunal, agissant d'office, d'informer le débiteur convoqué des faits de nature à motiver sa saisine intégrant ainsi, dans leur logique, le principe du contradictoire.

⁸⁶⁹ Code de procédure civile, articles 6 et 7, alinéa 1^{er}.

⁸⁷⁰ v. notamment, R. MARTIN « *Le fait et le droit ou les parties et le juge* », J.C.P. éd. G. 1974, I., 2625 ; J. NORMAND, « *Le juge et le fondement du litige* », Mélanges P. HEBRAUD, 1981, p.595 et s., spéc. N°18 et 25.

⁸⁷¹ Sur les pouvoirs d'investigations du juge, v. supra, n° 399 et s.

⁸⁷² J. DEVEZE, Contribution à la charge de la preuve en matière civile, thèse Toulouse, 1980, n°144 ; P. HEBRAUD, op. cit., p.391 ; T. LE BARS, op. cit., n°346.

⁸⁷³ Sur le droit de saisine d'office du juge, v. supra, n°408 et s.

⁸⁷⁴ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 29, alinéa 3.

⁸⁷⁵ Décret du 28 décembre 2005, article 172, alinéa 2 devenu l'article R.631-3 du Code de commerce.

PARAGRAPHE 2 : LE RÉAMÉNAGEMENT DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

473. Le principe du contradictoire contribue, traditionnellement, à la sauvegarde des droits de la défense dans toute procédure judiciaire (A). Pourtant, en droit des entreprises en difficulté, de nombreuses atteintes à ce principe existent (B).

A. LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE COMME GARANT DES DROITS DE LA DÉFENSE

474. Le principe du contradictoire constitue l'une des applications de ce que l'on a coutume d'appeler « *droits de la défense* »⁸⁷⁶. Pour certains, le contradictoire est un élément de l'égalité des armes et du procès équitable⁸⁷⁷. Rien d'étonnant alors que sa place dans la hiérarchie des normes soit la plus élevée puisque, le Conseil Constitutionnel français lui a conféré une valeur constitutionnelle⁸⁷⁸ dans le cadre de la législation de 1985 sur les procédures collectives⁸⁷⁹.

475. La Cour européenne des droits de l'homme quant à elle fait du principe du contradictoire l'une des composantes du « *droit à un procès équitable* » au sens de l'article 6, 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ainsi affirme-t-elle que « *le droit à un procès équitable contradictoire implique par principe, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations ou des pièces produites par l'autre, ainsi que d'en discuter.* »⁸⁸⁰ De son côté, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples proclame⁸⁸¹ que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue* » et précise que ce droit comprend, entre autres, « *le droit à la défense* »⁸⁸².

⁸⁷⁶ H. MOTULSKY, « *Le droit naturel de pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile* », Mélanges P. ROUBIER, Dalloz, 1961, t-3, p.175 et s. spéc. N°12 ; G. WIEDERKEHR, « *Droits de la défense et procédure civile* », D. 1978, chron. p.36 ; J. HERON, Droit judiciaire privé, Montchrestien, 1991, n°236 ; B. BOCCARA, « *La procédure dans le désordre : I – le décret du contradictoire* », J.C.P. éd. G.1981, 3004, spéc. n°20.

⁸⁷⁷ S. GUINCHARD, M. BANDRAC, X. LAGARDE, M. DOUCHY, Droit processuel, Droit commun du procès, Dalloz, 1^{ère} éd., 2001, n°451, p.553.

⁸⁷⁸ N. MOLFESSIS, Le Conseil constitutionnel et le droit privé, LGDJ, 1998, n°s 283 et s.

⁸⁷⁹ Décret 84-183 du 18 janvier 1985, Rec. Cons. P.32.

⁸⁸⁰ CEDH, 24 février 1995, Mc Michaël c/ Royaume-Uni : série A, n°307 – B ; D. 1995. 49, note HUYETTE.

⁸⁸¹ Cette Charte a été adoptée par l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) le 27 juin 1981 et est entrée en vigueur le 21 octobre 1986.

⁸⁸² Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, article 7 (2) (c).

476. Dans le domaine des entreprises en difficulté, la contradiction apparaît comme un instrument procédural destiné à parfaire l’instruction de l’affaire et permet ainsi au juge d’ajuster ses décisions à l’exacte situation de l’entreprise, en appréhendant les dimensions juridique, économique et sociale⁸⁸³.

477. S’il faut reconnaître que des efforts ont été faits en droit africain et en droit français afin qu’en matière de procédures collectives le principe du contradictoire soit respecté, il n’en reste pas moins vrai qu’en cette matière, ce principe est souvent battu en brèche.

B. LES ATTEINTES AU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE EN DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

478. La première raison de cette remise en cause du principe du contradictoire en droit des entreprises en difficulté n’est pas spécifique à cette matière. Elle tient plutôt au recours à une procédure orale⁸⁸⁴. La jurisprudence française estime en effet que pour ce type de procédure, les moyens retenus par le juge sont présumés avoir été débattus contradictoirement à l’audience⁸⁸⁵. Plus précisément, la Cour de Cassation française a eu à rappeler que la procédure est orale devant le juge-commissaire et que « *les prétentions des parties peuvent être formulées au Cours de l’audience et sont présumées y avoir été débattues contradictoirement* »⁸⁸⁶.

479. Cependant, la raison fondamentale justifiant la remise en cause du principe du contradictoire en droit des procédures collectives résulte de l’institution de la saisine d’office. Certes en droit africain et en droit français, des dispositions ont été prises de nature à permettre au juge qui se saisit d’office de respecter le principe du contradictoire et, partant, les droits de la défense. C’est ainsi que le législateur africain en matière de redressement judiciaire prescrit que « *si le débiteur comparait, le président l’informe des faits de nature à motiver la saisine d’office et reçoit ses observations.* »⁸⁸⁷. Quant au législateur français, il impose au Tribunal l’envoi au

⁸⁸³ FRISON-ROCHE, Généralités sur le principe du contradictoire (droit processuel), thèse, Paris II, 1988, n°s 95 et s.

⁸⁸⁴ Sur les atteintes au principe du contradictoire résultant de la procédure orale, v. B. BOCCARA, op. cit., n°192 et s.

⁸⁸⁵ Soc., 8 novembre 1984, Bull. civ. V., n°423, RTD civ. 1985, p.46, n°6, obs. R. PERROT ; Civ. 1^{ère}, 13 octobre 1993, Bull. civ. I, n°286 ; Com., 31 janvier 1995, Bull. civ. IV, n°30.

⁸⁸⁶ Com., 31 janvier 1995, Bull. civ. IV, n°30.

⁸⁸⁷ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d’apurement du passif, article 29, alinéa 3.

débiteur d'une note indiquant les faits de nature à motiver sa saisine⁸⁸⁸. La jurisprudence, sous l'empire du décret du 27 décembre 1985, précise d'ailleurs qu'en l'absence de la note prévue par ce texte, il ne peut suffire, pour satisfaire audit texte, que la personne citée ait eu connaissance des faits de nature à motiver sa saisine d'office⁸⁸⁹. Mieux, l'irrégularité est sanctionnée par la nullité du jugement d'ouverture et du jugement ultérieur ayant prononcé la liquidation judiciaire⁸⁹⁰.

480. En dépit des précautions ainsi prises par le législateur dans les ordres juridiques africain et français et relayées par la jurisprudence, des difficultés subsistent. Il importe en effet qu'en matière de saisine d'office, la partie qui subit l'initiative du Tribunal dispose d'un temps nécessaire à l'organisation de sa défense.

481. En effet, comme le relève M. CAGNOLI, lorsqu'il se saisit d'office, le juge exerce les prérogatives d'une partie en formulant une demande⁸⁹¹ et comme tel, il a les moyens de gêner celui qu'il convoque dans l'organisation de sa défense⁸⁹². Ainsi, assigné par exemple à bref délai en redressement judiciaire, la probabilité est grande que le débiteur éprouve des difficultés à s'expliquer sur la consistance de son passif exigible, sur celle de son actif disponible ou encore sur ses réserves de crédit. C'est sans doute pour toutes ces raisons, que la Cour de cassation française a, par son arrêt en date 16 octobre 2012, transmis au Conseil Constitutionnel la « question prioritaire de constitutionnalité » concernant l'auto saisine des tribunaux de commerce en matière de difficultés d'entreprises. En substance, la Cour de cassation a posé au Conseil Constitutionnel, la question de savoir si la saisine d'office par le Tribunal de commerce, en application des dispositions de l'article L.631-5 du Code de commerce, était conforme à la constitution alors même qu'en vertu des droits de la défense et du droit à un recours juridictionnel effectif, l'on ne saurait, à la fois, être juge et partie. La réponse à cette importante question est contenue dans la décision précitée rendue par le Conseil Constitutionnel le 7 décembre 2012⁸⁹³.

⁸⁸⁸ Code de commerce, article R. 631-3 précité.

⁸⁸⁹ Com. 26 juin 1996, Bull. civ. IV, n°194.

⁸⁹⁰ Amiens, 19 janvier 1998, J.C.P. 1998. IV. 3172.

⁸⁹¹ P. CAGNOLI, op. cit., n°243, p.192.

⁸⁹² P. CAGNOLI, op. cit., n°244. p.193.

⁸⁹³ Supra, n°415.

482. Il est à espérer que les juges constitutionnels africains s'alignent sur la position du Conseil Constitutionnel français où à tout le moins, que la saisine d'office du Tribunal soit supprimée dans le cadre de la prochaine réforme de l'Acte uniforme. Mais, en attendant, en droit africain, le fait que le législateur n'ait pas laissé au juge, de manière expresse, la liberté de fixer le délai de comparution du débiteur en cas de saisine d'office pose également problème. En vertu de l'adage selon lequel ce qui n'est pas interdit est permis, doit-on admettre que l'article 29 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif permet au juge, se saisissant d'office, de fixer, de manière arbitraire, le délai de comparution qui lui convient ? Faut-il au contraire admettre que ce vide juridique renvoie à l'application du droit commun processuel en matière de délais de comparution⁸⁹⁴ ? Le renvoi au droit commun serait plus protecteur des droits de la défense. Cette interprétation se rapprocherait au demeurant d'une certaine jurisprudence française qui, sous l'empire de la législation de 1985, a estimé que le délai de quinzaine prévu par l'article 856 du nouveau Code de procédure civile en matière commerciale retrouve vocation à jouer dans l'hypothèse où le juge, se saisissant d'office, ne fixe pas le délai de comparution du débiteur⁸⁹⁵.

483. Toujours en matière de saisine d'office en droit de l'OHADA, une autre atteinte au principe du contradictoire peut être décelée dans la faculté laissée par le législateur au juge d'appel qui annule ou réforme la décision d'instance en matière de redressement ou de liquidation, de prononcer d'office l'une ou l'autre de ces mesures. Consacrée aujourd'hui par le législateur africain au travers de l'article 33, alinéa 5 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif⁸⁹⁶, cette règle pose manifestement problème. A la lumière du droit français, la question s'était posée de savoir si, lorsque le juge d'appel décidait de recourir à cette prérogative, il était tenu ou non de convoquer le débiteur appelant en chambre du conseil comme les textes le prescrivaient à l'époque s'agissant de la procédure en

⁸⁹⁴ Il convient de relever à cet égard que ces délais peuvent varier d'un Etat Partie au Traité OHADA à un autre. Au Cameroun par exemple, les articles 14 et 15 du Code de procédure civile et commerciale issu de l'arrêté du 16 décembre 1954, fixent le délai de comparution respectivement à 8 jours pour ceux qui sont domiciliés dans le lieu où siège la juridiction compétente, 30 jours pour ceux qui résident dans les autres parties du territoire, deux mois pour ceux qui demeurent en France Métropolitaine, en Europe, en Afrique, à Madagascar et à la Réunion, trois mois pour ceux qui demeurent en Amérique, quatre mois pour ceux qui demeurent dans tous les autres pays.

⁸⁹⁵ CA, Paris, ch. 3, section B, du 12 avril 1996, juris-data, n°021165.

⁸⁹⁶ Il résulte des dispositions de cet article que « la juridiction d'appel qui annule ou infirme la décision de première instance peut prononcer, d'office, le redressement judiciaire ou la liquidation des biens ».

instance. Sous l'empire de la législation française de 1967, alors en vigueur, la jurisprudence avait estimé que l'obligation de convoquer l'appelant ne pesait pas sur le juge d'appel, mais plutôt sur le juge d'instance⁸⁹⁷. Sous l'empire de la législation de 1985, sans qu'il se soit agi exactement du même problème, la Cour de cassation a jugé que certaines règles procédurales prévues pour les instances visant à frapper les dirigeants de sanctions patrimoniales, étaient inapplicables devant les juridictions d'appel au motif que ces règles n'avaient été édictées que pour les juridictions du premier degré⁸⁹⁸.

484. A l'appui de cet argument, certains auteurs ont fait valoir que devant la Cour d'appel, le débiteur a la possibilité, dans ses conclusions, de faire valoir ses moyens et que, de la sorte, les droits de la défense étaient préservés⁸⁹⁹. Il n'est pas exclu que les juges africains s'inspirent de cette jurisprudence française devenue certes caduque du fait de la remise en cause de la saisine d'office. Ils pourraient ainsi faire valoir, en attendant une éventuelle suppression de la saisine comme en France, que les dispositions de l'article 29, alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif faisant obligation au Président du Tribunal qui se saisit d'office de faire convoquer le débiteur ne concernent que la procédure devant les juridictions d'instance et qu'elles sont, en conséquence, inapplicables devant le juge d'appel se saisissant d'office pour prononcer un redressement judiciaire ou une liquidation des biens.

485. Une autre particularité du droit africain relative à la remise en cause du principe du contradictoire trouve matière à application dans la procédure de règlement préventif. Cette procédure prévoit que dans les huit jours du dépôt du rapport par l'expert désigné, le président saisit la juridiction compétente et convoque le débiteur à comparaître devant cette juridiction pour y être entendu en audience non publique⁹⁰⁰. Il est également prévu que ce juge convoque à cette audience l'expert ainsi que tout créancier qu'il juge utile⁹⁰¹. Le Président du Tribunal n'a donc pas l'obligation de convoquer à l'audience d'homologation du concordat préventif tous

⁸⁹⁷ Com., 26 mai 1982, Bull. civ. IV, n°206.

⁸⁹⁸ Com. 9 mai 1995, Bull. civ. IV, n°133; D. 1996, somm. com., p.83, obs. A. HONORAT.

⁸⁹⁹ F. DERRIDA, note sous CA Aix-en-Provence, 23 janvier 1973, D. 1973, juris., p.445, spéc. P.447 ; J.J. DAIGRE, note sous com. 3 mai 1998, Rev. sociétés, 1989, p.273.

⁹⁰⁰ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 14, alinéa 1.

⁹⁰¹ Ibid.

les créanciers visés par le débiteur dans la requête aux fins d'ouverture d'une procédure de règlement préventif prévue par la loi⁹⁰². Il ne convoque que les créanciers qu'il juge utile. Il peut même décider de ne convoquer aucun créancier à cette audience et statuer ainsi sans qu'aucun créancier n'ait été entendu soit en prononçant d'office le redressement judiciaire ou la liquidation des biens s'il constate la cessation des paiements⁹⁰³, soit en rendant une décision de règlement préventif et en homologuant le concordat préventif lorsque la situation du débiteur le justifie⁹⁰⁴, tout en prenant soin d'assortir, dans l'un ou l'autre cas, sa décision d'une exécution provisoire.

⁹⁰² Ibid., 5 alinéa 2.

⁹⁰³ Ibid., article 15 (1).

⁹⁰⁴ Ibid., article 15 (2).

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 DU TITRE 2

486. Les prérogatives exorbitantes du droit commun reconnues au juge des procédures collectives par les législateurs africain et français se résument, pour l'essentiel, aux pouvoirs d'initiative qui lui sont reconnus et qui se traduisent d'une part par la faculté d'ordonner une enquête préalable à l'ouverture d'une procédure collective et, d'autre part, par la faculté de se saisir d'office qui n'est plus cependant opérationnelle en France. Quant aux dérogations relatives aux règles de compétence, *ratione materie* et *ratione loci*, celles-ci permettent, aussi bien en droit français qu'en droit africain, au juge des procédures collectives d'avoir des pouvoirs plus étendus.

487. Il reste cependant que, l'efficacité de ces dérogations communes, tant au plan national qu'au plan international, en rapport avec le sauvetage de l'entreprise en difficulté ne paraît pas évidente.

488. Par ailleurs, le droit africain, comme le droit français, pour permettre au juge de réaliser l'objectif de sauvetage de l'entreprise en difficulté poursuivi par le législateur des procédures collectives ont en commun, d'avoir procédé à une « adaptation » des principes directeurs essentiels du procès civil, même si cette adaptation paraît plus poussée en droit français qu'en droit africain. L'exécution immédiate des décisions rendues par ce juge participent également du même objectif.

CHAPITRE 2 : L'EXECUTION IMMEDIATE DES DECISIONS

489. L'exécution provisoire est une règle traditionnelle du droit des procédures collectives⁹⁰⁵. Elle est définie comme « *la faculté accordée à la partie gagnante de poursuivre, à ses risques et périls, l'exécution immédiate de la décision judiciaire, malgré l'effet suspensif du délai de la voie de recours ouverte ou de son exercice.* »⁹⁰⁶

490. Le droit africain et le droit français ont tous consacré le principe de l'exécution provisoire de droit s'agissant des décisions rendues en matière d'entreprises en difficulté (section 1). Par ailleurs, dans les deux ordres juridiques, le droit de critique à l'encontre des décisions rendues par le juge des procédures collectives connaît un régime restrictif (section 2).

SECTION 1 : LA COMMUNE CONSECRATION DE L'EXECUTION PROVISOIRE DE PLEIN DROIT

491. L'article 217 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif énonce que « *les décisions rendues en matière de redressement judiciaire ou de liquidation des biens sont exécutoires par provision, nonobstant opposition ou appel, à l'exception de la décision homologuant le concordat, ainsi que les décisions prononçant la faillite personnelle.* » Bien en amont de cette disposition, l'article 23 du même acte énonce que « *les décisions de la juridiction compétente relatives au règlement préventif sont exécutoires par provision* ». C'est sur la base de ces dispositions légales que la Cour d'appel de Dakar a eu, en date du 15 décembre

⁹⁰⁵ J. M. DELENEUVILLE, « *L'exécution provisoire, l'appel et la publicité des jugements rendus en matière de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises* », RPC 1999, n°1, p.1 et s.

⁹⁰⁶ P. HOONAKER, *L'effet suspensif des voies de recours dans le nouveau Code de procédure civile : une chimère ? Contribution à l'étude de l'exécution provisoire*, thèse, Strasbourg, 1988, n°12.

2000, à rejeter une demande en défense d'exécution provisoire formulée par une société dans le cadre d'un contentieux en matière de procédures collectives⁹⁰⁷. C'est sur la base des mêmes dispositions légales que la même juridiction a rejeté une demande de sursis à exécution provisoire présentée par une entreprise mise en état de cessation des paiements en dépit des conclusions produites par elle et aux termes desquelles elle soutenait que : « *la cessation des paiements, en l'espèce, n'est ni caractérisée, ni insurmontable ou irrémédiable ; qu'elle ne peut manifestement pas se trouver dans une situation désespérée ; que l'exécution provisoire du jugement risque de lui causer un préjudice irréparable* »⁹⁰⁸.

492. Quant au droit français, il consacre le principe de l'exécution provisoire de plein droit au travers des dispositions de l'article 328 du décret du 28 décembre 2005 devenu l'article R. 661-1, alinéa 1 du Code de commerce qui énonce que « *les jugements et ordonnances rendus en matière de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires sont exécutoires de plein droit à titre provisoire.* »

493. Il convient à présent d'examiner les contours de cette règle (paragraphe 1) qui connaît néanmoins des limites (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : LES CONTOURS DE LA RÈGLE

494. Les contours de la règle de l'exécution provisoire de droit en matière de procédures collectives peuvent être analysés d'abord par rapport à sa justification (A). Ils peuvent ensuite être analysés relativement à son champ d'application (B).

⁹⁰⁷ Cour d'Appel de Dakar, arrêt n° 551 du 15 décembre 2000, Nouvelles brasseries africaines (NBA) c/ BICIS, CBAO, CSS et autres, v. note sous article 217 de l'AUPC, Traité et Actes uniformes commentés et annotés OHADA, 3^{ème} éd. 2000, p. 1021.

⁹⁰⁸ Cour d'Appel de Dakar, arrêt n° 496 du 22 nov. 2002, Sté de l'orangerie sarl C/ MAMADOU TRAORE et autres, Ohadata, J-03-88, Répertoire quinquennal Ohada, 2000 – 2005, p. 493.

A. LA JUSTIFICATION

495. En droit des procédures collectives, la règle de l'exécution provisoire de droit a un fondement traditionnel (1). Avec l'évolution, un fondement contemporain est né (2).

1. Le fondement traditionnel

496. En droit des procédures collectives, la force exécutoire apparaît principalement sous la forme de l'exécution provisoire de plein droit⁹⁰⁹. Le caractère automatique de l'exécution provisoire de plein droit, qui est sa principale caractéristique⁹¹⁰ ainsi que l'inutilité pour le juge de la prononcer, justifient sa qualification d'attribut du jugement⁹¹¹. Traditionnellement, l'exécution provisoire du jugement de faillite se rattache aux objectifs de la procédure collective défiante à l'égard du débiteur failli⁹¹². Il s'agissait et, il s'agit encore, d'empêcher le débiteur de faire disparaître ce qui reste de son actif et de se soustraire à ses obligations en exerçant un recours dilatoire contre le jugement de faillite qui le « *saisit* »⁹¹³. Une seconde justification résidait et, réside encore dans le caractère collectif de la procédure. L'exécution provisoire du jugement de faillite permet d'empêcher les créanciers d'exercer des actions ou des voies d'exécution sur le patrimoine du débiteur au détriment de l'intérêt collectif des créanciers qui demeure un principe de base des procédures de faillite⁹¹⁴. Ce fondement traditionnel de la règle de l'exécution provisoire de droit en matière de procédures collectives ne saurait occulter le fondement contemporain de ladite règle.

2. Le fondement contemporain

497. Au fondement traditionnel de l'exécution provisoire du jugement de faillite, l'orientation contemporaine des législations ajoute une nouvelle légitimité à

⁹⁰⁹ P. CAGNOLI, op. cit., n°354, p.283.

⁹¹⁰ P. HOONAKER, thèse précitée, n°26.

⁹¹¹ P. CAGNOLI, op. cit., n°354, p.283.

⁹¹² J. L. VALLENS, « *L'exécution provisoire du jugement de redressement ou de liquidation judiciaires* », D. 1997, chron. p.111.

⁹¹³ J. L. VALLENS, article précité.

⁹¹⁴ J. L. VALLENS, article précité.

l'exécution provisoire du jugement d'ouverture en droit africain et en droit français. De manière générale l'exécution provisoire est justifiée par l'urgence⁹¹⁵. Mais en droit des procédures collectives, l'exécution provisoire vise de plus en plus à protéger d'avantage l'entreprise elle-même que les créanciers. En effet, indépendamment de l'idée de fraude du débiteur, la recherche du redressement de l'entreprise postule des solutions rapides⁹¹⁶. L'urgence de la situation financière et économique de l'entreprise en difficulté ainsi que la recherche des conditions d'un redressement justifient l'effectivité immédiate des décisions⁹¹⁷.

498. Alors qu'en droit commun processuel, il est nécessaire que le juge assortisse de manière expresse et, le cas échéant, sa décision de l'exécution provisoire, en droit des entreprises en difficulté, il n'en est rien. En effet, dans le but de préserver le patrimoine du débiteur gage des créanciers, l'intérêt de l'entreprise et l'emploi, les décisions rendues en cette matière ont toujours été exécutoires de plein droit⁹¹⁸.

499. Si, en droit commun, l'exécution provisoire permet à la partie gagnante de poursuivre à ses risques et périls, l'exécution immédiate de la décision judiciaire rendue à son profit ce, malgré l'effet suspensif de la voie de recours exercée par la partie adverse condamnée, en droit des entreprises en difficulté, l'exécution provisoire est plus systématique qu'en droit commun⁹¹⁹. Elle ne se contente pas de profiter à l'une des parties au préjudice de l'autre. En particulier, les conséquences issues du jugement d'ouverture opposables *erga omnes* et qui ont pour finalité de permettre aux organes de la procédure d'établir un bilan, trouver une solution pour l'entreprise ou lui permettre de s'arrêter dans les meilleures conditions, en particulier pour les salariés, nécessitent que ce jugement puisse avoir vocation à prendre effet immédiatement⁹²⁰. Ces considérations n'ont pas pour autant donné lieu, en droit africain et en droit français, à un champ d'application identique de la règle de l'exécution provisoire.

⁹¹⁵ P. JESTAZ, L'urgence et les principes classiques du droit civil, thèse, LGDJ, 1968, n°55, 236 et 268.

⁹¹⁶ P. CAGNOLI, op. cit., n°356, p.285.

⁹¹⁷ J. L. VALLENS, article précité.

⁹¹⁸ J. VALLANSAN, « *L'exécution provisoire dans les procédures collectives* », Actes du colloque de Nice tenu les 16 et 17 mai 2008, Les Petites Affiches, n° spécial du 28 novembre 2008, p. 31.

⁹¹⁹ J. VALLANSAN, article précité, p. 35.

⁹²⁰ J. VALLANSAN, op. cit., p. 35.

B. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA RÈGLE

500. Bien que l'exécution provisoire en droit français et en droit africain ait une portée convergente (2), son champ d'application diffère à bien des égards (1).

1. Un champ d'application divergent

501. La divergence entre le droit africain et le droit français quant au champ d'application de l'exécution provisoire trouve toute sa mesure dans les exceptions à cette règle aménagées par chacune des deux législations.

502. Alors qu'en droit africain, les exceptions au principe de l'exécution provisoire de plein droit sont relatives aux décisions homologuant le concordat ainsi qu'à celles prononçant la faillite personnelle⁹²¹, en droit français, les exceptions apportées au principe concernent les hypothèses prévues à l'article R. 661-1 du Code de Commerce. Il s'agit respectivement des décisions relatives à la substitution forcée de garantie⁹²², à l'autorisation de procéder à une réalisation de gage⁹²³, des jugements de condamnation en matière de responsabilité pour insuffisance d'actif⁹²⁴ et d'obligation aux dettes sociales⁹²⁵ ainsi que des jugements qui prononcent la faillite personnelle ou l'interdiction de gestion⁹²⁶.

503. Si, sur le plan formel, les exceptions à l'exécution provisoire de plein droit paraissent plus nombreuses en droit français qu'en droit africain, le droit français semble en revanche plus soucieux du sauvetage de l'entreprise sous ce rapport. En effet, en droit français, les décisions qui arrêtent le plan de sauvegarde, de redressement ou de cession de l'entreprise bénéficient d'une exécution provisoire de plein droit. Or, en droit africain, l'article 217 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif interdit l'exécution provisoire de

⁹²¹ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 217.

⁹²² Loi du 26 juillet 2005, articles 26 et 76, nouveaux articles L.622-8 et L.626-22 du Code de commerce.

⁹²³ Ibid., article 117, nouvel article L.642-25, alinéa 2 du Code de commerce.

⁹²⁴ Ibid., article 128, nouvel article L.651-2 du Code de commerce.

⁹²⁵ Ibid., article 131, nouvel article L.652-1 du Code de commerce.

⁹²⁶ Ibid., article 138, nouvel article L.653-8 du Code de commerce.

plein droit pour les décisions homologuant le concordat⁹²⁷. Pourtant, cette décision est vitale pour la sauvegarde de l'entreprise en ce que, en validant le concordat voté par les créanciers, le juge lève l'option pour son redressement judiciaire qu'il s'agisse d'un concordat comportant une cession partielle d'actif ou d'un concordat de remise. Le concordat homologué constitue donc un véritable « *plan de redressement* » et il est regrettable que le législateur africain n'ait pas cru devoir rendre la décision qui l'homologue exécutoire de plein droit comme l'est, dans le contexte français, la décision arrêtant le plan de sauvegarde, de redressement ou de cession. On comprend d'autant mal cette disposition que le jugement homologuant le concordat préventif est, pour sa part, exécutoire de plein droit⁹²⁸.

504. La décision homologuant le concordat de redressement, à défaut d'une exécution provisoire de plein droit, pourrait cependant bénéficier d'une exécution provisoire judiciaire facultative. En effet, rien n'empêche que, devant une telle situation, le juge ait recours au droit commun de l'exécution provisoire. Certains auteurs vont d'ailleurs dans ce sens⁹²⁹. Mais pour qu'une telle exécution provisoire soit accordée, il faut que la législation interne de l'Etat partie au Traité OHADA l'autorise.

505. La décision homologuant le concordat peut ainsi être exceptionnellement assortie d'une exécution provisoire dans les conditions sus énoncées. De même, en droit français, il convient d'admettre que l'exécution provisoire peut être ordonnée par le juge même dans les domaines constitutifs d'exception au principe. Non seulement l'exécution provisoire peut être ordonnée à la demande des parties à l'instance, mais elle peut l'être d'office, chaque fois que le juge l'estime nécessaire et compatible avec la nature de l'affaire⁹³⁰. Le juge français dispose donc dans ce domaine d'un pouvoir discrétionnaire certain.

506. Par ailleurs, il convient de relever que le champ d'application de l'exécution provisoire de plein droit pourrait s'élargir aussi bien en droit africain qu'en droit

⁹²⁷ Selon F. M. SAWADOGO, les exceptions concernent les décisions pour lesquelles l'exécution provisoire présente une particulière gravité si l'on devait revenir par la suite sur la décision; v. F. M. SAWADOGO, op. cit., n°130, p122.

⁹²⁸ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 23.

⁹²⁹ P. GUETA, « *L'exécution provisoire des décisions* », Les Petites Affiches, 1^{er} juillet 1987, p.12 et s., spéc. P.13 ; O. STAES, op. cit., n°200.

⁹³⁰ Code de procédure civile et commerciale, article 515, alinéa 1.

français du fait des dérogations relatives à la compétence du juge des procédures collectives qui permettent à ce dernier de connaître des « *contestations nées de la procédure collective ou sur lesquelles cette procédure exerce une influence juridique.* » En effet, du moment où les procédures connexes aux procédures de redressement et de liquidation judiciaires sont assimilées à ces dernières et relèvent de la compétence du même juge, il paraît à tout le moins logique que celles-ci bénéficient de l'exécution provisoire de plein droit, à l'exclusion des demandes qui ne relèvent pas de la compétence du Tribunal de faillite. C'est ce que suggère du reste une partie de la doctrine qui pense qu'il est possible de calquer les décisions qui, de par la loi, bénéficient de l'exécution provisoire de plein droit, sur le bloc de compétence du Tribunal⁹³¹.

507. Quoi qu'il en soit, que l'exécution provisoire soit de plein droit ou qu'elle soit d'origine judiciaire, les conséquences qu'elle entraîne sur un plan pratique sont les mêmes, ce qui pose le problème de sa portée réelle en droit africain et en droit français au regard du droit des procédures collectives.

2. Une portée convergente

508. En droit africain et en droit français, le gel des poursuites individuelles, l'assistance du débiteur insolvable, la mise en place des différents organes de la procédure commandent qu'il soit assuré au jugement d'ouverture tous ses effets dès son prononcé, sans attendre les autres aléas de l'appel.

509. Par ailleurs, l'opposabilité *erga omnes* du jugement d'ouverture assure à ce dernier l'effectivité la plus large, et lui confère un « *caractère d'universalité.* » Ce jugement s'impose à tous : au débiteur, aux créanciers, aux salariés, aux cocontractants et généralement à tout intéressé, y compris aux organes de la procédure. Pour toutes ces personnes, l'effet se produit le jour même du jugement⁹³².

⁹³¹ P. GUETTA et O. STAES, op. cit.

⁹³² Cass. Com., 9 juillet 1996, Bull. civ. IV, n°210.

510. Toutefois, la portée de cet outil à la disposition du juge des procédures collectives en vue d'assurer le respect immédiat de la norme posée par lui mérite d'être quelque peu relativisée. Ainsi que le relèvent à juste titre certains auteurs⁹³³, l'exécution provisoire peut se manifester différemment selon que la décision rendue par le juge est une décision susceptible d'exécution forcée ou selon que cette décision revêt un caractère simplement proclamatoire⁹³⁴.

511. Lorsque l'exécution provisoire de plein droit porte sur une décision susceptible d'exécution forcée, c'est-à-dire posant des ordres susceptibles d'être exécutés⁹³⁵, la mission du juge en charge du sauvetage de l'entreprise en difficulté ne peut qu'en être facilitée. Dans cette hypothèse, l'exécution provisoire de la décision rendue se manifeste de manière originale. Alors qu'en procédure classique, l'exécution provisoire est un bénéfice et non une obligation⁹³⁶ accordée à la partie gagnante dans une instance et lui permettant de mettre immédiatement en exécution la décision obtenue, en droit des procédures collectives, les choses sont différentes. En cette matière, non seulement l'exécution provisoire ne s'adresse pas exclusivement aux parties, mais encore, elle s'attache à des choses non nécessairement contenues dans la décision rendue.

512. Ainsi, que ce soit en droit français ou en droit africain, l'exécution provisoire attachée au jugement d'ouverture, au jugement prononçant la liquidation judiciaire ou la liquidation des biens, au jugement arrêtant un plan a, pour destinataires, non seulement les parties à l'instance, mais aussi et surtout les organes qui en résultent tels par exemple l'administrateur judiciaire en droit français ou, le syndic en droit africain, organes chargés de mettre en œuvre le redressement judiciaire de l'entreprise. De même en cas de liquidation judiciaire ou de liquidation des biens, c'est au liquidateur qu'il incombe de poursuivre les opérations de liquidation alors même qu'il n'était pas partie à l'instance.

⁹³³ P. CAGNOLI, op. cit., p.288, n°360.

⁹³⁴ Pour Mme PEROZ (cf. V. H. PEROZ, La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français, thèse (doct.) Caen 1997, n°16), la proclamation « consiste en l'individualisation et l'inconditionnalisation de l'effet juridique de la règle de droit appliquée par le juge ».

⁹³⁵ P. CAGNOLI, op. cit., n°3614, p.289.

⁹³⁶ J. MIGUET, « Exécution provisoire et exécution immédiate : le cas des mesures d'instruction », Mélanges L. BOYER, PU Toulouse, 1996, p.455.

513. Il convient cependant de relever que les différentes missions attribuées par la loi aux organes de la procédure en vue d'assurer l'effectivité des décisions rendues constituent des ordres posés par le législateur et ne sont pas le produit du travail du juge, bien qu'elles en résultent nécessairement. Ces obligations sont, par la volonté du législateur, le fruit de tout jugement d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou de liquidation des biens. Il s'agit là d'« *effets automatiques* » ne nécessitant pas l'intervention du juge ou encore d'« *effets substantiels implicites du jugement* ». C'est à ces injonctions implicitement mais nécessairement données par le juge que doit s'attacher l'exécution provisoire.

514. Toute autre est la situation de l'exécution provisoire des jugements proclamatoires. Il a été rappelé que les décisions proclamatoires sont celles qui ont une efficacité substantielle n'appelant pas de concrétisation de l'effet juridique de la règle de droit appliquée⁹³⁷. Dans cette hypothèse, le juge se contente d'affirmer que l'effet juridique d'une règle de droit est applicable de manière inconditionnelle à un cas déterminé⁹³⁸. De telles décisions ne sont point susceptibles d'exécution forcée, le juge réalisant lui-même la sentence en même temps qu'il la rend⁹³⁹.

515. De nombreux jugements proclamatoires sont rendus en droit des entreprises en difficulté. C'est ainsi par exemple qu'en droit français et en droit africain, le jugement d'ouverture entraîne, entre autres, la suspension des poursuites⁹⁴⁰, l'arrêt du Cours des intérêts⁹⁴¹ ou l'interdiction des inscriptions⁹⁴². Le jugement d'ouverture dans le contexte spécifiquement africain entraîne également la constitution des créanciers en une masse représentée par le syndic. Pour sa part, le jugement de liquidation emporte de plein droit, en droit français⁹⁴³ et en droit africain⁹⁴⁴, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens. La question qui se pose alors est celle de savoir quel peut être le sens d'une exécution

⁹³⁷ Supra, n°510.

⁹³⁸ P. CAGNOLI, op. cit., n°365.

⁹³⁹ En ce sens, v. C. BLERY, op. cit., n°262 ; H. PEROZ, op. cit., n°234.

⁹⁴⁰ En droit français, v. Code de commerce, nouvel article L.622-21 ; En droit africain, v. Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 75.

⁹⁴¹ En droit français, *Ibid*, nouvel article L.622-28 ; En droit africain, *Ibid*, article 77.

⁹⁴² En droit français, *Ibid*, nouvel article L.622-30 ; En droit africain, *Ibid*, article 73.

⁹⁴³ Loi du 26 juillet 2005, article 104, nouvel article L.641-9, I, alinéa 1 du Code de commerce.

⁹⁴⁴ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 53, alinéa 1.

provisoire pour ces chefs de décision, « *effets implicites* » du jugement d'ouverture, simplement proclamatoires et insusceptibles d'exécution forcée.

516. M. CAGNOLI a, sur cette question, une approche qui mérite fort bien d'être partagée. Pour cet auteur, un sens pourrait être donné à l'exécution provisoire pour ce type de décision si l'on affirme le lien existant entre ladite exécution provisoire et l'effet substantiel du jugement⁹⁴⁵. Loin de s'identifier seulement à la faculté pour l'une des parties au procès d'exécuter immédiatement la décision rendue, l'exécution provisoire consiste aussi, dans ce contexte, en l'insertion immédiate, dans l'ordonnancement juridique, de l'effet substantiel du jugement en tant que norme. L'exécution provisoire permet alors la prise en compte immédiate des effets d'un jugement proclamatoire qui, insusceptible d'exécution forcée, réalise néanmoins une modification de la situation substantielle des parties⁹⁴⁶.

517. La jurisprudence française a su bien mettre en relief ce lien entre l'exécution provisoire et l'effet substantiel, limité à une simple proclamation. Elle l'a fait dans un arrêt rendu le 03 janvier 1989 par la chambre commerciale de la Cour de cassation. Dans cette décision, la Haute juridiction affirme le caractère immédiatement exécutoire d'une décision d'une Cour d'Appel reportant la date de cessation des paiements, pour justifier le rejet du pourvoi dont elle était saisie⁹⁴⁷. Il convient de rappeler que dans cette espèce, la Cour d'appel avait refusé de prononcer un « *sursis à statuer* » sollicité par les demandeurs au pourvoi à l'encontre d'une décision reportant la date de cessation des paiements d'une entreprise dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire. L'argument invoqué par la Cour d'appel et confirmé plus tard par la Cour de cassation était que la décision de report de la date de cessation des paiements était de nature proclamatoire et ne nécessitait dès lors aucun aménagement particulier autant qu'elle n'appelait aucune exécution forcée.

518. En dépit des vertus reconnues à cette institution en droit des entreprises en difficulté en tant qu'instrument judiciaire d'accélération de la recherche des conditions de sauvetage de l'entreprise en difficulté, force est de constater que, pour

⁹⁴⁵ P. CAGNOLI, op. cit., n°366, p.292.

⁹⁴⁶ Ibid.

⁹⁴⁷ Com., 3 janvier 1989, Bull. civ. IV, n°6.

certaines décisions comme celles relatives à la cession de l'entreprise, l'exécution provisoire rend la situation irréversible ou, à tout le moins, difficilement réversible. Aussi, était-il indiqué de lui trouver des limites.

PARAGRAPHE 2 : LES LIMITES À LA RÈGLE

519. L'exécution immédiate des décisions du juge des procédures collectives tendant au sauvetage de l'entreprise en difficulté est susceptible de connaître des entraves. Mais, sur cette question, la situation du droit français est bien différente de celle du droit africain. Alors qu'en droit français, il existe une possibilité d'arrêt de l'exécution provisoire suffisamment encadrée (A), en droit africain, l'on est plutôt en présence d'une situation de clair-obscur (B).

A. L'ARRÊT DE L'EXÉCUTION PROVISOIRE EN DROIT FRANÇAIS : UNE RÉALITÉ ENCADRÉE

520. En droit français, l'exécution provisoire des décisions rendues en matière de faillite peut être arrêtée par le biais des mécanismes de droit commun (1). Mais surtout, elle peut être arrêtée par le recours aux règles spécifiques du droit des procédures collectives (2).

1. Les mécanismes de droit commun

521. En droit français, certains auteurs suggèrent de permettre l'arrêt de l'exécution provisoire facultative dans les termes du droit commun⁹⁴⁸. Cette idée signifie que, conformément aux dispositions de l'article 524 du Code de procédure civile, l'exécution provisoire peut être arrêtée, en cas d'appel, par le Premier Président statuant en référé, si elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives sur la situation d'une des parties. La solution a été retenue par le Premier

⁹⁴⁸ En ce sens, v. R. ARGELLIES, op. cit., p.189 ; O. STAES, op. cit., n°202.

Président de la Cour d'Appel de Paris statuant sur une demande d'arrêt d'exécution d'un jugement de faillite personnelle⁹⁴⁹.

522. Le Premier Président apprécie souverainement si l'exécution provisoire risque, en cas d'infirmité du jugement, d'entraîner des conséquences manifestement excessives⁹⁵⁰. De manière extensive, il a été jugé qu'il y avait lieu à arrêt de l'exécution provisoire en cas de méconnaissance grossière des droits de la défense⁹⁵¹ ou encore, en termes généraux, que le caractère manifestement excessif ne peut être apprécié qu'en fonction des chances de succès de l'appel⁹⁵².

523. Il faut également ajouter que depuis le décret du 20 août 2004, en cas d'appel des décisions exécutoires de plein droit, le Premier Président peut arrêter l'exécution provisoire au double motif de conséquences excessives et de la violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'article 12 du Code de procédure civile.

524. Ce pouvoir d'appréciation du Premier Président en matière d'arrêt de l'exécution provisoire ne résulte pas seulement des mécanismes de droit commun. Il trouve également un champ d'application de par la mise en œuvre des mécanismes spécifiques au droit des procédures collectives.

2. Les règles spécifiques au droit des procédures collectives

525. En droit français, il existe des mécanismes particuliers au droit des procédures collectives permettant l'arrêt de l'exécution provisoire de plein droit. Ces mécanismes sont aussi bien d'origine légale que réglementaire. Il s'agit d'une part de pouvoir reconnu au Premier Président de la Cour d'Appel d'arrêter l'exécution provisoire de plein droit (a) et, d'autre part, de l'appel suspensif du Ministère public (b).

⁹⁴⁹ C.A. Paris, ord. 1^{er} Président, 16 juin 1995, 7 septembre 1995, 3 octobre 1995 et 13 octobre 1995, Dict. Perm. Difficultés des entreprises, Bull. n°159, 21 mai 1997, D. 6954.

⁹⁵⁰ Civ. 3^e, 25 octobre 1983, Bull. civ. III, n°199 ; Soc. 11 décembre 1990, Bull. civ. V, n°642 ; Civ. 2^e, 29 mai 1991, Bull. civ. II, n°169.

⁹⁵¹ Paris, 28 septembre 1988, Gaz. Pal. 1989.2. Somm.303 ; Paris, 6 octobre 1989, Bull. ch. Avoués 1989, 4.127.

⁹⁵² Toulouse, 3 juillet 1981, Gaz. Pal. 1982.1 Somm. 90 ; RTD civ. 1982.658, obs. PERROT.

a) *Le pouvoir du Premier Président*

526. Le Premier Président de la Cour d'Appel, statuant en référé, a le pouvoir, en cas d'appel, d'arrêter l'exécution provisoire attachée respectivement aux jugements statuant sur l'ouverture des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, arrêtant ou rejetant le plan de sauvegarde ou de redressement ce, à la condition que les moyens invoqués à l'appui de l'appel apparaissent sérieux⁹⁵³. Le décret du 23 décembre 2006, en son article 71 a, par ailleurs, introduit à l'article R. 661-1, alinéa 3, la disposition selon laquelle « *dans les mêmes conditions, le premier président de la Cour d'appel peut arrêter l'exécution provisoire des décisions qui ne sont pas exécutoires de plein droit ainsi que des jugements étendant la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire à une ou plusieurs personnes que le débiteur en application de l'article 621-2* ».

527. Sous l'empire de la législation française de 1985⁹⁵⁴, la Cour de cassation avait affirmé le caractère limitatif des décisions dont le Premier Président avait le pouvoir d'arrêter l'exécution provisoire de plein droit⁹⁵⁵. Il y a fort à parier que cette jurisprudence soit reconduite et ce, en dépit de ce qui a parfois été suggéré en doctrine⁹⁵⁶ et par quelques décisions de fond⁹⁵⁷. En effet, cette position de la Cour de cassation paraît logique dès lors que, de par le droit commun, l'arrêt de l'exécution provisoire de plein droit par le Premier Président est impossible, celui-ci ne pouvant prendre que des mesures palliatives⁹⁵⁸.

528. Hormis donc les exceptions légales, il n'est pas possible d'arrêter l'exécution provisoire des décisions exécutoires de plein droit, quand bien même les conditions sont réunies. Ainsi les ordonnances du juge commissaire sont toujours exécutoires de plein droit sans possibilité de dérogation⁹⁵⁹.

⁹⁵³ Décret du 28 décembre 2005, article 328, alinéa 3 devenu l'article R. 661-1, alinéa 3 du Code de commerce.

⁹⁵⁴ v. article 155, alinéa 2 du décret du 27 décembre 1985.

⁹⁵⁵ Com. 31 janvier 1995, non publié, Lexis laser, n°14 ; Com. 23 juin 1998, Bull. civ. IV, n°205 ; JCP, éd. G. 1999, I. 103, n°1, obs. P. PETEL.

⁹⁵⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, 4e éd. 2001, n° 453.

⁹⁵⁷ Cour d'appel de Paris, ord. réf. 17 avril 1993, Dr. sociétés 1993, n° 139, obs. Y. CHAPUT.

⁹⁵⁸ Code de procédure civile français, article 524, alinéa 3.

⁹⁵⁹ Cass. Com., 14 janv. 2004, Juris-Data, n° 2004-021821 ; Act proc. coll. 2004-8, n° 108.

529. Il apparaît ainsi que le critère de l'arrêt de l'exécution provisoire est le « *caractère apparemment sérieux des moyens invoqués à l'appui de l'appel* ». L'utilisation du participe « *invoqué* » signifie que le Premier Président de la Cour ne saurait arrêter l'exécution provisoire sur la base d'un moyen relevé d'office par lui⁹⁶⁰. En réalité, ce Magistrat, dans son office, est tenu de porter une première appréciation sur les chances de succès de l'appel. Il est enseigné à cet égard que le caractère sérieux des moyens s'entend des chances de réformation ou d'annulation de la décision frappée d'appel.⁹⁶¹ On peut distinguer les moyens impliquant une appréciation économique de ceux ne la nécessitant pas⁹⁶². On peut également distinguer les moyens de forme des moyens de fond⁹⁶³.

530. Un débat s'est instauré sur le point de savoir si, le Premier Président, pour statuer sur la demande d'arrêt de l'exécution provisoire, avait un pouvoir de contrôle sur la régularité et la recevabilité de l'appel. Il a été soutenu que l'examen du Premier Président portait également sur la recevabilité de l'appel et que, conséquemment, si celui-ci estimait que l'appel était irrecevable, la demande ne pouvait qu'être rejetée⁹⁶⁴. La jurisprudence a cependant démenti cette position. Sur le fondement de l'article 524 du Code de procédure civile, il a en effet été jugé que le Premier Président qui rejette une demande d'arrêt de l'exécution provisoire en invoquant l'irrecevabilité manifeste de l'appel commet un excès de pouvoir⁹⁶⁵. Par ailleurs, en raison de la précision législative selon laquelle le Premier Président statue « *en référé* », certains auteurs estiment que ce magistrat n'est pas saisi du principal et qu'il appartient dès lors à la seule Cour d'Appel de trancher les questions touchant à la recevabilité de l'appel⁹⁶⁶.

531. De nombreux auteurs suggèrent cependant d'étendre le contrôle du Premier Président aux conditions de régularité et de recevabilité de l'appel⁹⁶⁷. Du moment en

⁹⁶⁰ En ce sens, P. HOONAKER, op. cit., n°783.

⁹⁶¹ L. CADIET, « L'exécution provisoire des décisions rendues en matière de redressement et de liquidation judiciaires de l'entreprise », Rev. proc. coll. 1987, p.21, n°4.

⁹⁶² P. CALLE, op. cit., n°22 et s.

⁹⁶³ P. HOONAKER, op. cit., n°784.

⁹⁶⁴ DERRIDA, GODE et SORTAIS, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, 3^e éd., n°295.

⁹⁶⁵ Civ. 3^e, 4 novembre 1987, Bull. civ. III, n°179 ; Gaz. Pal. 1988. somm. 257, obs. GUINCHARD et MOUSSA ; D. 1988, somm. 123, obs. JULIEN.

⁹⁶⁶ G. RIPERT et R. ROBLOT, op. cit., n°2926 ; B. SOINNE, op. cit., n°639 ; L. CADIET, article précité, p.23.

⁹⁶⁷ DERRIDA, P. GODE, J.-P. SORTAIS, op. cit., n°295 ; P. HOONAKER, op. cit., n°784 ; GUETTA, op. cit., p.20 ; P. CAGNOLI, op. cit., n°s 379 et s.

effet où la loi donne pouvoir au Premier Président d'apprécier les chances de succès de l'appel, il paraît à tout le moins illogique de lui interdire d'examiner la recevabilité de cette voie de recours qui, somme toute, constitue la condition préalable de tout aboutissement sur le fond. Par ailleurs, si l'on doit admettre qu'en droit des entreprises en difficulté, la recherche du redressement de l'entreprise commande des solutions rapides, on ne peut que condamner des manœuvres tendant à retarder de telles solutions à l'instar de celles émanant d'un plaideur sollicitant l'arrêt de l'exécution provisoire d'une décision contre laquelle l'appel interjeté est manifestement irrecevable au plan de la forme.

532. En tout état de cause, le Premier Président n'a pas le monopole de l'arrêt de l'exécution provisoire. Il partage cette prérogative avec le Ministère public dont l'appel produit un effet suspensif.

b) L'appel suspensif du Ministère public

533. En droit français, outre l'élargissement des voies de recours octroyées au Ministère Public⁹⁶⁸, l'efficacité desdites voies de recours a été améliorée. L'une des manifestations de cette amélioration est le caractère suspensif de l'appel du Ministère Public à l'exception de celui dirigé contre les décisions statuant sur l'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire⁹⁶⁹. En cas donc d'appel du Ministère Public à l'encontre d'une décision statuant sur l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, statuant sur la liquidation judiciaire, arrêtant, rejetant ou modifiant le plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire, l'exécution provisoire est arrêtée de plein droit à compter du jour de cet appel⁹⁷⁰, sans autre formalité.

534. A l'inverse des autres plaideurs, le Ministère Public n'a pas à convaincre le Premier Président de la Cour d'Appel du caractère sérieux de son appel. Pour certains, ce privilège reconnu au Ministère Public s'expliquerait par le fait que le législateur n'a pas à redouter le risque d'un appel dilatoire de sa part⁹⁷¹.

⁹⁶⁸ Cet élargissement est né avec la loi du 10 juin 1994, v. P. PETEL, « *La réforme des voies de recours* », in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprise*, Dalloz, 1995, p.189 et s. n°18.

⁹⁶⁹ Loi du 26 juillet 2005, article 47, nouvel article L. 661-1, II du Code de commerce.

⁹⁷⁰ Décret du 28 décembre 2005, article 328, alinéa 4 devenu l'article R.661-1, alinéa 4.

⁹⁷¹ C. LEFORT, *Théorie générale de l'appel*, thèse (dact), Angers, 2000, n°267.

535. En droit africain, non seulement un tel privilège n'est pas reconnu au Ministère public, mais encore, de manière générale, l'arrêt de l'exécution provisoire s'avère problématique.

B. L'ARRÊT DE L'EXÉCUTION PROVISOIRE EN DROIT AFRICAIN : UN CLAIR-OBSCUR

536. En droit africain et, contrairement au droit français, il n'existe pas, en l'état de la législation communautaire, des règles spécifiques destinées à arrêter l'exécution provisoire de plein droit attachée aux décisions rendues en droit des entreprises en difficulté (1). Il s'en suit que, si une décision judiciaire rendue par le juge des procédures collectives est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives sur la situation d'une des parties, le seul remède pour cette partie, sera le recours aux règles internes de droit commun (2).

1. La regrettable absence de règles spécifiques

537. En vue d'assainir l'environnement judiciaire des entreprises, l'OHADA a adopté certaines règles de procédure énergiques⁹⁷². La rénovation du droit des entreprises était en effet inconcevable sans celle des règles de procédure tant il est vrai que, la plupart des Codes de procédure civile des pays de la zone franc étaient l'héritage de la France du début du 20^{ème} siècle ou s'en inspiraient profondément⁹⁷³.

538. Cette rénovation des règles de procédure n'a cependant pas touché toutes les matières et s'est notamment focalisée sur les règles de recouvrement des créances, les voies d'exécution et la procédure d'arbitrage. Les autres règles de procédure ont été laissées à la souveraineté nationale des Etats parties au traité OHADA.

539. L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif en ses articles 23 et 217 pose certes le principe du caractère exécutoire par

⁹⁷² J. ISSA – SAYEGH, « L'OHADA, instrument d'intégration juridique en Afrique », Revue de jurisprudence commerciale, 1999, p.237.

⁹⁷³ A titre d'illustration, le Code de procédure civile et commerciale français a été introduit au Cameroun par un arrêté du 16 décembre 1954 et y est encore en vigueur.

provision nonobstant toutes voies de recours des décisions rendues en matière de règlement préventif. Cependant, aucune disposition spécifique n'est prévue permettant, en cas d'opposition ou d'appel, d'arrêter l'exécution provisoire comme c'est le cas en France avec le pouvoir reconnu au Premier Président de la Cour d'Appel de prendre une telle mesure lorsque les moyens invoqués à l'appui de l'appel apparaissent sérieux⁹⁷⁴. Face à cette situation, il ne peut être que tentant pour la partie lésée de recourir aux règles de droit interne.

2. *Le recours aux règles de droit interne*

540. La question qui vient à l'esprit est celle de savoir si le droit interne des Etats parties au traité OHADA permet d'arrêter l'exécution provisoire de plein droit, voire l'exécution provisoire facultative attachée aux décisions rendues par le juge des procédures collectives.

541. La réponse à cette question ne saurait être péremptoire. En effet, une telle réponse suppose d'abord la connaissance préalable du droit de l'exécution en vigueur dans chaque Etat Partie. Elle suppose ensuite acquise la certitude que les textes de procédure qui y sont en vigueur autorisent tous l'arrêt de l'exécution provisoire des décisions du juge des procédures collectives. En l'absence de ces données, l'on ne peut asseoir le raisonnement que sur les législations internes connues. Il va sans dire que si ces législations internes sont différentes les unes des autres, l'œuvre d'harmonisation de l'OHADA ne pourrait qu'en pâtir en ce sens que, l'exécution provisoire des décisions rendues par le juge des procédures collectives sera arrêtée ou non, selon que l'on passe d'un Etat partie à un autre et en fonction des législations qui y sont en vigueur.

542. Au Cameroun par exemple, pour savoir si l'exécution provisoire des décisions rendues par le juge des procédures collectives statuant en matière de règlement préventif, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, peut être arrêtée ou non, il faut recourir à un texte de droit interne qui, en l'occurrence est la loi n°92/008

⁹⁷⁴ Supra, n°526.

du 14 août 1992 modifiée fixant certaines dispositions relatives à l'exécution des décisions de justice⁹⁷⁵.

543. Cette loi qui est un texte de droit commun, après avoir défini le domaine de l'exécution provisoire facultative, c'est-à-dire les matières dans lesquelles le Tribunal peut, en cas de décision contradictoire ou réputée contradictoire, ordonner l'exécution provisoire, nonobstant appel⁹⁷⁶, précise les conditions dans lesquelles cette exécution provisoire peut être arrêtée ainsi que la procédure y relative⁹⁷⁷. Lorsque l'exécution provisoire n'est pas de droit et qu'elle a été prononcée en dehors des cas prévus par la loi⁹⁷⁸, la Cour d'Appel, sur la demande de la partie appelante, ordonne les défenses à exécution provisoire de la décision. Il en résulte que, conformément aux dispositions de cette loi, une exécution provisoire ordonnée en matière d'homologation de concordat de redressement ou de faillite personnelle⁹⁷⁹ ordonnée par le juge d'instance sera inévitablement arrêtée en Cour d'Appel si la partie appelante en fait la demande.

544. En revanche, la loi camerounaise prévoit que lorsque l'exécution provisoire est de droit, ou qu'elle est fondée sur les matières susceptibles de donner lieu à une exécution provisoire judiciaire, « *la Cour d'appel rejette la demande de défenses à exécution provisoire de la partie appelante si ladite demande a un caractère manifestement dilatoire.* » il en résulte que l'exécution provisoire de plein droit attachée aux décisions rendues en matière de redressement judiciaire ou de liquidation des biens conformément aux dispositions de l'article 217 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, si elle est demandée en Cour d'Appel, ne peut être, en principe, arrêtée. Contrairement au droit français, dans le contexte camerounais, la Cour d'Appel n'a même pas à vérifier si les moyens invoqués à l'appui de l'appel apparaissent sérieux aussi bien sur la forme que sur le

⁹⁷⁵ En Côte d'Ivoire, l'exécution provisoire est réglementée par les articles 180 et 181 du Code de procédure civile et administrative.

⁹⁷⁶ Loi n°92/008 du 14 août 1992, article 3 nouveau.

⁹⁷⁷ Ibid., articles 4 et suivants.

⁹⁷⁸ Ces cas sont, aux termes des dispositions de l'article 3 de la loi susvisée : les créances alimentaires, les créances contractuelles, l'expulsion fondée sur un titre foncier conférant des droits non contestés ou sur un bail écrit assorti d'une clause résolutoire dont les conditions sont réunies, la réparation du dommage résultant d'une atteinte à l'intégralité physique d'une personne pour les frais et dépenses justifiés nécessités par les soins d'urgence et limités exclusivement aux frais de transport ou de transfert, aux frais pharmaceutiques, médicaux et d'hospitalisation, les salaires non contestés.

⁹⁷⁹ La décision homologuant le concordat de redressement ainsi que les décisions prononçant la faillite personnelle constituent les exceptions au principe de l'exécution provisoire de plein droit posé par l'article 217 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

fond. Le juge d'appel a donc compétence liée en ce qu'il est tenu de rejeter la demande tendant à l'arrêt de l'exécution provisoire de plein droit attachée à la décision rendue en matière de redressement judiciaire ou de liquidation des biens à moins que ladite demande n'ait « *un caractère manifestement dilatoire* », caractère souverainement apprécié par le juge d'appel.

545. Le caractère définitif⁹⁸⁰ de l'exécution provisoire de plein droit attachée aux décisions rendues en matière de redressement judiciaire ou de liquidation des biens du fait de l'application des législations internes de certains Etats parties au traité OHADA se trouvera sans doute conforté par la jurisprudence de la Cour Commune de justice et d'arbitrage d'Abidjan relative au contentieux de l'exécution provisoire dans l'espace OHADA. Par une série de trois arrêts tous rendus en date du 19 juin 2003⁹⁸¹ sous le fondement de l'article 32 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution⁹⁸², cette haute juridiction a posé le principe de son incompétence lorsqu'elle est saisie des décisions des juridictions d'appel des Etats parties ne soulevant pas des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des règlements prévus au Traité OHADA⁹⁸³. Plus précisément, à travers ces arrêts, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, relativisant la portée abrogatoire des Actes uniformes⁹⁸⁴, a posé le principe selon lequel, l'article 32 en cause est inapplicable au profit des textes de droit interne sur les défenses à exécution provisoire lorsque celles-ci visent, non pas à suspendre une exécution forcée déjà engagée, mais plutôt à empêcher qu'une telle exécution ne commence.

⁹⁸⁰ Il convient cependant de relever que dans le contexte camerounais, aux termes des dispositions de l'article 4(7) de la loi n° 92/008 du 14 août 1992, l'arrêt de la cour d'appel accordant ou rejetant les défenses sollicitées peut faire l'objet d'un pourvoi d'ordre suspensif du Ministre de la Justice, Garde des Sceaux.

⁹⁸¹ CCJA, n°s 12, 13 et 14/2003 du 19 juin 2003, *Juridis* périodique n°58, p.107 et s., obs. F. TEPEI KOLLOKO et S. SOUOP.

⁹⁸² Cet article dispose : « A l'exception de l'adjudication des immeubles, l'exécution forcée peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire par provision. L'exécution est alors poursuivie aux risques et périls du créancier, à charge pour celui-ci, si le titre est ultérieurement modifié, de réparer intégralement le préjudice causé par cette exécution sans qu'il y ait lieu de relever de faute de sa part ».

⁹⁸³ L'article 14, alinéas 3 et 4, détermine la compétence de la CCJA en matière contentieuse en ces termes : « Saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'appel des Etats parties dans toutes les affaires soulevant les questions relatives à l'application des Actes uniformes et des règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales. Elle se prononce également dans les mêmes conditions sur les décisions non susceptibles d'appel rendues par toute juridiction des Etats parties dans les mêmes contentieux ».

⁹⁸⁴ L'article 10 du Traité OHADA dispose que les « Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ». L'effet abrogatoire de l'article 10 du Traité OHADA concerne aussi bien l'abrogation des dispositions antérieures contraires à celles des Actes uniformes, que l'interdiction de l'adoption de dispositions postérieures contraires. Les « dispositions contraires » s'entendent de tout texte législatif ou réglementaire contredisant dans la forme, le fond et /ou l'esprit des dispositions d'un Acte uniforme (Cf . Avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001).

546. A la vérité, les solutions ainsi dégagées par cette Haute Juridiction Communautaire sont quelque peu inadaptées au droit des entreprises en difficulté. En effet, l'Acte uniforme portant voies d'exécution ne s'applique qu'aux condamnations *in rem*, c'est-à-dire à celles qui portent sur une somme d'argent à l'exclusion des condamnations *in personam*, c'est-à-dire celles qui imposent au défendeur une obligation de faire ou ne pas faire⁹⁸⁵. Or, comme il a été souligné⁹⁸⁶, dans l'ensemble, les décisions rendues en droit des entreprises en difficulté et susceptibles d'exécution forcée sont des ordres ou des obligations de faire insusceptibles de voies d'exécution⁹⁸⁷. Quelles seraient, par exemple, les voies d'exécution permettant de contraindre les organes de la procédure désignés dans le jugement d'ouverture, à exécuter leurs obligations ? Dans ces conditions, la solution de la Cour Commune de justice et d'Arbitrage qui distingue selon que l'exécution forcée est déjà entamée ou non⁹⁸⁸ pour fixer le champ d'application de l'exécution provisoire apparaît sans intérêt pour ce qui est des décisions rendues en droit des entreprises en difficulté.

547. Dans le cadre d'une modification de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, la solution idoine consisterait à instituer, comme en droit français, des règles spécifiques qui permettraient d'arrêter l'exécution provisoire des décisions rendues par le juge des procédures collectives. Une formation collégiale de la Cour d'appel statuant en référé, et non le Président tout seul, pourrait ainsi, en cas d'appel, arrêter l'exécution provisoire attachée à ces décisions lorsque les moyens à l'appui de l'appel venaient à apparaître sérieux. En revanche, la demande d'arrêt de l'exécution provisoire serait rejetée si celle-ci était manifestement dilatoire.

548. L'absence de règles communautaires spécifiques destinées à arrêter, le cas échéant, l'exécution provisoire de plein droit attachée aux décisions rendues en droit

⁹⁸⁵ A. ANABA MBO, « Exécution définitive et exécution provisoire dans l'espace OHADA », Revue camerounaise de droit des affaires, n°5, octobre – décembre 2000, p.28.

⁹⁸⁶ *Supra*, n°513.

⁹⁸⁷ Il convient de relever cependant qu'il existe des hypothèses de condamnation à des dommages-intérêts. Il en est notamment ainsi en matière de comblement de passif et de soutien abusif. Toutefois, en matière de comblement de passif, le non paiement par le dirigeant des sommes mises à sa charge n'entraîne pas l'exercice de voies d'exécution à son encontre mais sa mise en redressement judiciaire. De plus, les décisions rendues en la matière font l'objet de publication et non de signification ou de signification-commandement.

⁹⁸⁸ Ce *distinguo* lui-même pose problème, puisqu'il implique que soit précisé le critère du commencement de l'exécution forcée. A partir de quand peut-on considérer que l'exécution forcée est déjà entamée ? La réponse varie en fonction du type de saisie concerné. Sur la question, V. F. ONANA ETOUNDI, La problématique de l'unification de la jurisprudence par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, Collection « Pratique et contentieux de droit communautaire », Février 2008, p. 267.

des entreprises en difficulté est susceptible de conduire à une application anarchique des règles internes du droit de l'exécution dans les différents Etats Parties dans cette matière en raison de la multiplicité et de l'inadaptation des textes. Il pourrait en résulter une insécurité juridique et judiciaire que le Traité créant l'OHADA avait pourtant pour ambition de conjurer. Par ailleurs, du fait de cette situation, le sauvetage de l'entreprise en difficulté pourrait être compromis tant est que, celui-ci requiert des solutions rapides.

549. La réforme envisagée du droit des entreprises en difficulté OHADA ne donne pas malheureusement entière satisfaction à cet égard. En effet, s'il est proposé de permettre, par une disposition spécifique, l'arrêt de l'exécution provisoire en cas d'appel, la portée de cette proposition de modification est réduite en ce qu'elle ne concerne que les décisions de liquidation des biens. Par ailleurs, non seulement il est proposé qu'un tel arrêt d'exécution provisoire relève du seul Premier Président de la Cour d'Appel, mais en plus, seul le Ministère public pourrait en faire la demande et uniquement en cas de « violation *manifeste de la loi* »⁹⁸⁹.

550. Outre l'exécution provisoire de plein droit attachée aux décisions rendues en matière de procédures collectives, la recherche d'une stabilité des solutions de sauvetage de l'entreprise, a conduit à une restriction considérable du droit de critique à l'encontre de ces décisions.

SECTION 2 : LES RESTRICTIONS AU DROIT DE CRITIQUE DES DECISIONS

551. Pour M. CADIET, « *les voies de recours sont toutes les manifestations du droit de critique d'un jugement et ont toutes pour finalité la correction de ce jugement* »⁹⁹⁰. Quant à M. PERROT, il définit les voies de recours comme étant des « *voies de droit qui ont pour objet propre de remettre en cause une décision de*

⁹⁸⁹ L'article 189, alinéa 2 de l'avant projet d'amendement de l'Acte uniforme est ainsi libellé : « (...) *par exception, et en cas d'appel, l'exécution provisoire de la décision prononçant la liquidation des biens peut être suspendue par le premier Président de la Cour d'appel à la demande du Ministère public et seulement en cas de violation manifeste de la loi* ».

⁹⁹⁰ L. CADIET, Droit judiciaire privé, Litec, 3^{ème} éd., 2000, n°1559.

justice. »⁹⁹¹ La remise en cause de la norme rendue par un juge constitue donc la fonction même des voies de recours⁹⁹².

552. Pourtant, en droit des procédures collectives, l'exercice de ce droit de critique est fortement restreint. C'est que, d'une part, la situation économique d'une entreprise faisant l'objet d'une procédure collective se dégrade rapidement et, d'autre part, son redressement éventuel repose sur la confiance de son repreneur et de ses partenaires, laquelle confiance est une denrée fragile et fugace⁹⁹³. Pourtant, d'un autre côté, il faut tenir compte de l'exigence liée au principe du double degré de juridiction et, de manière générale, du droit fondamental du justiciable à obtenir un second examen de son procès en raison du caractère faillible de la justice humaine. Pour paraphraser M. BOLARD, contester la décision du juge est un droit pour les plaideurs, sous peine d'être livré à son arbitraire ou à son impéritie.⁹⁹⁴ Il est donc question, en la matière, de gérer des impératifs antagonistes.

553. Le moins que l'on puisse dire, est que la conciliation des deux impératifs contradictoires n'a pas toujours été aisée pour le législateur des procédures collectives, qu'il soit africain ou français. De fait, il apparaît que dans les deux ordres juridiques systèmes, un arbitrage a été fait en faveur du principe de la restriction des voies de recours. Des manifestations à ce régime restrictif commun sont nombreuses (paragraphe 1). Cependant, il existe un particularisme des choix qu'il conviendra d'analyser (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : LES MANIFESTATIONS PARTAGÉES DU RÉGIME RESTRICTIF

554. Les premières manifestations relatives au régime restrictif des voies de recours partagées par le droit africain et le droit français ont trait aux délais d'exercice des voies de recours que l'on peut qualifier de délais d'action⁹⁹⁵. De l'avis général, la

⁹⁹¹ R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2000, n°601.

⁹⁹² P. CAGNOLI, *op. cit.*, n°388, p.317.

⁹⁹³ P. PETEL, *article précité*, n°1.

⁹⁹⁴ G. BOLARD, « *Heurs et malheurs des voies de recours dans les faillites* », *Rev. proc. coll.* 1991, n°8, p.3.

⁹⁹⁵ Le délai d'action est défini comme le « *délaï avant l'expiration duquel un acte ou une formalité ne peut être accompli, à peine d'irrecevabilité ou de forclusion* », v. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, PUF, 7^{ème} éd., *délaï*, p. 275.

brièveté des délais et leur respect sont une nécessité dans les procédures collectives⁹⁹⁶. Sanctionnés par l'irrecevabilité, les délais de recours sont tant en droit français qu'en droit africain généralement Courts. En droit français par exemple, les délais de recours contre les principales décisions varient entre dix et quinze jours. Ainsi, les délais d'appel et de tierce opposition à l'encontre des jugements d'ouverture des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire sont de dix jours⁹⁹⁷. Le délai d'appel du Procureur Général contre lesdits jugements est de quinze jours⁹⁹⁸. Le délai de tierce opposition à l'encontre du jugement homologuant l'accord intervenu entre les parties dans le cadre de la procédure de conciliation est de dix jours⁹⁹⁹. S'agissant des décisions statuant sur la liquidation judiciaire, les délais d'appel et de tierce opposition sont de dix jours pour les parties habilitées à exercer ces voies de recours à l'exclusion du Procureur Général qui dispose d'un délai de quinze jours¹⁰⁰⁰. Le délai d'appel contre les décisions arrêtant ou rejetant le plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire est de dix jours¹⁰⁰¹. Quant au délai d'appel à l'encontre de la décision arrêtant ou rejetant le plan de cession, il est également de dix jours¹⁰⁰². Les recours contre les ordonnances du juge-commissaire sont susceptibles de recours dans un délai de dix jours¹⁰⁰³. En droit africain, les délais de recours sont également brefs. En matière de redressement judiciaire et de liquidation des biens, les délais d'opposition et d'appel sont de quinze jours¹⁰⁰⁴. En matière de redressement préventif, le délai d'appel est également de quinze jours¹⁰⁰⁵. Quant aux ordonnances reçues par le juge-commissaire, elles peuvent être frappées d'opposition dans un délai de huit jours¹⁰⁰⁶.

555. Bien plus, certains de ces délais d'action dont la brièveté est traditionnellement justifiée par les besoins d'accélération de la procédure ont pour point de départ, non pas la signification de la décision, mais plutôt son prononcé. En droit français, on peut ainsi noter que le délai d'opposition contre les décisions

⁹⁹⁶ F. AUBERT, « *Les délais et les voies de recours* » Petites Affiches, n°71 du 14 juin 1995, p.4.

⁹⁹⁷ Décret du 28 décembre 2005, articles 329 et 330 devenus l'article R.661-2, alinéas 1 et 2 du Code de commerce.

⁹⁹⁸ Ibid., article 330, alinéa 4 devenu l'article R.661-3, alinéa 4 du Code de commerce.

⁹⁹⁹ Loi du 26 juillet 2005, article 7, nouvel article L. 611-10, alinéa 2 du Code de commerce.

¹⁰⁰⁰ Décret du 28 décembre 2005, articles 329 et 330 devenus article R.662-2, alinéas 1 et 2.

¹⁰⁰¹ Ibid., article 330, alinéa 1 devenu l'article R.661-3, alinéa 1 du Code de commerce.

¹⁰⁰² Ibid., article 330, alinéa 2 devenu l'article R.661-3, alinéa 2 du Code de commerce.

¹⁰⁰³ Code de commerce, article R.621-21, alinéa 3.

¹⁰⁰⁴ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, articles 219 et 221.

¹⁰⁰⁵ Ibid., article 23.

¹⁰⁰⁶ Ibid., article 40, alinéa 3.

rendues en matière de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires Court à compter du prononcé de la décision sauf pour les décisions soumises aux formalités d'insertion dans un journal d'annonces légales ou au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales pour lesquelles le délai ne court que du jour de la publication audit Bulletin officiel ou du jour de la publication de l'insertion¹⁰⁰⁷. De même, le délai d'appel du débiteur à l'encontre de la décision arrêtant ou rejetant le plan de cession de l'entreprise court à compter de son prononcé¹⁰⁰⁸. Pareillement, en droit africain, le délai d'appel à l'encontre des décisions relatives au règlement préventif court à compter de leur prononcé¹⁰⁰⁹. Quant au délai d'appel à l'encontre des décisions rendues en matière de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, il court également à compter de leur prononcé¹⁰¹⁰.

556. La communauté des manifestations du régime restrictif des voies de recours en droit africain et en droit français va cependant au-delà de ce problème relatif aux délais des recours. Elle touche à des questions de fond inhérentes tantôt à l'interdiction des recours par le législateur des procédures collectives (A), tantôt à une absence de réglementation de certains recours (B).

A. L'INTERDICTION DES RECOURS

557. L'observation révèle qu'en droit africain et en droit français, le législateur des procédures collectives a, dans une large mesure, procédé à la fermeture de recours à l'encontre de certaines décisions. Cette interdiction est parfois totale (1), parfois partielle (2).

1. L'interdiction totale

558. Le législateur communautaire africain des procédures collectives interdit l'exercice de recours dans des hypothèses particulières qui concernent aussi bien des décisions à visée préventive que des décisions à visée curative.

¹⁰⁰⁷ Code de commerce, article R.661-2, anc. article 329 du décret du 28 décembre 2005.

¹⁰⁰⁸ Ibid., article R.661-3, anc. article 72 du D. du 23 décembre 2006.

¹⁰⁰⁹ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 23.

¹⁰¹⁰ Ibid., article 221.

559. Ainsi, en matière de règlement préventif, la décision de suspension des poursuites rendue par le président de la juridiction compétente dès le dépôt du concordat préventif n'est susceptible d'aucune voie de recours¹⁰¹¹. A propos de cette interdiction, il est expliqué que, quoique très importante, la décision en cause est provisoire parce que suivie dans les deux mois ou dans les trois mois en cas de prorogation, de la décision d'homologation ou de refus d'homologation du concordat et qu'en conséquence, il n'a pas paru opportun de prévoir l'exercice d'une voie de recours à son encontre¹⁰¹². Cette explication, bien que plausible, n'enlève rien au principe même de l'interdiction.

560. Il y a matière à s'interroger sur cette interdiction d'exercer une voie de recours contre la décision de suspension des poursuites. Qu'advierait-il en effet en cas de violation de la loi tel par exemple le fait de faire bénéficier la caution de la suspension des poursuites en violation de l'article 18 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif ?¹⁰¹³ L'on peut d'autant plus s'interroger sur cette interdiction que le « Guide législatif de la CNUDCI »¹⁰¹⁴ recommande que, dans le cadre des procédures d'appel, la loi permette aux parties intéressées d'être entendues lorsqu'il est porté atteinte à leurs droits.

561. En matière de redressement judiciaire et de liquidation des biens, ne sont susceptibles ni d'opposition, ni d'appel¹⁰¹⁵ :

- les décisions relatives à la nomination ou au remplacement du juge-commissaire, à la nomination ou à la révocation des syndics, à la nomination ou à la révocation des contrôleurs ;
- les décisions par lesquelles la juridiction compétente statue sur le recours formé contre les décisions rendues par le juge-commissaire dans les limites de ses attributions, à l'exception de celles statuant sur les revendications, la cession des biens du débiteur et la répartition des deniers entre les créances ;

¹⁰¹¹ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 22.

¹⁰¹² En ce sens, F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, n°85, p.74.

¹⁰¹³ V. M. I. KONATE et S. VILDER, in « *Revue et évaluation du Droit uniforme OHADA* », étude portant sur l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, octobre 2008, p. 25.

¹⁰¹⁴ Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité de la Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international (CNUDCI), p. 227.

¹⁰¹⁵ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 216.

- la décision rendue par la juridiction compétente statuant sur opposition à l'encontre de la décision du juge-commissaire autorisant ou refusant les licenciements¹⁰¹⁶ ;
- les décisions autorisant la continuation de l'exploitation, sauf lorsqu'il s'agit d'une décision de prorogation de l'exploitation ou de l'activité après expiration de son terme fixé à un an¹⁰¹⁷.

562. Pour certains, ces cas d'exclusion de l'opposition et de l'appel sont logiques dans la mesure où les questions tranchées relèvent de l'appréciation souveraine du Tribunal ou du juge-commissaire de telle sorte que, permettre de les discuter, freinerait inutilement l'avancement de la procédure¹⁰¹⁸. La vérité est que ces dispositions restrictives s'expliquent par le fait que les questions tranchées relèvent beaucoup plus de l'administration de la justice que de la fonction contentieuse du Tribunal¹⁰¹⁹.

563. Il importe cependant de relever que l'interdiction de recours à l'encontre des décisions concernées, telle que libellée par le législateur communautaire africain, peut prêter à équivoque. En effet, l'article 216 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, en se bornant à viser comme recours interdits l'opposition et l'appel, pourrait laisser croire que les autres recours à savoir, la tierce opposition, et le pourvoi en cassation sont ouverts. Or, tel n'est certainement pas le cas eu égard aux justifications données pour soutenir le bien fondé des restrictions légales¹⁰²⁰. Pour éviter toute équivoque, il eût été certainement plus judicieux de s'inspirer de la formule française issue de la loi du 25 janvier 1985 laquelle précisait que « *ne sont susceptibles ni d'opposition, ni de tierce opposition, ni d'appel, ni de recours en cassation,* » les jugements relatifs à la nomination ou au remplacement du juge-commissaire ainsi que les jugements par lesquels le Tribunal statuait sur le recours formé contre les ordonnances rendues par le juge-commissaire dans les limites de ses attributions, à l'exception de ceux statuant sur les

¹⁰¹⁶ Cette décision du juge-commissaire est prévue à l'article 111 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

¹⁰¹⁷ Cette décision de prorogation est prévue à l'article 113, alinéa 4 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

¹⁰¹⁸ F. M. SAWADOGO, op. cit., n°130, p.122.

¹⁰¹⁹ Y. GUYON, op. cit., n°1178, p.201.

¹⁰²⁰ Supra, n°552.

revendications¹⁰²¹ ou, de celle issue de la loi du 26 juillet 2005 qui énonce que « *les jugements relatifs à la nomination ou au remplacement du juge-commissaire ne sont pas susceptibles de recours.* »¹⁰²² Ces deux formules ont le mérite d'être plus précises quant au champ d'application de l'interdiction.

564. Du reste, la dernière disposition textuelle française visée, contrairement au droit africain, est le seul cas d'interdiction de recours à l'encontre des décisions du juge-commissaire. Le nouvel article L. 661-4 du Code de commerce libéralise en effet de manière remarquable les recours contre les décisions du juge-commissaire. Désormais, tous les jugements rendus sur décisions de ce dernier sont susceptibles de recours à l'exception des jugements relatifs à sa nomination ou à son remplacement. Plus précisément, la loi du 26 juillet 2005 a écarté le principe posé par la législation antérieure, selon lequel les jugements statuant sur recours à l'encontre des ordonnances du juge-commissaire dans les limites de ses attributions n'étaient susceptibles ni d'opposition, ni de tierce opposition, ni d'appel, ni de recours en cassation. L'exception est donc devenue le principe.

565. Cette innovation sans doute due à la « *poussée du droit à un procès équitable* »¹⁰²³ conduit à ouvrir très largement les recours à l'encontre de certains jugements, en particulier les jugements statuant sur les recours contre les ordonnances du juge-commissaire. Elle évite par ailleurs de multiples contentieux quant à la question de savoir si le juge-commissaire a ou non statué dans le cadre de ses attributions, puisque cette question détermine l'ouverture de certaines voies de recours¹⁰²⁴. En outre, l'importance des prérogatives du juge-commissaire¹⁰²⁵, et donc l'importance de ses ordonnances, rend légitime une large ouverture des voies de recours à l'encontre des jugements rendus à l'encontre de ses ordonnances par la juridiction dont il fait partie¹⁰²⁶. Même si le juge-commissaire ne peut siéger dans la

¹⁰²¹ Loi du 25 janvier 1985, article 173, ancien article L. 623-4 du Code de commerce.

¹⁰²² Loi du 26 juillet 2005, article 149, nouvel article L. 661-4 du Code de commerce.

¹⁰²³ A. LIENHARD, note sous nouvel article L. 661-4 du Code de commerce, Code des procédures collectives, Dalloz, édition 2006, p.244.

¹⁰²⁴ Ph. ROUSSEL GALLE, Réforme du droit des entreprises en difficulté, op.cit., n° 878, p. 453.

¹⁰²⁵ Rapp. Sénat n° 335, t. 1, p. 504, J. J. HYEEST. Sur ces prérogatives, v. infra, n°

¹⁰²⁶ Ph. ROUSSEL GALLE, op. cit., n° 878, p. 453.

formation connaissant du recours à l'encontre de son ordonnance, il reste que sa proximité avec le Tribunal pouvait faire douter de l'impartialité de ce dernier¹⁰²⁷.

566. A la lumière des développements qui précèdent, il ne paraît pas exagéré de soutenir qu'en droit des entreprises en difficulté, la tendance contemporaine est à une simple fermeture partielle des recours contre des décisions rendues en la matière.

2. *L'interdiction partielle*

567. L'interdiction des recours à l'encontre des décisions rendues en matière de procédures collectives revêt le plus souvent un caractère partiel en droit africain et en droit français. Cette interdiction est, en général, relative tantôt à la nature du recours à exercer, tantôt à la fois à la nature dudit recours et à la personne habilitée à l'exercer. De manière indicative, des exemples peuvent être donnés.

568. En droit africain, en matière de règlement préventif, les décisions du Président de la juridiction compétente autorisant exceptionnellement le débiteur à accomplir certains actes qui lui sont interdits sous peine d'inopposabilité du droit¹⁰²⁸ ne peuvent faire l'objet que d'une opposition¹⁰²⁹. De même, les décisions statuant sur l'opposition ne sont susceptibles d'aucune voie de recours autre que le pourvoi en cassation¹⁰³⁰. S'agissant du redressement judiciaire, la décision d'homologation du concordat de redressement ne peut faire l'objet que d'un appel du représentant du Ministère public¹⁰³¹ tandis que la décision de rejet du concordat de redressement ne peut faire l'objet que d'un appel du représentant du ministère public ou du débiteur¹⁰³².

569. En droit français, il existe plusieurs hypothèses d'interdiction partielle d'exercice de recours. Ainsi, ne sont susceptibles que d'un appel et d'un pourvoi en cassation de la part du ministère public, les jugements statuant sur les recours formés

¹⁰²⁷ P.H. ROUSSEL, op. cit., n° 878, p. 453.

¹⁰²⁸ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 11.

¹⁰²⁹ Ibid., article 24, alinéa 1.

¹⁰³⁰ Ibid., article 24, alinéa 4.

¹⁰³¹ Ibid., article 129, alinéa 1. Cependant l'avant projet d'amendement de l'AUPC étend la possibilité d'exercer cette voie de recours au débiteur, au syndic, au représentant mandaté par la majorité du personnel, au créancier contrôleur.

¹⁰³² Ibid., article 129, alinéa 2. Cependant l'avant projet d'amendement de l'AUPC prévoit que cette décision puisse faire l'objet d'une tierce opposition (cf. article 129, alinéa 3 dudit projet).

contre les ordonnances du juge-commissaire rendues en application des articles L. 642-18 et L. 642-19 du Code de commerce, c'est-à-dire relatives à la vente des biens isolés dans le cadre de la liquidation judiciaire¹⁰³³. Ne sont susceptibles que d'un appel de la part du Ministère public, même s'il n'a pas agi comme partie principale, les jugements relatifs à la nomination ou au remplacement de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du liquidateur, des contrôleurs, du ou des experts ainsi que ceux statuant sur la durée de la période d'observation, la poursuite ou la cessation d'activité, l'autorisation de la location-gérance¹⁰³⁴. Ne sont également susceptibles que d'un appel de la part soit du débiteur, soit du ministère public, même s'il n'a pas agi comme partie principale, soit du cessionnaire, ou du cocontractant visé à l'article L.642-7 du Code de commerce¹⁰³⁵, les jugements qui arrêtent ou rejettent le plan de cession de l'entreprise¹⁰³⁶. Il convient d'ailleurs de relever, s'agissant du cessionnaire, que celui-ci ne peut interjeter appel du jugement arrêtant le plan de cession que si ce dernier lui impose des charges autres que les engagements qu'il a souscrits au Cours de la préparation du plan¹⁰³⁷. Quant au cocontractant visé ci-dessus, il ne peut interjeter appel que la partie du jugement qui emporte cession du contrat¹⁰³⁸. Enfin, ne sont susceptibles que d'un appel de la part soit du Ministère public même s'il n'a pas agi comme partie principale, soit du cessionnaire dans la mesure où ces jugements lui imposent des charges autres que les engagements souscrits lors de la préparation du plan, les jugements modifiant le plan de cession¹⁰³⁹.

570. Les arrêts relatifs à la nomination ou au remplacement de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du liquidateur, des contrôleurs, du ou des experts ainsi que ceux statuant sur la durée de la période d'observation, sur la poursuite ou la cessation de l'activité ou sur l'autorisation de location-gérance ne peuvent faire l'objet ni de tierce opposition, ni de recours en cassation¹⁰⁴⁰. Quant aux arrêts arrêtant, rejetant ou

¹⁰³³ Loi du 26 juillet 2005, article 150, nouvel article L. 661-5 du Code de commerce.

¹⁰³⁴ Ibid., article 151, nouvel article L.661-6 du Code de commerce.

¹⁰³⁵ Il s'agit en l'occurrence, du cocontractant des contrats de crédit bail, de location ou de fourniture de biens, ou services nécessaires au maintien de l'activité du débiteur lesquels sont cédés au travers du jugement qui arrête le plan.

¹⁰³⁶ Loi du 26 juillet 2005, article 151, nouvel article L. 661-6 du Code de commerce.

¹⁰³⁷ Ibid.

¹⁰³⁸ Ibid.

¹⁰³⁹ Ibid., article L. 661-6, III du Code de commerce.

¹⁰⁴⁰ Code de commerce, article L. 661-7, alinéa 1.

modifiant le plan de cession de l'entreprise, ils ne peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation que de la part du Ministère public¹⁰⁴¹.

571. A côté de la fermeture totale ou partielle des voies de recours à l'encontre des décisions rendues en droit des entreprises en difficulté, il existe une autre situation préoccupante susceptible de restreindre encore d'avantage le droit de critique à l'égard de ces décisions. C'est la situation relative aux recours non réglementés.

B. L'ABSENCE DE RÉGLEMENTATION DES RECOURS

572. En droit africain et en droit français, de nombreuses décisions rendues en droit des entreprises en difficulté ne donnent pas lieu à des recours réglementés. Ces recours ont tout simplement été oubliés par les législateurs africain et français. Il conviendra d'inventorier d'abord les principales décisions concernées par cette absence de réglementation (1) avant que ne soient ensuite dégagées les solutions envisageables (2).

1. Les principales décisions concernées

573. Les articles 216 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif et L. 661-1 et suivants du Code de commerce organisent, en droit africain et en droit français, les voies de recours à l'encontre des décisions rendues en matière de procédures collectives. Cependant, cette organisation est incomplète du moment où plusieurs décisions susceptibles d'intervenir en la matière ne sont pas visées par ces textes.

574. L'indication des décisions concernées dans le cadre de la présente étude n'est certainement pas limitative. En droit français, la loi réserve au seul représentant du Ministère public le droit d'interjeter appel contre les jugements relatifs à la nomination ou au remplacement de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du liquidateur, des contrôleurs ou des experts¹⁰⁴². Le même texte ne mentionne nullement

¹⁰⁴¹ Ibid., article L. 661-8, alinéa 2.

¹⁰⁴² Code de commerce, article L. 661-6.

le jugement relatif à la nomination ou au remplacement du commissaire à l'exécution du plan.

575. La même lacune existe pour les décisions prononçant la nullité ou l'inopposabilité d'actes accomplis en période suspecte. La loi française prévoit que sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, une série d'actes¹⁰⁴³. Il s'agit là des nullités de droit. La même loi énonce également qu'un certain nombre d'actes accomplis après la cessation des paiements peuvent être annulés par le juge¹⁰⁴⁴. Il s'agit là des nullités facultatives. La loi se borne à relever que l'action en nullité est exercée par l'administrateur, le mandataire judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan, le liquidateur ou le ministère public¹⁰⁴⁵ sans préciser si la décision rendue par la juridiction compétente est susceptible ou non de recours. Le vide législatif concerne aussi bien les nullités de droit que les nullités facultatives.

576. Cette lacune du législateur français a son pendant en droit africain. La loi communautaire rend en effet inopposables de droit s'ils sont accomplis pendant la période suspecte des actes déterminés¹⁰⁴⁶. Il résulte de la même loi qu'un certain nombre d'actes accomplis pendant la période suspecte peuvent être déclarés inopposables à la masse des créanciers, s'ils lui ont causé un préjudice¹⁰⁴⁷. Comme en droit français, si la loi précise que seul le syndic peut agir en déclaration d'inopposabilité des actes accomplis pendant la période suspecte devant la juridiction compétente¹⁰⁴⁸, il n'est nullement précisé si un recours est ouvert à l'encontre de la décision rendue par cette juridiction aussi bien pour les inopposabilités de droit que pour les inopposabilités facultatives.

577. De même, aucune voie de recours n'est organisée à l'encontre des décisions modifiant la date de cessation des paiements tant en droit africain¹⁰⁴⁹ qu'en droit

¹⁰⁴³ Loi du 26 juillet 2005, article 93, nouvel article L. 632-1 du Code de commerce.

¹⁰⁴⁴ Ibid., article 95, nouvel article L. 632-2 du Code de commerce.

¹⁰⁴⁵ Ibid., article 93, nouvel article L. 632-4 du Code de commerce

¹⁰⁴⁶ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 68.

¹⁰⁴⁷ Ibid., article 69.

¹⁰⁴⁸ Ibid., article 70, alinéa 1.

¹⁰⁴⁹ Ibid., article 34, alinéa 3.

français¹⁰⁵⁰. Le même traitement est réservé aux décisions condamnant les dirigeants à combler le passif d'un débiteur, personne morale en droit africain¹⁰⁵¹ et en droit français¹⁰⁵². Il en va de même pour les décisions clôturant les différentes procédures collectives. En droit français, aucun recours n'est en effet organisé ni à l'encontre de la décision de clôture de la procédure de sauvegarde¹⁰⁵³, ni à l'encontre de la décision de clôture de la procédure de redressement judiciaire¹⁰⁵⁴, ni enfin à l'encontre de la décision de clôture des opérations de liquidation judiciaire¹⁰⁵⁵. En droit africain, le législateur n'a pas organisé les voies de recours relatives à la décision de clôture de la liquidation des biens¹⁰⁵⁶, à la décision de clôture pour insuffisance d'actif¹⁰⁵⁷, ainsi qu'à la décision de clôture pour extinction du passif¹⁰⁵⁸.

578. En droit africain et en droit français également, l'on constatera qu'en matière d'extension des procédures collectives aux dirigeants¹⁰⁵⁹ si le principe selon lequel le Tribunal ayant ouvert la procédure reste compétent, rien n'est précisé quant aux voies de recours ouvertes à l'encontre des décisions consécutives à une action en extension. L'on constatera également que les voies de recours ont été oubliées à l'égard des décisions prononçant la résolution des plans en droit français¹⁰⁶⁰ ainsi que celles prononçant la résolution ou l'annulation du concordat préventif ou de redressement en droit africain¹⁰⁶¹.

579. Une fois les principales décisions faisant l'objet de lacunes recensées, l'on peut légitimement s'interroger que les solutions envisageables à la résolution de ce problème.

¹⁰⁵⁰ Loi du 26 juillet 2005, article 89, nouvel article L. 631-8 du Code de commerce.

¹⁰⁵¹ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 183.

¹⁰⁵² Loi du 26 juillet 2005, article 128, nouvel article L. 651-2 du Code de commerce.

¹⁰⁵³ Ibid., article 28, nouvel article L. 622-12 du Code de commerce.

¹⁰⁵⁴ Ibid., article 92, nouvel article L. 631-16 du Code de commerce.

¹⁰⁵⁵ Ibid., article 121, nouvel article L. 643-9 du Code de commerce.

¹⁰⁵⁶ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 170.

¹⁰⁵⁷ Ibid., article 173.

¹⁰⁵⁸ Ibid., article 178.

¹⁰⁵⁹ Supra, n°435.

¹⁰⁶⁰ Loi du 26 juillet 2005, articles 81 (nouvel article L. 626-27 du Code de commerce) et 111 (nouvel article L. 642-11 du Code de commerce).

¹⁰⁶¹ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, articles 139 et 140.

2. *Les solutions palliatives*

580. La question qu'il convient de se poser est celle de savoir si, pour les décisions faisant l'objet d'une lacune, le juge saisi d'une voie de recours par la partie qui s'estime lésée doit, pour statuer sur la recevabilité de celle-ci, recourir au droit commun ou, par un raisonnement analogique, recourir plutôt aux dispositions exorbitantes du droit des procédures collectives. Une analyse des solutions préconisées aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence s'impose (a) avant que ne soit mise en exergue la fragilité de ces solutions (b).

a) *L'analyse des solutions proposées*

581. Le choix du recours au droit commun ou au droit particulier s'agissant des décisions objets de lacunes pose le problème de la conciliation des impératifs des procédures collectives avec ceux du droit judiciaire privé dans l'élaboration des règles relatives aux voies de recours.

582. Pour M. SOINNE, alors que les décisions sur lesquelles l'état de redressement ou de liquidation n'exerce que peu d'influence doivent être soumises au droit commun, « *la règle particulière la plus proche* » doit être appliquée pour les décisions participant à l'organisation même de la procédure collective¹⁰⁶². Convenons avec M. CAGNOLI que pour séduisant qu'il soit, ce critère pose un problème délicat de détermination des décisions participant à l'organisation de la procédure collective¹⁰⁶³.

583. Pour M. CAGNOLI, le choix entre l'application du droit commun et le système restrictif des voies de recours s'agissant des décisions faisant l'objet de lacunes doit tenir compte d'un certain nombre de paramètres tels notamment la nécessité de respecter les droits de la défense, l'utilité ou l'inutilité d'une restriction des voies de recours pour les besoins propres de la procédure collective, l'intensité du

¹⁰⁶² B. SOINNE, op. cit., n°625 et 626, pp. 430 et 431.

¹⁰⁶³ P. CAGNOLI, op. cit., n°451, p.372.

lien entre certaines décisions faisant l'objet d'une lacune et les décisions dont les recours sont limités par le législateur¹⁰⁶⁴.

584. A la vérité, les deux approches ne sont nullement inconciliables. En vertu de l'adage *specialia generalibus derogant*¹⁰⁶⁵, l'on est fondé à penser que dans les hypothèses où il existe en droit français et en droit africain un vide législatif concernant les recours contre certaines décisions en droit des procédures collectives¹⁰⁶⁶, le droit commun se doit de retrouver sa place. Les restrictions légales aménagées par les législateurs français et africain dans ce domaine l'ayant été en vue d'atteindre des objectifs déterminés, la logique commanderait de comprendre que les décisions faisant l'objet de lacunes n'ont pas été jugées utiles pour la réalisation de ces objectifs.

585. Pourtant, à l'observation, les choses ne sont pas aussi évidentes qu'elles le paraissent. Il apparaît plutôt que l'application du droit commun peut, suivant la décision dont le recours n'est pas réglementé, s'avérer tantôt bénéfique au redressement de l'entreprise, tantôt nuisible à ce redressement.

586. En dépit de la proximité d'une décision dont le recours n'est pas réglementé avec une décision dont le recours est réglementé, il peut être indiqué d'appliquer plutôt le droit commun à la décision objet d'une lacune au lieu d'appliquer la règle particulière la plus proche. La décision relative à l'extension des procédures collectives aux dirigeants des personnes morales en droit africain pourrait bien illustrer cette situation.

587. Il résulte en effet des dispositions du droit communautaire africain qu'en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens d'une personne morale, peut être déclaré personnellement en redressement judiciaire ou en liquidation des biens, tout dirigeant qui a, sans être en cessation des paiements lui-même exercé une activité commerciale personnelle, soit par personne interposée, soit sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, disposé du crédit ou des biens de la

¹⁰⁶⁴ P. CAGNOLI, op. cit., n°451, p.373.

¹⁰⁶⁵ Cet adage latin signifie que les lois spéciales dérogent aux lois de portée générale.

¹⁰⁶⁶ Supra, n°573.

personne morale comme des siens propres, poursuivi abusivement dans son intérêt personnel une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale. La juridiction compétente peut également prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens des dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif d'une personne morale et qui n'acquittent pas cette dette¹⁰⁶⁷.

588. Dans ces deux hypothèses, le législateur n'a pas prévu des voies de recours à l'encontre des décisions qui étendent le redressement judiciaire ou la liquidation des biens au dirigeant de la personne morale en raison de ses agissements fautifs. Le fait que les sanctions prononcées à l'égard du dirigeant fautif soient un redressement judiciaire ou une liquidation des biens suggère l'application de la règle particulière la plus proche, en l'occurrence l'application du système des voies de recours prévu pour les décisions ouvrant un redressement judiciaire ou une liquidation des biens à l'égard de la personne morale. Or, le recours à un tel système comporte un inconvénient à priver le dirigeant, pourtant « *partie nécessaire* », de la possibilité d'exercer des voies de recours puisque, par définition, il n'a pas qualité pour le faire en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens de la personne morale. Aussi est-il préconisé l'application des règles de droit commun. Cette application est d'autant préconisée que, comme le relève M. CAGNOLI, le dirigeant n'exerçant pas le plus souvent personnellement une activité économique, point n'est besoin d'étendre en l'espèce des techniques instituées dans le but de sauvegarder une telle activité¹⁰⁶⁸.

589. Le même raisonnement peut être tenu à propos des décisions statuant sur la résolution des plans de sauvegarde, de redressement et de cession en droit français ainsi qu'à propos des décisions statuant sur la résolution du concordat préventif ou de redressement en droit africain. En droit français, la résolution des plans de sauvegarde et de redressement est admise lorsque le débiteur n'exécute pas ses engagements dans les délais fixés par le plan¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁷ Ibid., article 189, alinéa 2.

¹⁰⁶⁸ P. CAGNOLI, op. cit., n°459, p.378.

¹⁰⁶⁹ Loi du 26 juillet 2005, article 81, nouvel article L.626-27 I du Code de commerce.

590. Le Tribunal est saisi à cette fin par le créancier, le commissaire à l'exécution du plan ou le Ministère public par voie de saisine d'office. Il en va de même pour le plan de cession qui, à la demande du Ministère public, du liquidateur, d'un créancier, de tout intéressé ou d'office peut être résolu par le Tribunal si le cessionnaire n'exécute pas ses engagements¹⁰⁷⁰.

591. En droit africain, le concordat préventif ou de redressement peut être prononcé par la juridiction compétente en cas d'inexécution par le débiteur de ses engagements concordataires ou des remises et délais consentis¹⁰⁷¹. L'action peut être introduite par un créancier ou des contrôleurs du concordat. Le Tribunal peut également se saisir d'office¹⁰⁷².

592. Dans toutes les différentes hypothèses visées, les législateurs français et africain n'ont pas prévu de recours à l'encontre des décisions rendues à la suite des actions en résolution. En droit français, la décision qui se rapproche le plus du jugement prononçant la résolution du plan est vraisemblablement celle arrêtant ou rejetant le plan. En droit africain, la décision qui se rapproche le plus du jugement prononçant la résolution du concordat est celle homologuant ou rejetant le concordat. En vertu de la règle particulière la plus proche, la tentation serait grande, pour le juge, d'appliquer les règles applicables aux décisions dont les recours sont réglementés. Si tel était le cas, le créancier, demandeur à l'action en résolution mais qui ne figure pas, en droit français dans la liste des personnes admises à exercer des recours contre la décision arrêtant ou rejetant les plans de sauvegarde et de redressement¹⁰⁷³ ainsi que le plan de cession¹⁰⁷⁴, serait privé du droit d'interjeter appel en cas de rejet de sa demande en résolution. De la même manière, en droit africain, le créancier, demandeur à l'action en résolution du concordat de redressement mais non autorisé à interjeter appel contre la décision homologuant ou

¹⁰⁷⁰ Ibid., article 111, nouvel article L. 642-11 du Code de commerce.

¹⁰⁷¹ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 139, alinéa 1.

¹⁰⁷² Ibid., article 139, alinéa 2.

¹⁰⁷³ Il résulte des dispositions du nouvel article L. 661-1 I du Code de commerce que les décisions arrêtant ou rejetant les plans de sauvegarde et de redressement ne peuvent faire l'objet d'appel ou de pourvoi en cassation que de la part du débiteur, de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ainsi que du ministère public.

¹⁰⁷⁴ Le nouvel article L. 661-6 II du Code de commerce énonce que les jugements arrêtant ou rejetant le plan de cession ne sont susceptibles que d'un appel soit du débiteur, soit du Ministère public, soit du cessionnaire ou du cocontractant.

rejetant ledit concordat¹⁰⁷⁵, serait privé du droit d'interjeter appel au cas où il venait à être débouté de sa demande.

593. S'agissant de cette dernière hypothèse, la jurisprudence française a pris position en faveur de l'application des voies de recours de droit commun en déclarant recevable l'appel du cessionnaire à l'encontre d'une décision statuant sur une demande de résolution d'un plan de cession et en relevant qu'aucune disposition n'interdisait l'exercice d'un tel appel¹⁰⁷⁶. Les juges africains pourraient bien s'inspirer de cette jurisprudence en déclarant recevable l'appel du créancier à l'encontre d'une décision statuant sur une demande en résolution d'un concordat de redressement.

594. Il est en effet soutenu que les raisons justifiant les restrictions légales des voies de recours ne se retrouvent plus dans l'hypothèse française du jugement statuant sur la demande de résolution du plan dès lors que, ces restrictions, destinées à encourager les tiers à présenter des offres de reprise sans crainte d'une remise en cause systématique du jugement de cession, n'existent plus une fois qu'un candidat a été retenu¹⁰⁷⁷. Dans une telle hypothèse, l'atteinte aux droits de la défense s'avère inutile.

595. La méthode proposée consiste, en fin de compte, à inviter le juge saisi d'une décision dont le recours n'est pas réglementé, à se demander au préalable si la survie de l'entreprise justifie le sacrifice de certains « *intérêts catégoriels* » dont notamment ceux des créanciers. Dans l'affirmative, le juge devrait recourir aux règles particulières du droit des procédures collectives. Dans la négative, il devrait appliquer les règles de droit commun, le sacrifice des droits de la défense n'étant pas alors utile à la réalisation des objectifs fixés par le législateur.

596. Par ailleurs, il peut s'avérer, dans certaines hypothèses, que le droit commun soit plus adapté à la réalisation des objectifs du législateur, que les règles

¹⁰⁷⁵ Il résulte des dispositions de l'article 129 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif que la décision d'homologation du concordat de redressement ne peut faire l'objet que d'un appel du Ministère public tandis que la décision de rejet du concordat ne peut faire l'objet que d'un appel du Ministère public ou du débiteur.

¹⁰⁷⁶ Com., 6 mai 1997, Bull. Civ. IV, n°124; D. 1998, somm. comm., p.6, obs. F. DERRIDA.

¹⁰⁷⁷ P. CAGNOLI, op. cit., n°460, p.379.

particulières du droit des procédures collectives même en présence d'une proximité réelle entre la décision objet d'une lacune et celle dont les recours sont réglementés. Il en est notamment ainsi des hypothèses où, le législateur a prévu une réglementation spécifique des recours ouverts contre certaines décisions,, en omettant de se prononcer sur les recours relatifs aux décisions adoptant des solutions inverses.

597. Sont notamment concernées par ces hypothèses en droit français, les décisions modifiant le plan de sauvegarde ou le plan de redressement susceptibles d'appel ou de pourvoi en cassation seulement de la part du débiteur, du commissaire à l'exécution du plan, du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ainsi que du Ministère public, même s'il n'a pas agi comme partie principale¹⁰⁷⁸. La question qui se pose alors est celle de savoir si les restrictions relatives aux personnes admises à exercer les recours énoncés ci-dessus s'appliquent ou non aux décisions refusant la modification des plans de sauvegarde et de redressement. La même question se pose également à propos des jugements modifiant le plan de cession qui ne sont susceptibles que d'un appel soit du ministère public même s'il n'a pas agi comme partie principale, soit du cessionnaire lorsque cette modification du plan lui impose des charges autres que les engagements suscrits au Cours de la préparation du plan¹⁰⁷⁹. En droit africain, les décisions autorisant la continuation de l'exploitation en cas de liquidation des biens ne sont susceptibles ni d'opposition, ni d'appel¹⁰⁸⁰. Faudrait-il étendre cette solution aux décisions rejetant la demande de continuation de l'exploitation ?

598. Dans les hypothèses évoquées aussi bien en droit français qu'en droit africain, il peut apparaître plutôt que l'application du droit commun soit plus apte à servir les intérêts que le législateur des procédures collectives a souhaité protéger. En effet, en vue de favoriser le redressement de l'entreprise, il peut paraître plus indiqué d'accepter la remise en cause des décisions refusant la modification des plans de sauvegarde, de redressement et de cession pour permettre leur viabilité¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁸ Loi du 26 juillet 2005, article 147, nouvel article L. 661-1, I, 3° du Code de commerce.

¹⁰⁷⁹ Ibid., article 151, nouvel article L. 661-6, III du Code de commerce.

¹⁰⁸⁰ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 216 (4°).

¹⁰⁸¹ En ce sens, P. CAGNOLI, op. cit., n°463, p.383.

599. Dans ce contexte, le cessionnaire notamment pourrait être recevable en son appel à l'encontre de la décision rejetant la demande de modification du plan sans qu'il lui soit opposé l'argument selon lequel le rejet de la demande n'est pas constitutif de charges autres que les engagements souscrits au Cours de la préparation du plan. Au plan du droit africain, l'application des règles restrictives en matière de voies de recours devrait, en toute logique, conduire le juge des procédures collectives à déclarer irrecevables l'opposition ou l'appel formé contre une décision refusant la continuation de l'exploitation en cas de liquidation des biens conformément aux dispositions de l'article 216 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif¹⁰⁸². Une telle solution paraît néfaste au sauvetage de l'entreprise dans la mesure où, la poursuite de l'exploitation en cas de liquidation des biens, peut s'avérer nécessaire pour le maintien en bon état d'une unité de production dont la cession est envisagée. Il peut, dans ces conditions, paraître plus indiqué d'accepter la remise en cause d'une décision refusant la continuation de l'exploitation.

600. Le vide législatif relatif aux recours en droit des entreprises en difficulté ne saurait cependant entraîner, de manière systématique, l'application des règles de droit commun. L'illustration de cette situation est particulière en droit français. Le nouvel L. 661-6, I, 3^e du Code de commerce énonce que les jugements relatifs à la nomination ou au remplacement de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du liquidateur, des contrôleurs, du ou des experts ne sont susceptibles que d'un appel du Ministère public. Ce texte ne mentionne pas le jugement procédant au remplacement ou à la nomination du commissaire à l'exécution du plan. Certains auteurs préconisent comme solution de substitution une extension des règles de l'article L. 661-6 du Code de commerce présentée comme une solution de bon sens¹⁰⁸³, conditions de remplacement des différents organes de la procédure étant par ailleurs identiques. Il convient de souscrire à cette approche.

601. Pour sa part, la jurisprudence française a eu l'occasion d'appliquer l'extension des restrictions légales en matière de voies de recours aux décisions dont les recours ne sont pas réglementés en raison d'une « *proximité fonctionnelle* » avec certaines

¹⁰⁸² Pour mémoire, l'article 216 de l'AUPC énonce les cas dans lesquels l'opposition et l'appel sont exclus.

¹⁰⁸³ B. SOINNE, op. cit., n°689 ; P. CAGNOLI, op. cit., n°471, p.386.

décisions dont les recours sont réglementés. Il se peut en effet que certaines décisions faisant l'objet d'une lacune soient d'une importance telle que la réalisation effective de la décision statuant sur le sort de l'entreprise en dépende. Ainsi, dans une espèce où le Tribunal de commerce de Romans a prononcé le même jour deux jugements dont le premier arrêta un plan de continuation d'une SARL en redressement judiciaire et le second a ordonnait la cession forcée des parts sociales des dirigeants, la Cour d'appel de Grenoble, aux termes d'un arrêt rendu le 12 janvier 1988¹⁰⁸⁴, saisie d'un appel interjeté par l'un des dirigeants évincés a dû se prononcer sur la recevabilité de cette voie de recours non prévue par le droit des procédures collectives. Elle a déclaré l'appel recevable au motif « *qu'à défaut d'une disposition formelle de la loi restreignant en semblable matière le droit d'appel des parties, force est de s'en tenir au droit commun* », non sans avoir au préalable reconnu que la procédure initiée contre les dirigeants sur le fondement de l'ancien article L. 621-59 du Code de commerce alors applicable, était l'accessoire de celle ayant abouti à l'adoption du plan de redressement.

602. Cette approche jurisprudentielle était manifestement problématique pour le sauvetage de l'entreprise dans la mesure où le jugement arrêtant le plan n'avait été rendu qu'à la condition du remplacement des dirigeants. La fermeture de l'appel à l'encontre des dirigeants était d'autant compréhensible que la même solution était prévue s'agissant de l'appel contre le jugement arrêtant un plan de cession¹⁰⁸⁵ de l'entreprise, que ce soit de la part du débiteur¹⁰⁸⁶ ou des associés, dirigeants ou non. Il eût été donc plus logique que le jugement de remplacement des dirigeants fût soumis au régime des voies de recours prévu pour le jugement qu'il servait.

603. La jurisprudence est revenue plus part à une approche plus rationnelle puisque, par un arrêt rendu le 27 avril 1993¹⁰⁸⁷, la chambre commerciale de la Cour de cassation a consacré l'extension des restrictions légales dans une espèce où la Cour d'appel de Montpellier avait déclaré irrecevable l'appel interjeté par un dirigeant dont la cession des parts avait été ordonnée par le premier juge qui avait arrêté un plan de

¹⁰⁸⁴ C.A. Grenoble, 12 janvier 1988, R J Com. 1988, n°1205, note GALLET.

¹⁰⁸⁵ Certes, la continuation de l'entreprise avec cession forcée des parts est juridiquement distincte de la cession de l'entreprise. Cependant, il n'en demeure pas moins vrai que l'on est ici en présence d'une reprise d'entreprise par les tiers qui, en l'occurrence, sont les nouveaux associés.

¹⁰⁸⁶ Le nouvel article L. 661-6, II du Code de commerce autorise le débiteur à relever appel du jugement arrêtant un plan de cession.

¹⁰⁸⁷ Com. 27 avril 1993, Bull. civ. IV, n°152 ; Rev. sociétés 1993, D. 648, note Y. CHAPUT.

continuation de l'entreprise. Entre autres motifs d'irrecevabilité, la Cour d'appel avait estimé fort opportunément que le dirigeant ne faisait pas partie de la liste des personnes admises par la loi du 25 janvier 1985 en vigueur au moment des faits, à exercer un recours contre le jugement arrêtant un plan de continuation.

604. Cette jurisprudence a malheureusement été remise en cause plus tard par un autre arrêt de la Cour de cassation ayant admis la possibilité par le dirigeant dont la cession des actions a été ordonnée, d'interjeter appel dans les conditions de droit commun.¹⁰⁸⁸

605. Ces tergiversations jurisprudentielles qui sont sans doute fonction de la sensibilité de chaque juge ne traduisent-elles pas, *in fine*, la fragilité des critères jusqu'ici proposés par la doctrine pour l'application soit du droit spécial des procédures collectives, soit du droit commun s'agissant des décisions pour lesquelles le législateur n'a pas prévu des recours ?

b) La fragilité des solutions proposées

606. L'analyse des solutions retenues en vue de pallier au problème des recours oubliés par le législateur des procédures collectives laisse apparaître, que l'on se situe dans le contexte africain ou dans le contexte français, leur fragilité. S'il est permis de penser que les décisions dont les recours n'ont pas été réglementés en droit français et en droit africain n'ont pas été jugées utiles pour l'atteinte de l'objectif de sauvetage de l'entreprise, force est de constater qu'il ne s'agissait là que d'une simple présomption et non d'une présomption irréfragable. En effet, il a été démontré par exemple qu'en droit français et en droit africain, la remise en cause des décisions de rejet de modification des plans de sauvetage, de redressement ou de cession ou de celles refusant la continuation de l'exploitation en cas de liquidation des biens, peut favoriser le sauvetage de l'entreprise. Pourtant, les législateurs français et africain n'ont pas cru devoir réglementer toutes ces décisions.

¹⁰⁸⁸ Com., 1^{er} juill. 1997, JCP éd. G.1998, I, 111, n°4, obs. P. PETEL; v. aussi, Com., 26 juin 2001, JCP éd. G.2002, I, 109, n°5, obs. P. PETEL.

607. Par ailleurs, comme le relèvent certains auteurs, la technique qui consiste à verrouiller une voie de recours ou, à restreindre son accès, contre un jugement adoptant une solution que l'on veut privilégier, et de l'ouvrir contre celui retenant la solution inverse est de nature à rompre l'égalité des plaideurs¹⁰⁸⁹. C'est, vraisemblablement en raison de la rupture d'égalité qu'aurait engendrée la solution inverse que, la Cour de cassation française, sous l'empire de la législation de 1967, avait, à propos de la décision du Tribunal autorisant la poursuite de l'exploitation du fonds non susceptible de recours¹⁰⁹⁰, étendu cette restriction légale aux jugements rejetant la demande de continuation d'exploitation¹⁰⁹¹.

608. La solution idoine à ce problème consisterait à légiférer autant que faire se peut, tant il est vrai que, l'office premier du juge est d'appliquer la loi et non de la créer. Il est d'autant plus possible aux législateurs français et africain de légiférer sur la question qu'en droit de l'arbitrage par exemple, ces mêmes législateurs, ont eu à régler les voies de recours ouvertes contre les décisions accordant ou refusant cet exequatur en droit français¹⁰⁹² et en droit africain¹⁰⁹³, ne laissant ainsi subsister aucun doute. Faute de légiférer pour chaque cas, les législateurs africain et français pourraient préciser, par une disposition générale, que les recours non réglementés par les règles particulières du droit des procédures restent régis par les règles de droit commun. Les choses seraient ainsi plus claires.

609. Par une telle disposition, l'on éviterait de donner au juge un pouvoir d'appréciation illimité s'agissant de la recevabilité des recours dirigés contre les décisions faisant l'objet d'une lacune. Tel semble être en tout cas la voie choisie par le législateur français de 2005 puisque, le décret d'application de la loi du 26 juillet 2005 prévoit qu'à moins qu'il n'en soit disposé autrement, les règles du nouveau Code de procédure civile sont applicables dans les matières régies par le livre IV du

¹⁰⁸⁹ G. BOLARD, « *Les voies de recours, Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises* », RTD com. 1987, n° spéc., t.2, P.55 et s., n°21.

¹⁰⁹⁰ Loi du 13 juillet 1967, article 103-4°.

¹⁰⁹¹ Com., 28 mai 1975, Bull. Civ. IV, n°144; Com., 24 novembre 1980, Bull. civ. IV, n°387; D. 1981, Somm. com., p.248, obs. A. HONORAT.

¹⁰⁹² Il résulte de la combinaison des articles 1488 du Code de procédure civile français que l'ordonnance qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours tandis que celle qui refuse l'exequatur peut être frappée d'appel jusqu'à l'expiration du délai d'un mois à compter de sa signification.

¹⁰⁹³ Aux termes des dispositions de l'article 32 de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage, la décision qui accorde l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours alors que celle qui refuse l'exequatur est susceptible de pourvoi en cassation devant la Cour commune de justice et d'arbitrage.

Code de commerce¹⁰⁹⁴. Il s'agit là d'une des manifestations du particularisme des choix opérés en droit français.

PARAGRAPHE 2 : LE PARTICULARISME FRANÇAIS : UN EFFORT ACCRU DE CONCILIATION DES DIVERS INTÉRÊTS

610. En droit africain, alors même que la dimension économique des procédures collectives ne transparait pas de manière très prononcée, dans l'organisation des voies de recours par le législateur, les intérêts particuliers ne sont pas pour autant privilégiés.

611. En effet, le redressement judiciaire et la liquidation des biens ayant comme objectif commun l'apurement du passif conformément aux dispositions de l'article 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, on se serait attendu, en matière des voies de recours, à une meilleure expression des intérêts des créanciers. Or, cette expression est réduite à la portion congrue alors qu'il est douteux que le syndic, organe ambivalent représentant tantôt les créanciers, tantôt le débiteur concilie les intérêts le plus souvent contradictoires des différents créanciers. Par ailleurs, le législateur africain a ignoré les intérêts des tiers et s'agissant de ceux des salariés, il n'en a tenu compte que s'agissant des recours à l'encontre de la décision autorisant les licenciements dans le cadre du redressement judiciaire¹⁰⁹⁵. Il est de même regrettable que le législateur africain n'ait pas su tirer profit de l'abondante jurisprudence française pour légiférer en matière de recours - nullités¹⁰⁹⁶ comme il a par exemple su le faire dans le droit de l'arbitrage¹⁰⁹⁷. Enfin, l'intérêt général est inefficacement protégé, l'appel du Ministère public à l'encontre de certaines décisions n'ayant pas un caractère suspensif.

¹⁰⁹⁴ Décret du 28 décembre 2005, article 336, devenu l'article R.662-1, alinéa 1 du Code de commerce.

¹⁰⁹⁵ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 111.

¹⁰⁹⁶ *Infra*, n°665 et s.

¹⁰⁹⁷ L'on sait notamment que l'article 4 de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage qui traite de l'autonomie de la convention d'arbitrage s'inspire de l'arrêt DALICO rendu le 20 décembre 1993 par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation. Il résulte de cette jurisprudence dont l'économie est reprise à l'article 4 susvisé que d'une part, « *la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence* » et, d'autre part, « *l'existence de la clause compromissoire et son efficacité s'apprécient... d'après la commune volonté des parties sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique* ».

612. En revanche, en matière de voies de recours, le droit français des entreprises en difficulté se démarque du droit africain par un effort accru de conciliation des divers intérêts en présence. Cet effort de conciliation procède des différents aménagements législatifs et réglementaires intervenus (A). Il procède également de l'œuvre jurisprudentielle (B).

A. LES AMÉNAGEMENTS LÉGISLATIFS ET RÉGLEMENTAIRES

613. Devant la fermeture des voies de recours par la loi française du 25 janvier 1985, l'on a pu observer un phénomène d'« exaspération », voire d'« ulcération »¹⁰⁹⁸. Comme le relevait M. DERRIDA, le contentieux n'a pas manqué d'être « *alimenté par l'exaspération des plaideurs et leurs conseils, qui ne comprennent pas toujours les restrictions auxquelles leurs droits naturels sont soumis par les textes dont l'imprécision n'a d'égale que la complexité des solutions retenues* »¹⁰⁹⁹.

614. Du reste, au lendemain de la réforme de 1985, M. LYON-CAEN n'a pas manqué d'inviter à « *rechercher si, au fond, les recours, dans les procédures de redressement judiciaire, ne devaient pas obéir à une logique autre que celle inscrite dans le modèle de la procédure civile et si le contentieux administratif, dans lequel les notions essentielles sont celles d'intérêt et de légalité, n'offre pas un modèle plus séduisant et adapté. Le juge commercial n'a-t-il pas, en réalité, la charge d'accomplir des actes d'administration économique en la forme juridictionnelle ?* »¹¹⁰⁰.

615. C'est pour tenir compte de toutes ces critiques qu'est intervenue la loi du 10 juin 1994. Cette loi, bien qu'ayant amélioré le sort des créanciers en matière d'exercice des voies de recours n'a pour autant pas comblé les attentes, beaucoup d'innovations ayant été refusées par le législateur français. La loi du 26 juillet 2005 a

¹⁰⁹⁸ v. notamment, F. DERRIDA, P. GODE, J.P. SORTAIS, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, 3^{ème} éd., Dalloz, 1991, n°s 293 s, p.1885 ; M. JEANTIN, Droit commercial, instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté, 3^{ème} éd., Dalloz, 1992, n°s 6155, p.3365 ; G. BOLARD, « Les voies de recours » in « Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises », R.T.D. Com., n° spéc., 1987, t.2, p.555.

¹⁰⁹⁹ F. DERRIDA, D. 1990, som.2.

¹¹⁰⁰ A. LYON – CAEN, « Impressions », in « Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises », RTD Com. 1987, n° spécial, t.2, p.183 et s., spéc. p.187.

poursuivi le mouvement de conciliation entre les différents intérêts antagonistes. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a confirmé cette tendance.

616. Tirant sans doute les leçons des expériences passées, le législateur français a ainsi procédé à un élargissement des voies de recours (1). Il a cependant mis en avant la prévalence de l'intérêt général (2).

1. L'élargissement des voies de recours

617. La prise en compte des intérêts particuliers par le législateur français dans l'élaboration du régime des voies de recours s'est traduite par un élargissement significatif de ces dernières. Cet élargissement concerne d'abord les voies de recours réservées aux parties (a). Il concerne ensuite les voies de recours réservées aux tiers (b).

a) Les voies de recours réservées aux parties

618. L'élargissement des voies de recours réservées aux parties dans la loi du 26 juillet 2005 se traduit en tout premier lieu par le droit désormais reconnu au débiteur de relever appel des décisions arrêtant ou rejetant le plan de cession alors qu'il en était privé jusqu'alors¹¹⁰¹. Bien que critiquée par certains¹¹⁰², cette évolution se justifie amplement en ce que, le plan de cession, qui entraîne le dessaisissement du débiteur, constitue une atteinte grave à son droit de propriété et est susceptible de laisser à sa charge un important passif résiduel. Cette évolution remet également en cause l'affirmation faite du temps où il se situait encore en phase de redressement, selon laquelle le débiteur est étranger au plan de cession¹¹⁰³.

619. Il y a ensuite lieu de relever qu'en matière de conciliation, alors que sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005, dans sa rédaction initiale, la décision homologuant l'accord intervenu entre les parties était insusceptible d'appel, l'article L.611-10, alinéa 2 du Code de commerce issu de l'ordonnance du 18 décembre 2008

¹¹⁰¹ Loi du 26 juillet 2005, article 151, nouvel article L. 661-6, II du Code de commerce.

¹¹⁰² T. MONTERAN, « Observations sur l'avant-projet de loi de sauvegarde des entreprises », Gaz. Pal. 10, 11 décembre 2003, p.2.

¹¹⁰³ G. BOLARD, « L'élaboration du plan et l'exercice des voies de recours », Rev. proc. coll. 2003, p.252, n°14.

autorise désormais l'appel contre ladite décision bien que de manière strictement encadrée. En effet, s'il est vrai que l'appel est ouvert non seulement au Ministère public¹¹⁰⁴, mais également aux parties, c'est-à-dire au débiteur et aux créanciers signataires de l'accord, en ce qui concerne ces derniers, la contestation ne peut porter que sur le privilège de la conciliation. Cette contestation en appel aura ainsi le mérite de vider le contentieux sur la question de l'attribution à l'intéressé du privilège de conciliation, de manière à ce qu'il ne soit plus discuté plus tard par les parties à l'accord¹¹⁰⁵. Quant au jugement rejetant l'homologation, l'article L.611-10 énonce simplement qu'il est susceptible d'appel sans autre précision. En toute logique, cet appel devrait être ouvert aussi bien au débiteur qu'aux créanciers signataires qui sont parties à l'accord, peu important le fait que le Tribunal ait été saisi de la demande d'homologation par le seul débiteur¹¹⁰⁶.

620. Enfin, l'élargissement des voies de recours réservées aux parties est beaucoup plus marquante avec la libéralisation des recours à l'encontre des décisions du juge-commissaire par le nouvel article L. 661-4 du Code de commerce¹¹⁰⁷. Avec cette libéralisation, sous réserve de certaines exceptions pour lesquelles demeure un régime spécial de voies de recours¹¹⁰⁸, les ordonnances du juge-commissaire peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal, d'un appel et d'un pourvoi en cassation. Cette libéralisation, au regard du nombre important des décisions concernées, n'a d'ailleurs pas manqué de susciter des inquiétudes quant au risque d'un ralentissement excessif des procédures¹¹⁰⁹. Tel n'est sans doute pas le cas pour les voies de recours réservées aux tiers.

¹¹⁰⁴ Lequel doit faire entendre sa voix sur la réunion des conditions prévues au II de l'article L.611-8 du Code de commerce pour l'homologation du concordat.

¹¹⁰⁵ En pratique, la discussion sur le privilège de conciliation ne devrait intervenir que si la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire est ouverte après résolution de l'accord et ce, dans le cadre de la vérification des créances du moment où, le créancier titulaire du privilège de conciliation est soumis à l'obligation de déclarer sa créance, celle-ci ayant la nature d'une créance antérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective.

¹¹⁰⁶ En ce sens, F. PEROCHON et R. BONHOMME, op. cit., n° 107-1, p.84 ; contra, T. MONTERAN, « *La réforme de la prévention des difficultés* », D.2009.643, qui estime quant à lui que l'appel requiert l'accord unanime des parties.

¹¹⁰⁷ Supra, n°564 et 565.

¹¹⁰⁸ Il en va ainsi des ordonnances statuant sur l'admission des créances (C. Com., article L. 624-3 et L. 624-4 ; Décret 28 décembre 2005, article 108 devenu le nouvel article R.624-7 du Code de commerce) ainsi que celles se prononçant sur les modalités de réalisation d'actifs en liquidation judiciaire (C. Com., article L. 661-5).

¹¹⁰⁹ P. CAGNOLI, article précité, p.212.

b) Les voies de recours réservées aux tiers

621. L'article 583, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile français définit le tiers comme toute « *personne qui y a intérêt à la condition qu'elle n'ait été ni partie, ni représentée à la décision qu'elle attaque* ».

Le droit français reconnaît aux tiers le droit de former tierce opposition dans plus d'une hypothèse.

622. D'abord en matière de conciliation, sans que cette voie de recours soit cantonnée à la question du privilège de conciliation comme en matière d'appel, l'article L.611-10 du Code de commerce ouvre la tierce opposition aux personnes qui ne sont pas parties à l'accord de conciliation. Mais, comme le remarque à juste titre M. SORTAIS, « *l'exercice de cette voie de recours ne va pas être sans conséquence sur la confidentialité...on voit mal en effet comment il serait possible de discuter utilement du bien ou mal fondé de l'homologation sans que les termes mêmes de l'accord, qui forment le fond du débat, puissent être analysés pied à pied* »¹¹¹⁰.

623. Ensuite, le tiers lésé par un jugement statuant sur l'ouverture ou sur l'extension de la procédure de peut former tierce opposition¹¹¹¹. Ce serait, à titre d'exemple, le cas du créancier lorsque la cessation des paiements n'est pas effective et qu'elle est constitutive de fraude. Cette voie de recours peut se révéler d'autant plus opportune qu'il est possible au Tribunal de prononcer une liquidation immédiate. Or, la liquidation immédiate, si elle s'avère nécessaire dans bien des cas, peut être porteuse de fraude parce qu'elle permet de céder des actifs sans être soumis aux contraintes des plans de cession. Alors que l'ancienne législation se bornait à énoncer que « *les décisions statuant sur l'ouverture de la procédure sont susceptibles de tierce opposition* »¹¹¹², la nouvelle législation française va plus loin puisque, après avoir maintenu le principe en l'étendant du reste à la procédure de sauvegarde, elle ouvre de nouvelles perspectives pour le tiers opposant en ajoutant que « *le jugement*

¹¹¹⁰ SORTAIS, « *Les mécanismes d'alerte et de conciliation* », Rev. Banque, édition 2007, n° 57, p. 65.

¹¹¹¹ Code de commerce, article R.661-2.

¹¹¹² Ancien article L.623-2 du Code de commerce.

statuant sur la tierce opposition est susceptible d'appel et de pourvoi en cassation de la part du tiers opposant »¹¹¹³.

624. Enfin, l'hypothèse d'ouverture de la tierce opposition la plus remarquable, est dirigée non seulement contre les décisions arrêtant les plans de sauvegarde ou de redressement, mais également contre les décisions modifiant ces plans avec possibilité d'appel et de pourvoi en cassation pour le tiers opposant¹¹¹⁴. S'agissant des créanciers désireux de contester un plan de sauvegarde leur faisant grief, il doit être admis que seul le créancier justifiant d'un droit propre et d'un préjudice personnel distinct d'une atteinte à l'intérêt collectif pourrait prétendre à la qualité de tiers, la représentation des créanciers étant, par définition, assurée par le mandataire judiciaire¹¹¹⁵. Le législateur a notamment pensé aux créanciers membres des comités qui se verraient imposer la loi de la majorité sans que le Tribunal réagisse¹¹¹⁶.

625. Il faut cependant relever que la question de la représentation ou de la non représentation au jugement comme critère de définition de la notion de « tiers » pour former tierce opposition n'est pas toujours aisée à trancher comme le témoigne certaines situations dont la particularité mérite d'être mise en exergue.

626. La première situation concerne les créanciers du débiteur. Il y a lieu de rappeler à ce propos qu'il est traditionnellement admis en droit français que les créanciers sont représentés par le débiteur selon une « *fiction de représentation* » qu'il n'est pas facile d'écarter¹¹¹⁷. De la sorte et, conformément aux dispositions de l'article 583 du Code de procédure civile, le créancier ne sera recevable à former tierce opposition que s'il invoque soit la fraude, soit les moyens qui lui sont propres¹¹¹⁸.

¹¹¹³ Loi du 26 juillet 2005, article 148-1, nouvel article L. 661-2 du Code de commerce.

¹¹¹⁴ Ibid., article 148, II, nouvel article L. 661-3 du Code de commerce.

¹¹¹⁵ Sur un tel raisonnement pour les plans de cession, v. Cass. Com., 9 juillet 1996, D. affaires 1996, p.1008 et M. BEHAR-TOUCHAIS, « *La fraude aux droits des créanciers dans les plans de cession* », D. affaires, 1997, p.365 ; v. également, Ph. PETEL, « *La réforme des plans de redressement* », colloque CRAJEFE du 27 mars 2004, Les Petites Affiches, 10 juin 2004, p.34, n°21.

¹¹¹⁶ V. J.-J. HYEST, rapport Sénat n°335, sous article 169.

¹¹¹⁷ Alors qu'en réalité, les créanciers ne sont pas représentés à l'instance d'ouverture par le mandataire judiciaire dès lors que celui-ci n'entre en fonction qu'une fois le jugement d'ouverture rendu.

¹¹¹⁸ FRICERO, Les Petites Affiches, 28 nov. 2008, p. 26, n° 18 et s.

627. Ainsi, à la suite de la sauvegarde des sociétés du groupe Eurotunnel, des créanciers étrangers entendaient contester, devant le juge français qui les avait ouvertes et en leur qualité de créanciers, l'ouverture de ces sauvegardes¹¹¹⁹. La question posée au juge en l'espèce était celle de savoir si la tierce opposition formée par les créanciers était recevable. La Cour d'Appel de Paris a répondu par la négative au motif que les créanciers ne pouvaient invoquer pour soutenir leur contestation, ni une fraude, ni des moyens propres¹¹²⁰. Cette décision sera cassée le 30 juin 2009 au visa du Règlement communautaire n° 1346/2000 du 29 mai 2000 et du droit d'accès au juge résultant de l'article 6.1 de la CEDH en ces termes : « *Les créanciers domiciliés dans un Etat membre autre que celui de la juridiction qui a ouvert une procédure principale d'insolvabilité ne peuvent être privés de la possibilité effective de contester la compétence assumée par cette juridiction* » de sorte que la Cour d'Appel « *a méconnu le droit d'accès au juge* »¹¹²¹. Comme l'a écrit un auteur, cette décision de la Cour de cassation française a le mérite de « *concilier une perception universelle du droit à l'accès au juge avec une conception française de la notion de tiers auquel est ouverte la tierce opposition* »¹¹²².

628. La seconde situation qui mérite d'être relevée concerne le cas des associés de la personne morale débitrice. Il faut rappeler qu'une jurisprudence séculaire refusait aux associés d'une société de former tierce opposition contre les décisions rendues à l'encontre de la société en dépit du préjudice que de telles décisions pouvaient leur causer au motif qu'ils étaient représentés à l'instance ayant abouti à leur prononcé par le dirigeant social. En application donc des dispositions de l'article 583 du Code de procédure civile, la tierce opposition formée était déclarée irrecevable¹¹²³. La gravité de l'ouverture d'une liquidation judiciaire pour l'associé qui répond des dettes sociales a conduit la Cour de cassation à modifier sa position en admettant la recevabilité de la tierce opposition pour l'associé d'une société civile professionnelle, en l'occurrence un Huissier de justice par arrêt rendu en date du 13 juin 2006¹¹²⁴. Pareillement, et à propos d'un associé d'une société civile immobilière, la Cour de

¹¹¹⁹ Etait particulièrement contestée ici la compétence du juge français.

¹¹²⁰ CA Paris, 3^e ch., B., 29 nov. 2007, D. 2008, note LEINHARD; JCP E 17 janv. 2008, 1087, p. 26, note SCHOLASTIQUE ; Actual. proc. coll. 2008/3, n° 50, note CAGNOLI ; Dr. et patr. 2008, n° 172, p. 104, note SAINT-ALARY-HOUIN.

¹¹²¹ Com., 30 juin 2009, RPC 2009-4, concl. BONHOMME.

¹¹²² R. BONHOMME, concl. sur Com., 30 juin 2009, RPC juill./août 2009. 16, p.11, n° 6.

¹¹²³ V. Com., 15 juill. 1975, Bull. civ. IV, n° 207; Civ. 3e, 29 mars 2000, Bull. civ. III, n° 76; Com., 23 mai 2006, Bull. civ. IV, n° 129.

¹¹²⁴ Com., 13 juin 2006, Gaz. proc. coll. 2006/4, p. 13, note ROHART-MESSAGER.

cassation a jugé par arrêt rendu en date du 19 décembre 2006 que « *le droit effectif au juge implique que l'associé d'une SCI, qui répond indéfiniment des dettes sociales à proportion de sa part dans le capital social, soit recevable à former tierce opposition à l'encontre du jugement ouvrant la liquidation judiciaire de la SCI* »¹¹²⁵.

629. La troisième situation particulière qu'il convient de relever concerne les assureurs-crédit. Depuis l'admission de la tierce opposition contre le jugement ouvrant la sauvegarde, les assureurs-crédit ont formé de nombreux recours dont la recevabilité a généralement été admise. Cette position jurisprudentielle se justifie amplement. En effet, l'assureur-crédit n'est nullement un créancier du débiteur soumis à la sauvegarde. Il est l'assureur d'un fournisseur du débiteur, fournisseur qui a souscrit l'assurance-crédit afin précisément de couvrir le risque de procédure collective de ses clients. L'ouverture de la procédure collective constitue donc un des faits générateurs du risque d'impayés qu'il a accepté de supporter. Il en résulte que l'assureur-crédit est un tiers qui « *se prévaut d'un moyen propre, le jugement d'insolvabilité réalisant le risque couvert (ce qu'il est le seul à pouvoir invoquer) et qui a intérêt à agir (puisque le jugement l'oblige à indemniser les fournisseurs du débiteur)* »¹¹²⁶. Il est dès lors fondé à former tierce opposition¹¹²⁷.

630. Par-delà la question liée à la recevabilité de cette voie de recours extraordinaire au regard des critères posés par l'article 583 du Code de procédure civile, il reste que le principe même de l'ouverture de la tierce opposition à l'encontre des décisions arrêtant ou modifiant le plan de sauvegarde ou le plan de redressement ne fait pas l'unanimité. Pour certains en effet, non seulement il est contradictoire de permettre à un tiers de remettre en cause une décision à l'élaboration de laquelle il est exclu par la volonté du législateur, en d'autres termes, d'ouvrir la tierce opposition à une personne sans qualité pour agir au principal¹¹²⁸, mais encore une telle ouverture est susceptible d'altérer la confiance des partenaires de l'entreprise ayant besoin de certitude sur le sort de leur cocontractant¹¹²⁹.

¹¹²⁵ Com., 19 déc. 2006, n° 05-14816, B.254, rapp. ; GPC 2007-2, p. 24, note LEBEL ; B. Joly 2007, p.466, note CAGNOLI et VALLANSAN ; R. Soc. 2007. 401, obs. BONNEAU ; Procédures 2007, comm. 43, note LUCAS ; Dr. Soc. 2007, comm. 22, note LECUYER.

¹¹²⁶ FRICERO, Les Petites Affiches, 28 nov. 2008, p. 21.

¹¹²⁷ Com., 26 juin 2007, n° 06-17821 et 06-20820.

¹¹²⁸ L. CADJET et E. JEULAND, Droit judiciaire privé, Litec, 4^{ème} éd. 2004, n°1089.

¹¹²⁹ P. CAGNOLI, article précité, p.212.

631. Par ailleurs, il ne semble pas inutile de s'interroger, au plan procédural, sur l'efficacité de cette voie de recours extraordinaire au regard du caractère exécutoire de plein droit des décisions concernées.

632. Il résulte des dispositions du Code de procédure civile français que la tierce opposition est une voie de recours extraordinaire qui tend à faire rétracter ou réformer un jugement au profit du tiers qui l'attaque¹¹³⁰. Elle remet en question relativement à son auteur, les points jugés qu'elle critique, pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit. Or, le principe en la matière est que, ni le recours par une voie extraordinaire, ni le délai pour l'exercer ne sont suspensifs d'exécution¹¹³¹. Du caractère non suspensif de la tierce opposition, la jurisprudence a déduit que seule une exécution fautive peut donner lieu à réparation¹¹³².

633. L'article 590 du Code de procédure civile apporte cependant des tempéraments à ce principe en permettant au juge saisi de la tierce opposition de suspendre l'exécution du jugement attaqué¹¹³³. Mais il ne s'agit là que d'une faculté reconnue au juge et non d'une obligation pour lui. Le principe étant ainsi posé, il est légitime de penser par exemple que les créanciers lésés par la décision objet de tierce opposition peuvent déjà trouver satisfaction du seul fait de la suspension par le juge des effets du jugement attaqué, avant même l'issue de la procédure.

634. Toutefois, l'article 590 susvisé ne précise pas sur quelle base, le juge saisi de la tierce opposition peut suspendre l'exécution du jugement attaqué. On rappellera fort opportunément à cet égard que, pour ce qui des décisions frappées d'appel, il est permis au Premier Président de la Cour d'Appel, statuant en référé, d'arrêter l'exécution provisoire attachée aux décisions rendues en matière de procédures collectives, à la condition que les moyens invoqués à l'appui de l'appel paraissent sérieux¹¹³⁴. Le Premier Président de la Cour d'Appel a donc, à sa disposition, un critère fondamental qui lui permet d'apprécier, dans le cadre d'une procédure de

¹¹³⁰ Code de procédure civile, article 582, alinéa 1.

¹¹³¹ Ibid., article 579.

¹¹³² Civ. 2^{ème}, 9 novembre 2000, procédures 2001, comm. 31, obs. PERROT.

¹¹³³ Code de procédure civile, article 590.

¹¹³⁴ Supra, n°526 et s.

référé, l'opportunité de suspendre l'exécution provisoire d'une décision frappée d'appel : l'existence de moyens paraissant sérieux à l'appui de l'appel. En revanche, le juge saisi d'une tierce opposition à l'encontre d'une décision dont il entend suspendre l'exécution provisoire ne dispose d'aucun critère pour le faire. Ayant totalement les mains libres, il peut suspendre l'exécution de la décision attaquée là où les moyens à l'appui de la tierce opposition n'apparaissent pas sérieux et, rejeter la demande de suspension là où ces moyens apparaissent sérieux.

635. L'élargissement des voies de recours en droit français passe également par la prise en compte des intérêts des salariés de l'entreprise en difficulté.

c) La prise en compte des intérêts des salariés

636. Le maintien de l'emploi a été l'une des préoccupations majeures de la loi française du 25 janvier 1985¹¹³⁵. La loi du 26 juillet 2005 a reconduit cette préoccupation dans les procédures de sauvegarde¹¹³⁶ et de redressement judiciaire¹¹³⁷. La loi organise un véritable statut des salariés dans l'entreprise en difficulté¹¹³⁸ aussi bien sous l'angle de leur situation individuelle que sous celui portant sur la défense des intérêts collectifs.

637. Partant de cette considération, le législateur français a associé les institutions représentatives du personnel de droit commun, à savoir le comité d'entreprise¹¹³⁹ ou les délégués du personnel¹¹⁴⁰ ainsi que le représentant des salariés¹¹⁴¹ au déroulement de la procédure collective. L'intervention des institutions représentatives du personnel, associé étroitement au déroulement de la procédure, est considérée comme le facteur essentiel de la préservation de l'emploi¹¹⁴². L'association de ces institutions

¹¹³⁵ Loi du 25 janvier 1985, article 1^{er}, ancien article L. 620-1 du Code de commerce.

¹¹³⁶ Loi du 26 juillet 2005, article 12, nouvel article L. 620-1 du Code de commerce.

¹¹³⁷ Ibid., article 88, nouvel article L. 631-1, alinéa 2 du Code de commerce.

¹¹³⁸ A. LIENHARD, op. cit., n°855, p.129.

¹¹³⁹ Il résulte des dispositions de l'article L. 431-1 du Code du travail français que le comité d'entreprise est obligatoirement constitué dans toutes les entreprises employant au moins 50 salariés.

¹¹⁴⁰ Il résulte des articles L. 421-1 à L. 426-1 du même Code, que le personnel élit les délégués, dans toutes les entreprises, quel que soit leur forme et leur objet, où sont occupés au moins 11 salariés.

¹¹⁴¹ Aux termes des dispositions du nouvel article L. 621-4 du Code de commerce, le représentant des salariés est un organe de la procédure désigné soit par le comité d'entreprise, soit par les délégués du personnel, soit enfin par les salariés en l'absence du comité d'entreprise et des délégués du personnel.

¹¹⁴² M. JEANTIN et P. LE CANNU, op. cit., n°960, p.637.

au déroulement des procédures collectives vise à assurer à tous les stades de ces procédures, la prise en considération de la dimension sociale de l'entreprise¹¹⁴³.

638. S'agissant de l'exercice des voies de recours par les institutions représentatives du personnel, il importe de relever que, sous l'empire de la loi française du 13 juillet 1967, la jurisprudence s'était montrée très restrictive. Après avoir estimé que l'appel leur était fermé¹¹⁴⁴, elle n'avait admis que très timidement un droit à faire tierce opposition¹¹⁴⁵. Mais encore fallait-il que les institutions représentatives du personnel puissent accéder aux informations nécessaires à l'exercice efficace des voies de recours. Or, une jurisprudence contestable paralysait ce droit au motif que ces institutions ne pouvaient obtenir de telles informations par la voie du référé, une telle demande se heurtant à une contestation sérieuse¹¹⁴⁶.

639. Ces solutions sont devenues caduques après la loi du 25 janvier 1985, et celle du 26 juillet 2005 et l'ordonnance du 18 décembre 2008. En effet, il est désormais donné au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel, le droit d'interjeter appel ou de former un pourvoi en cassation à l'égard des décisions statuant sur l'ouverture de la liquidation judiciaire¹¹⁴⁷-c'est-à-dire l'ouvrant, mais encore celles refusant de l'ouvrir- statuant sur l'arrêté¹¹⁴⁸ ou modifiant¹¹⁴⁹ le plan de sauvegarde ou de redressement.

640. Pour l'exercice de ce droit, les membres du comité d'entreprise ou les délégués du personnel désignent, parmi eux, la personne habilitée à exercer en leur nom, la voie de recours appropriée¹¹⁵⁰. La loi précise qu'en l'absence du comité d'entreprise ou de délégué du personnel, c'est le représentant des salariés qui exerce les voies de recours ouvertes à ces institutions¹¹⁵¹.

¹¹⁴³ L. ROZES, « *Les droits collectifs des salariés dans la nouvelle procédure* », Ann. Univ. Sc. Soc. Toulouse, t. XXXIV, p.111 et s.

¹¹⁴⁴ M. JEANTIN, « *Aspects de droit social de l'avant-projet de loi relatif au traitement des difficultés des entreprises* », Dr. Soc. 1983, p.469.

¹¹⁴⁵ V. sur ce point : Besançon, 12 septembre 1977, Act. Fur. C.F.D.T. janvier – février 1978, 14 ; Paris, 15 juin 1977, Dr. Ouvrier 1978, 22.

¹¹⁴⁶ Cass. Com. 12 février 1980, Bull. IV, n°79.

¹¹⁴⁷ Code de commerce, article L.661-1, I, 2° et III

¹¹⁴⁸ Code de commerce, article L.661-1, I, 6°.

¹¹⁴⁹ Ibid. article L.661-1, I, 7°.

¹¹⁵⁰ Nouvel article L. 661-10 du Code de commerce.

¹¹⁵¹ Loi du 26 juillet 2005, article 147, nouvel article L. 661-1, III du Code de commerce.

641. On peut cependant regretter que les institutions représentatives du personnel soient privées de tout droit de critique à l'encontre des décisions les plus décisives pour le devenir de l'emploi et alors même que l'entreprise n'est pas condamnée à disparaître. Il en va ainsi du cas des décisions statuant sur l'ouverture de la procédure¹¹⁵².

642. Si l'élargissement des voies de recours permet ainsi l'expression des intérêts particuliers en droit français, l'intérêt général reste la préoccupation majeure du législateur.

2. La prévalence de l'intérêt général

643. Il est loin le temps où les procédures collectives étaient réduites à de simples voies d'exécution commerciales.

644. Par le traitement des difficultés de l'entreprise, il est désormais question d'aménager le tissu industriel et commercial national. Les aspects socio-économiques devenant importants, l'intérêt général est en cause.

645. C'est fort de ces considérations que, depuis des décennies, le Ministère public est devenu un organe à part entière de la procédure collective¹¹⁵³. La présence du Ministère public auprès des tribunaux de commerce, son droit de prendre communication des procédures collectives et d'intervenir en vue de prendre position dans les instances où l'intérêt général et l'ordre public sont en jeu ont conduit à lui reconnaître la qualité de partie principale dans le but d'agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci¹¹⁵⁴.

646. La loi du 26 juillet 2005 est venue renforcer ce rôle de défense de l'intérêt général et de l'ordre public consacré déjà par les réformes de 1985 et de 1994¹¹⁵⁵. En matière de voies de recours, ce renforcement du rôle du ministère public peut

¹¹⁵² V. sur la question, P. MORVAN, « *Le comité d'entreprise et ses doubles dans le droit des procédures collectives* », J.C.P. éd. E. 2003, 1625, n°20.

¹¹⁵³ B. SOINNE, « *L'intervention du Ministère public dans les procédures collectives de redressement et de liquidation* », D. 1983, chron, p.11.

¹¹⁵⁴ Code de procédure civile, article 423.

¹¹⁵⁵ E. HOULETTE, « *Le rôle du Ministère public dans la loi de sauvegarde* », J.C.P. E. 2005, n°42, p.1772, spéc. n°169.

s'analyser à travers deux phénomènes, à savoir la multiplication des recours au profit du ministère public (a) et l'efficacité de ces recours (b).

a) La multiplication des recours au profit du Ministère public

647. Le Ministère public a qualité pour exercer les recours prévus aux articles L. 661-1 et suivants du Code de commerce. Il peut ainsi interjeter appel ou former pourvoi contre les décisions statuant sur l'ouverture de la procédure, sur la liquidation judiciaire, arrêtant ou rejetant le plan de sauvegarde ou de redressement, modifiant le plan de sauvegarde ou de redressement¹¹⁵⁶. Il peut également interjeter appel exclusivement contre les décisions qui arrêtent ou rejettent le plan de cession de l'entreprise¹¹⁵⁷, ainsi que ceux qui modifient ledit plan¹¹⁵⁸.

648. S'agissant des décisions mentionnées ci-dessus, le Ministère public partage cette prérogative avec le créancier poursuivant, le débiteur, l'administrateur, le mandataire judiciaire, les institutions représentatives du personnel, le commissaire à l'exécution du plan, le cessionnaire. En revanche, pour certaines décisions, le Ministère public dispose du droit exclusif d'exercer une voie de recours. Tel est le cas pour les jugements statuant sur les recours formés contre les ordonnances du juge-commissaire rendues en application des articles L. 642-18 (vente d'immeubles) et L. 642-19 (vente des autres biens) du Code de commerce¹¹⁵⁹. De même, ne sont susceptibles que du seul appel du Ministère public, les jugements relatifs à la nomination ou au remplacement de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du liquidateur, des contrôleurs, du ou des experts¹¹⁶⁰ ainsi que ceux statuant sur la durée de la période d'observation, sur la poursuite ou la cessation de l'activité¹¹⁶¹. Enfin, le Ministère public a seul qualité pour relever appel des décisions relatives aux sanctions prononcées à l'encontre des dirigeants¹¹⁶².

¹¹⁵⁶ Loi du 26 juillet 2005, article 147, nouvel article L. 661-1, alinéas 1, 2 et 3 du Code de commerce.

¹¹⁵⁷ Ibid., article 151, nouvel article L. 661-6 II du Code de commerce.

¹¹⁵⁸ Ibid., nouvel article L. 661-6 III du Code de commerce.

¹¹⁵⁹ Ibid., article 150, nouvel article L. 661-5 du Code de commerce.

¹¹⁶⁰ Ibid., article 151, nouvel article L. 661-6 I, 1° du Code de commerce.

¹¹⁶¹ Ibid., nouvel article L ; 661-6 I, 2° du Code de commerce.

¹¹⁶² Ibid., article 153, nouvel article L. 661-11 du Code de commerce.

649. Le renforcement des pouvoirs du Ministère public en matière de recours est d'autant plus patent que le législateur a autorisé des hypothèses de dédoublement. L'appel du Ministère public est réservé non seulement au Procureur de la République qui dispose d'un délai de dix jours pour exercer cette voie de recours, mais également au Procureur Général qui lui dispose d'un délai de quinze jours¹¹⁶³. L'appel du Procureur Général correspond à des hypothèses liées à une certaine négligence du Procureur de la République associée à la brièveté des délais.

650. Le pouvoir conféré par la loi du 26 juillet 2005 au Ministère public est exceptionnel, en ce sens qu'il s'exerce même s'il n'a pas agi comme partie principale, c'est-à-dire, lorsqu'il a agi comme partie jointe¹¹⁶⁴. Cette intervention législative vient du reste battre en brèche la jurisprudence aux termes de laquelle, le Ministère public, partie jointe, était irrecevable en son appel contre un jugement, en l'absence d'atteinte à l'ordre public¹¹⁶⁵. Ce « *privilège de procédure* » conféré par la loi au Ministère public ne rend pas évidemment ce dernier partie aux décisions qu'il frappe d'appel : la loi a seulement dérogé aux articles 546 et 547 du Code de procédure civile qui réservent le droit d'appeler ou l'obligation d'être intimé aux seules parties au jugement de première instance.

651. Interrogé sur le point de savoir s'il n'y avait pas atteinte aux droits de la défense lorsque, en matière de procédures collectives, le Ministère public exerce des voies de recours alors qu'il n'est pas partie en instance, le Conseil Constitutionnel français, par sa décision en date du 18 janvier 1985¹¹⁶⁶, a donné une réponse négative en exposant que « *le Ministère public chargé de la défense de l'ordre public, peut recevoir les moyens appropriés pour lui permettre de remplir sa mission ; la loi peut ainsi lui ouvrir les voies de recours réservées aux parties principales alors même qu'il n'aurait pas agi à ce titre devant les premiers juges* ».

652. La justification première du système procédural qui concentre les recours entre les mains du Ministère public, et dont on ne peut par ailleurs suspecter une utilisation

¹¹⁶³ Décret du 28 décembre 2005, article 330, alinéa 3 devenu l'article R.661-3, alinéa 4 du Code de commerce.

¹¹⁶⁴ Conformément aux dispositions de l'article 424 du Code de procédure civile, le Ministère public est partie jointe lorsqu'il intervient pour faire connaître son avis sur l'application de la loi dans une affaire dont il a communication.

¹¹⁶⁵ civ. 1^{ère}, 11 février 1986, Gaz. Pal. 1986, somm. 415, obs. CROZE et MOREL ; Com., 20 janvier 1998, Bull. civ IV, n°33, D. 1998, 125, rapp. Posturel.

¹¹⁶⁶ D. 1985, p.361, note F. LUCHAIRE; D. 1986, p.425, note Th. RENOUX.

par trop habile de ceux-ci, est « *la défense de l'ordre public.* » Les procédures collectives sont trop importantes pour le tissu économique pour qu'on les abandonne aux mains de simples individus et des agents économiques¹¹⁶⁷. Par ailleurs, la présence du Ministère public ayant pour but de faire respecter la transparence et la moralité de la procédure, ceux qui, en raison du caractère collectif de celle-ci, ne peuvent agir ou intervenir, sont susceptibles de trouver un écho favorable en cas de violation grave des règles élémentaires¹¹⁶⁸. Ils le trouveront d'autant plus que les recours exercés par le Ministère public sont dotés d'une efficacité réelle.

b) L'efficacité des recours

653. L'efficacité des recours octroyés au Ministère public se manifeste par leur effet suspensif. Le caractère suspensif de l'appel du Ministère public comme modalité d'arrêt de l'exécution provisoire attachée à certaines décisions a été rappelé¹¹⁶⁹.

654. La règle est énoncée par les articles L. 661-1, II et L. 661-6, IV du Code de Commerce. Est ainsi suspensif, l'appel du Ministère public interjeté contre les décisions statuant sur la liquidation judiciaire, arrêtant ou rejetant le plan de sauvegarde ou le plan de redressement, modifiant lesdits plans. Est également suspensif l'appel interjeté par le Ministère public contre les jugements relatifs à la nomination ou au remplacement de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du liquidateur, des contrôleurs, du ou des experts, statuant sur la durée de la période d'observation, sur la poursuite ou la cessation de l'activité. Connaît pareillement le même sort, l'appel du Ministère public contre les jugements qui arrêtent ou rejettent le plan de cession de l'entreprise et ceux qui modifient ledit plan. Enfin, conformément aux dispositions de l'article L. 661-11 du Code de Commerce, l'appel du Ministère public à l'encontre des décisions relatives aux sanctions des dirigeants est suspensif.

655. L'exception au caractère suspensif de l'appel du Ministère public formulée par l'article L. 661-1, II du Code de commerce concerne le jugement d'ouverture de la

¹¹⁶⁷ FRISON-ROCHE et GUILLOT, article précité n°27.

¹¹⁶⁸ A. LIENHARD, op. cit., n°810, p.104.

¹¹⁶⁹ Supra, n°533 et s.

procédure de sauvegarde ou du redressement judiciaire. Le législateur français a ainsi supprimé le caractère suspensif de l'appel du Ministère public portant sur les décisions statuant sur l'ouverture des procédures de redressement ou de liquidation judiciaire en vigueur sous l'ancienne législation¹¹⁷⁰. Il a vraisemblablement tenu compte des critiques de la doctrine qui avait vite fait de dénoncer le danger que présentait cette situation pour l'entreprise et ses partenaires¹¹⁷¹. Ces procédures ne pouvant en effet tendre qu'à la continuation, l'idée est probablement là, de ne pas retarder une procédure au risque de compromettre les chances d'adopter un plan de sauvegarde ou de redressement¹¹⁷². Il a été également question, de corriger une erreur d'appréciation des précédents législateurs : en pratique, le caractère suspensif de l'appel avait, semble-t-il, contribué à dissuader le Procureur de la République de faire appel, au lieu d'inciter les parties et le Tribunal à tenir compte de ce risque¹¹⁷³.

656. A dire vrai, restaurer l'effet suspensif de l'appel c'est, en définitive, faire retour au droit commun de cette voie de recours ordinaire puisque, aux termes des dispositions de l'article 539 du Code de procédure civile français, le délai de recours par cette voie et le recours lui-même, suspendent l'exécution de la décision attaquée. Il n'empêche que la restauration de l'effet suspensif concernant l'appel du Ministère public donne toute son efficacité au recours exercé dans l'intérêt général. Certes, les procédures collectives sont souvent des Courses contre la montre. Ceci est particulièrement vrai pour ce qui est du plan de cession dans la mesure où, bien souvent, la trésorerie disponible est très faible et ne peut assurer la survie de l'entreprise avant le plan que pendant très peu de temps. Cependant, si le prononcé de la cession met le cessionnaire en possession et que la voie de recours n'est pas suspensive, la juridiction supérieure hésitera à remettre en cause une situation déjà installée au moment où elle statue. Dès lors, la voie de recours est illusoire, le juge d'appel étant peu enclin à revenir sur une décision si critiquable soit-elle, parce que son effet s'est déjà entièrement réalisé dans les faits¹¹⁷⁴.

¹¹⁷⁰ Ancien article L. 623-1, II du Code de commerce.

¹¹⁷¹ V. F. AUBERT, « *Les délais et les voies de recours* », Les Petites Affiches, n°71 du 14 juin 1994.

¹¹⁷² A. LIENHARD, note sous article L. 661-1 du Code de commerce, Code des procédures collectives commenté, Dalloz, 4^{ème} éd., p.242.

¹¹⁷³ J-L. VALLENS, « *La réforme du droit français des entreprises en difficulté* », Bull. d'actualité, Lamy droit commercial, septembre 2005, n°41.

¹¹⁷⁴ Sur ce phénomène en général, v. P. HOONAKKER, L'effet suspensif des voies de recours dans le nouveau Code de procédure civile : une chimère ? Contribution à l'étude de l'exécution provisoire, thèse Strasbourg, 1988.

657. Le particularisme du droit français en matière de voies de recours dans le domaine des entreprises en difficulté ne résulte pas seulement des aménagements législatifs et réglementaires. Il est également d'essence jurisprudentielle.

B. L'ŒUVRE JURISPRUDENTIELLE

658. En matière d'entreprises en difficulté, par rapport au régime dérogatoire des voies de recours, la jurisprudence française a beaucoup apporté. L'apport jurisprudentiel dans ce domaine porte sur un certain nombre de points. Parmi ces points, deux méritent d'être particulièrement relevés. Le premier est relatif au rétrécissement de la notion de partie à l'instance (1). Le second concerne le contournement des textes fermant l'accès aux voies de recours (2).

1. Le rétrécissement de la notion de partie à l'instance

659. La notion de partie dans les décisions relatives au redressement et à la liquidation des entreprises commande tout le régime de l'intervention et des recours¹¹⁷⁵. La doctrine se réfère à la partie comme étant l'élément subjectif de l'instance¹¹⁷⁶. Ni les auteurs de la loi du 25 janvier 1985, ni ceux de la loi du 26 juillet 2005 n'ont défini cette notion, pas plus que les rédacteurs du Code de procédure civile.

660. La Cour de cassation française fait de la prétention l'un des critères de la qualification de partie. C'est ainsi qu'elle a refusé de reconnaître au repreneur évincé cette qualité, considérant qu'est partie à la décision de première instance la personne qui a une prétention à soutenir au sens des articles 4 et 31 du Code de procédure civile¹¹⁷⁷ et que, le seul fait pour celui-ci d'être entendu en première instance pour une bonne administration de la justice ne saurait équivaloir à une prétention au sens des textes.

¹¹⁷⁵ Pour une étude plus approfondie, v. F. DERRIDA, « *La notion de partie dans les décisions relatives au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises* », D. 1989, chron, p.77.

¹¹⁷⁶ H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t.3, procédure de première instance, Sirey 1991, n°9 et s.

¹¹⁷⁷ Com., 22 mars 1988, D. 1988, 375, note F. DERRIDA, JCP éd. E. 1988, II, 15335, note CABRILLAC et VIVANT.

661. Si la définition donnée de la notion de partie par référence à la prétention par la Cour de cassation est effectivement conforme à ce qui est apparu dans le droit commun de la procédure, sa conclusion concernant le repreneur évincé est assez surprenante. L'article L. 621-87 de l'ancien Code de commerce, alors en vigueur, énonçait que « *le Tribunal retient l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé et le paiement des créanciers.* » Celui qui, ayant fait une offre de reprise d'une entreprise en difficulté, se voit préférer un autre candidat, ne peut-il prétendre du juge d'appel que soit contrôlé le choix opéré par le premier juge ?

662. Seule une confusion entre l'existence de la prétention et sa recevabilité a pu inciter la haute juridiction à prendre une telle position dans l'arrêt du 22 mars 1988 sus évoqué. En effet, quoique la question soit un peu confuse en doctrine, les meilleurs auteurs¹¹⁷⁸ enseignent qu'il ne faut pas confondre l'action, qui est le « *pouvoir légal grâce auquel une personne saisit l'autorité juridictionnelle à l'effet d'obtenir la sanction du droit dont elle se prétend titulaire* » et le droit lui-même, « *qui sert de fondement à l'action* » ; « *l'existence d'un droit n'est pas une condition de recevabilité de la demande, mais uniquement la condition de son succès au fond, ou, en d'autres termes, de son bien fondé* »¹¹⁷⁹.

663. Il en résulte que l'offre de reprise du candidat « *repreneur* » ne peut que s'analyser en une demande en justice contenant une prétention de son auteur et sur laquelle le Tribunal est appelé à statuer¹¹⁸⁰. Tout candidat « *repreneur* » doit connaître les raisons pour lesquelles son offre n'a pas été retenue et celles pour lesquelles le juge s'est prononcé pour une autre solution¹¹⁸¹. L'action qui lui permet de saisir le juge, le rend recevable dans sa prétention, même si celle-ci est rejetée au fond en vertu du pouvoir souverain d'appréciation du Tribunal¹¹⁸².

¹¹⁷⁸ SOLUS et PERROT, op. cit., t.1, n°94.

¹¹⁷⁹ SOLUS et PERROT, op. cit., n°221.

¹¹⁸⁰ F. DERRIDA, article précité, n°60.

¹¹⁸¹ F. DERRIDA, article précité, n°61.

¹¹⁸² F. DERRIDA, Ibid.

664. Quoiqu'il en soit, cette jurisprudence à répétition¹¹⁸³ traduit l'idée selon laquelle, en droit des entreprises en difficulté, certains intérêts méritent une plus ample protection que d'autres. En raison des impératifs de célérité prescrits par la loi, les voies de recours doivent être fermées autant que faire se peut. Pourtant, certains préjudices subis au Cours de la procédure sont d'une gravité telle que la jurisprudence a dû accepter le contournement de la fermeture des voies de recours, dans les cas les plus critiques.

2. Le contournement de la fermeture des voies de recours

665. Afin d'apporter un peu plus de souplesse au régime légal des voies de recours très restrictif, la Cour de cassation a admis, dans les cas les plus graves, l'utilisation selon le droit commun processuel, de l'appel-nullité et du pouvoir-nullité¹¹⁸⁴. Elle a précisé qu'aucune disposition régissant les procédures collectives n'interdit de faire constater, selon les voies de recours du droit commun, la nullité d'une décision entachée d'excès de pouvoir¹¹⁸⁵ ou d'une décision rendue en violation d'un principe essentiel de procédure¹¹⁸⁶. Le Code de commerce aussi bien avant la réforme du droit des entreprises en difficulté issue de la loi du 26 juillet 2005 qu'après celle-ci, reste muet sur les voies de recours nullité. Celles-ci ne résultent que du droit commun de la procédure civile et, plus spécialement, des articles 560 et 562 du Code de procédure civile.

666. Pour contourner la fermeture des voies de recours, les parties doivent faire la démonstration d'un vice particulièrement grave, entachant la décision leur faisant grief. Il doit s'agir d'une décision qui « *déshonore l'ordre juridique et même la justice* » selon l'expression de MM DERRIDA, GODE et SORTAIS¹¹⁸⁷. En droit des procédures collectives, c'est l'appel que les parties cherchent le plus souvent à « restaurer »¹¹⁸⁸ parce que le recours réformation est fermé. La nullité devra

¹¹⁸³ V. également : Com., 2 avril 1996, Bull. civ. IV, n°109 ; Com. 11 mai 1999, Dalloz affaires 2000, Somm., 96, Obs. HONORAT.

¹¹⁸⁴ M. SANTA-CROCE, De la limitation des voies de recours à la délimitation de l'excès de pouvoir, Perspectives du droit économique, Dialogues avec M. JEANTIN, Dalloz 1999, p.467 ; A. PERDRIAU, « *Existe-t-il des pourvois nullité ?* », D. 2002, chron. p.1993.

¹¹⁸⁵ Cass. com., 3 mars 1992, Bull. civ. IV, n°103 ; D. 1992, Jur. P.345, note G. BOLARD.

¹¹⁸⁶ Cass. com., 30 mars 1993, Bull. civ. IV, n°132.

¹¹⁸⁷ F. DERRIDA, P. GODE et J.P. SORTAIS, Redressement et liquidation judiciaire des entreprises. Cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985, Dalloz, 3è éd. 1991, n° 145.

¹¹⁸⁸ M. CAGNOLI préfère l'expression « *recours restaurés* » à celle de « *recours nullité* » fréquemment utilisée par la doctrine mais dont il estime être source de confusions ; v. P. CAGNOLI, ouvrage précité, n°476, p.392.

cependant être expressément sollicitée par le plaideur qui ne peut donc se contenter de demander la réformation de la décision frappée d'appel¹¹⁸⁹. Si la voie de recours de réformation est ouverte, la voie de recours nullité est irrecevable¹¹⁹⁰.

667. La première condition de recevabilité d'un recours-nullité tient à la qualité de l'auteur du recours. C'est fort de cette condition qu'il a été jugé que ne peut former un appel-nullité contre un jugement de cession de l'entreprise, le candidat repreneur évincé, la Cour de cassation lui déniait la qualité de partie en première instance¹¹⁹¹. Sont en revanche admis à relever appel d'un jugement de cession en raison du vice grave affectant ce dernier, le représentant des créanciers et le débiteur¹¹⁹². De même, l'appel-nullité contre le plan de redressement est fermé au créancier, faisant état d'un droit sur un bien compris dans l'actif cédé et d'un préjudice particulier, « *n'ayant été ni partie représentée par le représentant des créanciers dans l'instance ayant conduit au jugement arrêtant le plan....* »¹¹⁹³.

668. A côté de la qualité, le recours-nullité n'est recevable que pour autant que celui qui l'exerce justifie d'un intérêt. Par ailleurs, en dépit du souhait de certains auteurs¹¹⁹⁴, les conditions de forme et de délais des recours-nullité sont celles qui sont propres aux procédures collectives¹¹⁹⁵. Toutefois, s'agissant du pourvoi en cassation, le législateur n'a posé aucune règle spéciale de forme ou de délais, propre au droit des entreprises en difficulté. Il s'en suit que le délai de deux mois prévu par le Code de procédure civile¹¹⁹⁶ est applicable en matière de pourvoi-nullité.

669. La condition de recevabilité propre aux recours-nullité est l'existence d'une irrégularité grave entachant la décision rendue. Pour la Cour de cassation française, le vice grave justifiant la « *restauration* » des voies de recours est soit une violation d'un principe essentiel de procédure, soit un excès de pouvoir¹¹⁹⁷.

¹¹⁸⁹ Com., 29 avr. 2003, n° 99-14-723, inédit titré.

¹¹⁹⁰ Com., 1er avr. 2005, n° 03-16-538, inédit ; CA Versailles, 12è ch., 2è sect., 20 janv. 2005, RG n° 2003/05810 ; CA Paris, 3è ch. B, 18 fév. 2005, RG n° 2004/107756- Adde VALLENS, éd. 2006, n° 4277 – A. MARTIN SERF, fasc. 2205, n° 03-16-538, inédit.

¹¹⁹¹ Supra, n°660.

¹¹⁹² Com., 3 mars 1992, D. 1992, Juris., p.345, note G. BOLARD (appel du débiteur) ; Com., 9 juin 1992, Ir, p.228 (appel du représentant des créanciers).

¹¹⁹³ Com., 9 décembre 1997, Bull. civ. IV, n°329 ; JCP éd. G. 1198, I, 141, n°4, obs. P. PETEL.

¹¹⁹⁴ V. notamment B. SOINNE, « *Les recours-nullité dans le cadre des procédures collectives* », Gaz. Pal. 1987, doct., p.695 et s., n°12.

¹¹⁹⁵ v. supra, n°554, pour les délais d'appel et d'opposition.

¹¹⁹⁶ Code de procédure civile, article 612.

¹¹⁹⁷ Com., 28 mars 1995, Bull. civ. IV, n°108.

670. L'excès de pouvoir du juge est une notion complexe que bon nombre d'auteurs ont essayé de cerner¹¹⁹⁸. Cependant, si chacun s'accorde à reconnaître que l'excès de pouvoir se distingue de la violation de la règle de droit, des divergences apparaissent dès lors qu'il s'agit de préciser positivement la notion¹¹⁹⁹.

671. En raison du verrouillage des voies de recours que connaît la matière, le droit des entreprises en difficulté est riche d'exemples jurisprudentiels d'excès de pouvoir du juge. Les formules employées pour décrire l'excès de pouvoir du juge sont multiples. Selon MERLIN, pour qu'il y ait excès de pouvoir, il faut que le juge ait franchi le cercle dans lequel la loi a enfermé les pouvoirs qu'elle lui a confiés¹²⁰⁰. Pour M. PERDRIAU, il y a excès de pouvoir lorsque « *le juge a cessé de faire office juridictionnel pour se conduire en législateur, administrateur, ou pour commettre un abus de force et lorsqu'il méconnaît les principes sur lesquels repose l'organisation de l'ordre judiciaire* »¹²⁰¹.

672. Quoi qu'il en soit, il y a excès de pouvoir lorsque le juge méconnaît l'étendue de son pouvoir de juger¹²⁰². Le juge excède ses pouvoirs non seulement lorsqu'il les outrepassa, mais encore lorsqu'il reste en deçà de ses pouvoirs. La possibilité de faire constater un excès de pouvoir commis par le juge constitue ainsi l'antidote à ce qu'un auteur a considéré comme « *l'ivresse du pouvoir* »¹²⁰³.

673. Pour M. LE CORRE, il faut, semble-t-il, rechercher l'excès de pouvoir dans la violation délibérée d'un texte d'ordre public, celui-ci étant plus que la simple méconnaissance de la règle de droit¹²⁰⁴. Dans ces conditions, la simple erreur de droit ou de fait est insuffisante¹²⁰⁵. Il est difficile de dresser une typologie précise des cas d'excès de pouvoir ouvrant droit à des recours nullité. Cependant, de manière indicative, il est soutenu qu'il y a d'abord excès de pouvoir pour le juge ou le

¹¹⁹⁸ M. WALINE, La notion judiciaire de l'excès de pouvoirs – L'excès de pouvoirs du juge, thèse, Paris 1926 ; G. BOLARD, « *L'appel-nullité* », D.1988, chron. p.177 ; F. KERNALEGUEN, « *L'excès de pouvoir du juge* », Justices 1996, n°3, p.151.

¹¹⁹⁹ P. CAGNOLI, op. cit., n°491, p.402.

¹²⁰⁰ Cité par DUPIN : jurisp. Dalloz, 1852, v. Cassation n°1471.

¹²⁰¹ A. PERDRIAU, "Pour une limitation des appels-nullité", Gaz.pal., 3 mars 1996, p.4 et s, n°16.

¹²⁰² Civ. 1^{ère}, 20 Fév. 2007, n° 06-13-134, Bull. civ. I, n° 61, n° 238 F-P-P-B.

¹²⁰³ G. BOLARD « *L'appel-nullité* », D. 1988, chron. P. 177, n° 35, utilisant cette expression.

¹²⁰⁴ P.M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, « Dalloz-Action », 2008/2009, n° 321-22, p. 402

¹²⁰⁵ Com., 4 janv. 2005, n° 02-21-504, inédit, LXB n° N 4891 ABR, note P.M. LE CORRE- CA Paris, 3^è ch. B, 30 avril 2004, R.G n° 2003/08649.

Tribunal selon les cas, à s’arroger un pouvoir inexistant, à s’attribuer des pouvoirs qui relèvent de la compétence exclusive du juge-commissaire, à déclarer recevable un recours irrecevable, à statuer sans convocation des parties alors même que leur présence est requise par les textes, à refuser de faire usage d’un pouvoir qu’il détient...etc.

674. S’agissant de la violation d’un principe essentiel de procédure qui commande que le juge respecte les principes essentiels de procédure civile et dont la principale illustration en droit des procédures collectives est le principe du contradictoire posé par l’article 16 du Code de procédure civile, celle-ci, à la faveur d’un revirement jurisprudentiel ayant considérablement restreint la portée de la dérogation au droit commun, ne constitue plus une cause d’ouverture d’un recours nullité. En effet, une chambre mixte de la Cour de cassation a, par un important arrêt en date du 28 janvier 2005¹²⁰⁶, explicitement écarté le recours nullité pour violation d’un principe essentiel de procédure civile. Ce revirement de la jurisprudence a eu pour effet de conduire à l’abandon par la chambre commerciale et par les autres chambres de la Cour de cassation de la jurisprudence admettant le recours nullité pour violation d’un principe essentiel de la procédure civile.

675. Ainsi, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation juge qu’*« il n’est dérogé à toute règle interdisant un recours qu’en cas d’excès de pouvoir ; que ne constitue un excès de pouvoir, ni la violation des règles relatives à la composition des juridictions, ni la violation du principe de la contradiction »*¹²⁰⁷.

676. La chambre commerciale de la Cour de cassation a également jugé qu’il n’y avait pas place au recours nullité lorsqu’une irrégularité procédurale tenant à l’absence de respect de la règle du contradictoire, dans le cadre de la discussion sur la régularité d’une déclaration de créance était alléguée¹²⁰⁸. La première chambre civile de la Cour de cassation lui a emboîté le pas¹²⁰⁹.

¹²⁰⁶ Chambre mixte, 28 janv. 2005, n° 02-19. 153 Bull. mixte n° 1 ; JCP G 2005, I, 125 ; 14, obs. S. AMRANI-MEKKI, Gaz. Pal 2005, I, 1127, concl. M. DOMINGO ; Procédures 2005, comm.87, obs. R. PERROT ; Dr. et proc. 2005, p. 224, obs. M. DOUCHY OUDOT.

¹²⁰⁷ Civ. 2^e, 17 nov. 2005, n° 03-20. 815, Bull. civ. II, n° 293, n° 1782 FS-P+B ; D. 2005, AJ p. 3085, obs. A. LIENHARD ; Act. Proc. coll. 2006/2, n° 22, note P. GAGNOLI ; Gaz. proc. coll. 2006/2, p. 24, obs. I. ROHART-MESSAGER.

¹²⁰⁸ Com., 29 nov. 2005, n° 04-16. 497, inédit, n° 1494 F-D.

¹²⁰⁹ Civ. 1^{ère}, 20 févr. 2007, n° 06-13.134, Bull. civ. I, n° 61, n° 238 F-P+B ; D. 2007, AJ p. 803, RTD com. 2007/2, p. 459, n° 4, obs. J-L VALLENS ; RTD civ. 2007/2, p. 386, n° 9, obs. R. PERROT ; RTD com. 2007/2, p. 459, n° 14, obs. J-L VALLENS.

677. Quant aux juridictions de fond, elles s'alignent pareillement sur cette position. Ainsi, s'explique par exemple, le rejet d'un recours nullité pour motif d'insuffisance des mentions d'un jugement¹²¹⁰.

678. A la lumière du revirement jurisprudentiel qui s'est ainsi opéré, il faut conclure que seul l'excès de pouvoir peut désormais justifier un recours en nullité. Pour Mme PEROCHON et M. BONHOMME, bien que moins fâcheuse aujourd'hui que sous l'empire de la loi de 1985 du fait de l'accroissement du nombre de recours légaux, cette restriction apportée à une solution, certes exceptionnelle mais indispensable, est regrettable tant les vices de procédure peuvent être graves¹²¹¹.

679. Pour d'autres auteurs, cette inquiétude mérite d'être tempérée par le fait que, d'une part, l'observation révèle que la violation d'un principe essentiel de procédure civile est souvent, en droit des procédures collectives constitutive d'un excès de pouvoir et, d'autre part, le recours à l'article 6, paragraphe 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, par le droit au procès équitable qu'il consacre, semble de nature à permettre de sanctionner les vices de procédure les plus graves tels la partialité du juge ou le non respect du principe du contradictoire¹²¹². Le recours à l'article 6 de la CEDH a ainsi permis de sanctionner des décisions de Cours d'Appel qui, au titre de leur motivation, avaient reproduit les conclusions d'appel d'une partie, ce qui avait fait peser un doute légitime sur l'impartialité de la juridiction¹²¹³. Toutefois, en tant que tel, la violation de l'article 6.1 de la CEDH ne saurait constituer un excès de pouvoir¹²¹⁴.

680. On s'est interrogé, en doctrine et en jurisprudence, sur les effets des recours nullité et, particulièrement, sur les effets de l'appel-nullité. Il convient à cet égard de distinguer selon qu'il s'agit de l'effet dévolutif ou de l'effet suspensif.

¹²¹⁰ CA Douai, 2^e ch. 2^e sect. 16 mai 2006, D. 2006, AJ p. 1529, obs. A. LIENHARD.

¹²¹¹ F. PEROCHON et R. BONHOMME, ouvrage précité, n° 447, p. 412.

¹²¹² P.-M. LE CORRE, Dalloz Action 2012/2013, n° 321.21, p. 478.

¹²¹³ Com., 5 oct. 2010, n° 09-71 679, NP, Gaz. Pal., éd.sp. Droit des entreprises en difficulté, 7 et 8 janv.2011, p.26, note FRICERO ; Com., 15 févr. 2011, n° 10-30.816, NP.

¹²¹⁴ Com., 8 mars 2011, Act. proc coll. 2011/8, comm. 128, p. 32, note CAGNOLI ; Procédures, mai 2011, comm. 178, p.32, note ROLLAND.

681. Au sujet de l'effet dévolutif de l'appel nullité qui emporte annulation de la décision irrégulière, il s'est posé la question de savoir si les juges du second degré devaient trancher le litige au fond, ou s'ils avaient l'obligation de renvoyer la cause et les parties devant le premier juge. Certaines juridictions de fond¹²¹⁵, soutenant l'autonomie des recours nullité, ont opté pour la deuxième solution. En revanche, la chambre commerciale de la Cour de cassation a opté pour la première solution. Selon cette Haute juridiction, « *si la recevabilité de l'appel-nullité est conditionnée par l'existence de griefs autonomes tels l'excès de pouvoir ou la violation d'un principe fondamental de procédure, son effet dévolutif s'opère pour le tout en application de l'article 562, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, la Cour d'appel ayant dès lors l'obligation, après avoir annulé la décision attaquée, de statuer au fond en répondant aux conclusions qui déterminent les moyens des parties* »¹²¹⁶.

682. Le principe à retenir est donc que, l'effet dévolutif de l'appel, exprimé par l'article 561 du Code de procédure civile, joue identiquement en présence d'un appel nullité¹²¹⁷ comme c'est le cas en présence d'un appel réformation. Par exception et selon la jurisprudence, lorsque la contestation porte sur l'irrégularité ou l'inexistence de l'acte introductif d'instance, l'effet dévolutif sera mis en échec¹²¹⁸. Mais, exception à l'exception emportant donc retour au principe, l'appel nullité portant sur l'irrégularité ou l'inexistence de l'acte introductif d'instance fait jouer l'effet dévolutif si l'appelant conclut à titre principal au fond et seulement subsidiairement à la nullité du jugement, ses écritures au fond valant alors liaison de l'instance¹²¹⁹. Au contraire, si l'appelant ne conclut qu'à titre subsidiaire sur le fond et à titre principal sur la nullité, l'effet dévolutif ne peut jouer¹²²⁰.

¹²¹⁵ CA Paris, 22 mars 1989, Rev.proc.coll.1990, p.128, n° 4, obs. L. CADIET ; CA Paris, 12 février et 9 avril 1991, D. 1992, somm.comm., p. 8, obs. DERRIDA.

¹²¹⁶ Com., 28 mai 1996, D. 1997, Juris. p.538, note G. BOLARD ; RTD civ. 1996, p.985, n°6, obs. R.PERROT ; Com., 1^{er} octobre 1997, JCP éd. G.1997, II, 22941, rapport J.-P. REMERY ; Com., 14 octobre 1997, Procédures 1997, n° 286, note R.PERROT.

¹²¹⁷ Civ. 2^e, 13 juill. 2000, n° 98-18. 026, Bull. civ. II, n° 121, civ. 2^e: 13 juill. 2000, n° 98-15.648, Bull. civ. II, n° 125 ; RTD civ. 2001, p. 957, n° 5, obs. R. PERROT-Com., 3 avr. 2001, n° 99-20. 363, inédit, Rev. proc. Coll. 2001, p. 273, n° 2, obs. A. BARRET.

¹²¹⁸ Civ. 2^e, 18 déc. 1996, n° 94-16. 332, Bull. civ. II, n° 282 – Add., sur cette question, v. D. MAS, La portée de l'effet dévolutif de l'appel aux fins d'annulation d'un jugement sur le fond-contribution à l'étude de l'appel nullité, thèse, Nice, 1987, Bibl. Crajeffe, 1988.

¹²¹⁹ Civ. 2^e, 25 mai 2000, n° 98-20. 941, Bull.civ. II, n° 87 ; D. 2000, jur. 819, note G. BOLARD ; RTD civ. 2001, p. 957, n° 5, obs. R. PERROT ; v. également Com. 30 janv. 2007, n° 05-12. 895, inédit, n° 109 F-D gaz. Proc. Coll. 2007/2, p. 59, note Th. MONTERAN.

¹²²⁰ Com. 24 mai 2005, n° 04-12. 552, inédit.

683. Au sujet de l'effet suspensif de l'appel-nullité, il faut reconnaître que cette question n'a pas beaucoup attiré l'attention de la doctrine. Elle ne semble pas davantage s'être posée en jurisprudence. Cependant, alors que l'absence d'effet suspensif de l'appel nullité est une solution préconisée par certains auteurs¹²²¹, d'autres, à l'inverse, ont pu affirmer qu'il serait manifestement excessif de laisser prospérer l'exécution de jugements viciés d'une irrégularité manifeste, et voués à l'annulation¹²²². La jurisprudence s'est difficilement prononcée sur l'effet suspensif d'une voie de recours restaurée. En revanche, la Cour cassation sanctionne de manière régulière les ordonnances des premiers présidents des Cours d'appel arrêtant l'exécution provisoire de plein droit de décisions entachées d'excès de pouvoir ou violant un principe essentiel de procédure¹²²³. On en arrive ainsi à la solution regrettable selon laquelle, même gravement viciée, la décision bénéficiant de l'exécution de plein droit doit être exécutée.

684. Si les recours nullité constituent la solution idoine pour tempérer le régime restrictif des voies de recours en droit des entreprises en difficultés, cette solution n'est cependant pas à l'abri de toute critique.

685. Les insuffisances du recours nullité tiendraient d'abord au délai d'exercice de ce recours jugé « *intenable* » par M. SOINNE¹²²⁴. Pour cet auteur, la portée du recours nullité a été réduite lorsqu'il a été jugé que le délai d'exercice de celui-ci était celui spécifique du droit des procédures collectives¹²²⁵. Cette solution a été jugée des plus contestables par certains¹²²⁶ et l'application des règles générales du droit commun souhaitée¹²²⁷. En effet, lorsque, à titre d'exemple, le plan de cession viole les droits des tiers, sauf à passer outre les exigences du procès équitable, il est difficilement admissible de soumettre l'exercice de la tierce opposition au respect du délai de dix jours, à compter de la publication de la décision y relative au

¹²²¹ A. HONORAT et D. MAS, « *Les perspectives de l'appel nullité* », Les Petites Affiches, 1^{er} juillet 1987, p. 33, note 39 ; O. STAES, op.cit. , n° 469.

¹²²² R. PERROT, obs. RTD civ. 1982, p. 659, I ; O. BARRET, "l'appel nullité (dans le droit commun de la procédure civile)", RTD civ. 1991, p. 199 et s. , n° 31 et 32.

¹²²³ Civ. 2 è, 17 juin 1987, Bull. Civ. II, n° 130 et 131 ; D. 1987, somm. Comm. , p. 359, obs. P. JULIEN ; Civ. II, 4 juin 1993, Bull. Civ. II, n° 194.

¹²²⁴ B. SOINNE, « *Le bateau ivre (I ère partie : à propos de l'évolution récente du droit de procédures collectives)* », Les Petites Affiches, n° 58 du 14 mai 1997.

¹²²⁵ Par exemple, Cass. Com. , 14 mars 1995, Petites Affiches, 18 octobre 1995, 125, p. 29-31, obs. DERRIDA.

¹²²⁶ PERDRIAU, « *Pour une limitation des appels-nullité* », article précité.

¹²²⁷ B. SOINNE, « *Le recours nullité dans le cadre des procédures collectives* », Gaz. Pal. 1987, Doctr. 695.

B.O.D.A.C.C dont il n'est pas possible d'exiger de tous les citoyens la lecture journalière. Pour le même auteur, le critère du recours nullité, bien que s'affinant de jours en jours, est des plus imprécis et trop restrictif¹²²⁸.

¹²²⁸ Article précité, Les Petites Affiches , n° 58 du 14 mai 1997.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 DU TITRE 2

686. En droit africain et en droit français, les décisions rendues en matière d'entreprises en difficulté bénéficient de l'exécution provisoire de plein droit justifiée notamment par la recherche du redressement de l'entreprise et les solutions rapides que celle-ci postule. L'étude révèle que, bien que le champ d'application de cette exécution provisoire de droit diverge dans les deux ordres juridiques, sa portée est convergente. Cependant, la règle de l'exécution provisoire de plein droit connaît des limites tant en droit africain qu'en droit français.

687. Par ailleurs, en vue de stabiliser les mesures de redressement de l'entreprise en difficulté, il a été observé que le droit africain et le droit français ont opté pour un régime restrictif de voies de recours, quand certains recours n'ont pas simplement fait l'objet d'une non réglementation. Toutefois, l'on a pu relever que dans ce domaine, le droit français se démarque nettement du droit africain par une recherche plus poussée de conciliation des divers intérêts affectés par la défaillance de l'entreprise.

CONCLUSION DU TITRE 2

688. Le droit africain et le droit français ont bénéficié de la part des législateurs respectifs d'instruments processuels particuliers en vue de la réalisation de l'objectif de redressement de l'entreprise en difficulté.

689. Ces instruments ont conduit, de part et d'autre, au plan de la procédure civile, à la dérogation des règles de droit commun, au réaménagement des principes directeurs du procès civil, à la consécration de l'exécution provisoire de plein droit des décisions rendues en matière d'entreprises en difficulté et à l'instauration d'un régime restrictif des voies de recours ce, avec les particularités relevées, propres à chaque système.

690. Cependant, quelque intense que soit le degré d'intervention du juge dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté en droit africain et en droit français, quelque importants que soient les moyens d'ordre processuel mis à sa disposition, de nombreux obstacles se dressent sur le chemin de la réalisation de cet objectif, obstacles dont il convient à présent de prendre la mesure.

**DEUXIEME PARTIE : LA MESURE DES OBSTACLES
S'OPPOSANT A LA MISSION DE SAUVETAGE DES
JUGES AFRICAIN ET FRANÇAIS**

691. Le fonctionnement du droit des procédures collectives peut constituer en lui-même pour le juge, un frein à l'atteinte de l'objectif de sauvetage de l'entreprise tel que fixé par les législateurs africains et français. En effet, qu'il s'agisse de la loi africaine ou de la loi française, ces différentes législations ont pris soin de préciser quand et comment doit intervenir le juge de l'entreprise en difficulté dans le cadre des différentes procédures mises en place et il n'est pas certain que cet encadrement légal soit toujours compatible avec cet objectif.

692. Par ailleurs, sous peine de voir son entreprise quasiment vouée à l'échec, le juge de l'entreprise en difficulté ne peut intervenir efficacement dans la perspective de sauvetage de ladite entreprise, que si la structure même de la justice économique à laquelle il appartient est adaptée à la réalisation d'un tel but.

693. On l'aura compris, en droit africain et en droit français, les obstacles susceptibles de s'opposer à la mission de sauvetage du juge de l'entreprise en difficulté sont tantôt d'ordre fonctionnel (titre 1), tantôt d'ordre structurel (titre 2).

TITRE 1 : LES OBSTACLES D'ORDRE FONCTIONNEL

694. Le juge de l'entreprise en difficulté ne saurait s'immiscer de manière intempestive dans la gestion de l'entreprise qu'elle soit en bonis ou en difficulté. Son intervention est tributaire de critères pré- établis. Même lorsque cette intervention est admise, celle-ci doit emprunter des canevas précis dont les avantages apparents peuvent s'avérer être des inconvénients pour le redressement de l'entreprise.

695. De même, quelque soit son parti pris pour le sauvetage de l'entreprise, le juge est contraint de tenir compte des intérêts spécifiques de certains intervenants dans la procédure dont les droits sont protégés par des dispositions légales particulières. Cette prise en compte a souvent une incidence négative sur les actifs de l'entreprise dont le sauvetage ne peut qu'être compromis de ce fait.

696. Dès lors, comme obstacles d'ordre fonctionnel s'opposant au sauvetage judiciaire de l'entreprise en difficulté en droit africain et en droit français, il conviendra d'examiner successivement les diverses modalités d'intervention du juge (chapitre 1) et la prise en compte par le juge des intérêts des créanciers (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LES DIVERSES MODALITES D'INTERVENTION DU JUGE

697. En droit africain et en droit français l'intervention du juge dans le déroulement des procédures collectives ne se fait pas d'une manière désordonnée, elle est bien encadrée par les textes en vigueur. Le législateur se doit par exemple de déterminer à quel moment la situation de l'entreprise nécessite une intervention du juge, intervention sans laquelle, l'entreprise court le risque de périlcliter. Il se doit également de préciser la forme qu'une telle intervention doit revêtir. Doit-il s'agir d'une intervention discrète ou, faut-il que cette intervention soit entourée de publicité ? Ainsi formulée, ces préoccupations posent une double problématique. Il s'agit d'abord de la problématique liée au moment de l'intervention du juge (section 1). Il s'agit ensuite de la problématique liée à la confidentialité de cette intervention (section 2).

SECTION 1 : LE MOMENT DE L'INTERVENTION DU JUGE

698. Tout système de traitement judiciaire des difficultés de l'entreprise ne peut être efficient que si, entre autres conditions, les difficultés sont précocement détectées et le juge de l'entreprise en difficulté rapidement saisi.

699. La détermination du moment de l'intervention judiciaire est une réelle problématique dans le droit contemporain des entreprises en difficulté¹²²⁹. Il est en effet reconnu par tous depuis bien longtemps que la raison essentielle ayant fait que, l'intervention judiciaire en matière de traitement de situations d'entreprises en difficulté relève plus d'un « *rituel d'ordonnement des pompes funèbres* » que

¹²²⁹ Y.GUYON, op cit, n°1115, p.132. V également : S.BENISTY, le moment de l'ouverture des procédures collectives, thèse, Paris1, 1983 ; BOINEAULT, De la cessation des paiements à la situation difficile comme critère du déclenchement des procédures collectives, thèse, Aix, 1980 ; BOUTAGAYA, le droit et l'identification des entreprises en difficulté, thèse, Poitiers, 1985.

toute autre chose, tient au fait que, lorsque le juge est saisi, l'entreprise est déjà dans une situation irrémédiable¹²³⁰.

700. A la vérité, le constat est que, l'ouverture des procédures collectives demandée par le débiteur intervient beaucoup trop tardivement dans une situation où il ne reste plus qu'à constater l'impossibilité de tout redressement.

701. De fait, le problème du moment de l'intervention du juge pose un autre problème sous-jacent : celui des critères d'ouverture des procédures collectives. Il est souvent question, en la matière, de rechercher le juste milieu. L'intervention judiciaire ne doit être ni tardive, ni prématurée. Si la procédure s'ouvre alors que l'entreprise ne dispose plus d'actif, on voit mal avec quels fonds l'apurement du passif pourrait intervenir et comment l'entreprise pourrait se relever. En revanche, le redressement judiciaire étant une procédure lourde et traumatisant pour l'entreprise, et coûteuse pour la collectivité, il n'est pas opportun de l'ouvrir si un redressement peut intervenir par des procédés plus simples et légers. La prudence est d'autant plus de mise que dans une société de liberté du commerce, l'immixtion de la justice dans la gestion d'une entreprise ne peut qu'être exceptionnelle.

702. Toutes ces considérations amènent à examiner les critères d'ouverture des différentes procédures en vigueur en droit africain et en droit français, de manière à vérifier si, oui ou non, ceux-ci permettent au juge de contribuer efficacement au sauvetage de l'entreprise. Ces critères varient selon qu'il s'agit de l'ouverture d'un règlement amiable¹²³¹ (paragraphe 1) ou selon qu'il s'agit de l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation (paragraphe 2).

¹²³⁰ R.PERCEROU, « *Le traitement judiciaire de la situation des entreprises en difficulté : mythe ou possibilité réelle* », Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle, Mélanges C. CHAMPAUD, Dalloz 1997, p.507 ; les statistiques révèlent qu'en France, 90% des procédures se terminent par la liquidation judiciaire quand celle-ci n'est pas prononcée immédiatement.

¹²³¹ Le terme « *règlement amiable* » doit être compris ici comme un terme générique désignant les procédures dans lesquelles, le débiteur négocie avec ses créanciers en vue de parvenir à un accord amiable.

PARAGRAPHE 1 : LE CRITERE DE L'OUVERTURE D'UN REGLEMENT AMIABLE

703. Il y a plus de deux siècles, la cessation des paiements a été inscrite comme critère de la faillite dans le Code de commerce français de 1807¹²³². La cessation des paiements a ainsi pendant longtemps constitué le principal critère d'ouverture d'une procédure collective et par voie de conséquence, la seule occasion d'une intervention judiciaire. Cependant, les législateurs français et africain, ont en commun, le mérite d'avoir mis en place, des procédures qui cherchent à rendre possible une intervention du juge antérieure à toute cessation des paiements et se produisant dès que se profilent à l'horizon des difficultés que l'entreprise a peu de chance de surmonter par elle-même.

704. Toutefois, le moment de l'intervention du juge n'est pas le même dans les procédures ainsi mises en place en droit français et en droit africain. Globalement, il apparaît qu'alors que les critères retenus pour l'ouverture d'une procédure amiable en droit français permettent une intervention précoce du juge (B), en droit africain, les critères retenus pour l'ouverture du règlement préventif¹²³³, conduisent à une intervention quelque peu tardive du juge(A).

A. LE RÈGLEMENT PRÉVENTIF AFRICAIN : UN CRITÈRE D'OUVERTURE SOURCE D'INTERVENTION QUELQUE PEU TARDIVE

705. Il résulte des dispositions de l'article 1, alinéa 2 de l'Acte uniforme OHADA que « *le règlement préventif est applicable à toute personne physique ou morale commerçante et à toute personne de droit non commerçante, à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé qui, quelque soit la nature de ses dettes, connaît une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise* ».

¹²³² Article 437 du Code de commerce de 1807 : « *Tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite* ».

¹²³³ Supra, n°55 et s.

706. Le critère matériel pris en compte pour l'ouverture d'un règlement préventif est donc l'existence des difficultés financières et économiques. Aux termes des dispositions légales, le débiteur qui sollicite l'ouverture d'une procédure de règlement préventif doit faire face à des difficultés financières sans pour autant que sa situation soit irrémédiablement compromise.

707. Bien qu'apparemment bien libellé, ce critère n'est pas aussi fiable qu'on pourrait le penser. Il n'est pas certain qu'il permette une intervention assez précoce du juge. D'abord, ce critère n'est pas aussi précis qu'on pourrait le croire (1). Ensuite, on ne saurait oublier que la saisine du juge pour l'ouverture du règlement préventif relève de la seule initiative du débiteur (2).

1. *L'imprécision du critère*

708. L'exigence selon laquelle, pour recourir à la procédure de règlement préventif, le débiteur doit être dans une situation difficile mais non irrémédiablement compromise, est une reprise de l'ordonnance française du 23 septembre 1967 aujourd'hui abrogée qui instituait une procédure de suspension des poursuites. L'idée du législateur est que la saisine du juge aux fins de règlement préventif intervienne lorsque l'entreprise se trouve dans une situation telle qu'elle puisse être sauvée. Plus précisément, l'entreprise ne doit pas être en état de cessation des paiements, auquel cas, il faut recourir à la procédure de redressement ou de liquidation des biens.

709. Pour autant, la notion de « *situation irrémédiablement compromise* », d'origine prétorienne avant d'être consacrée par le législateur, bien que constituant un critère posé depuis plusieurs années par la jurisprudence française¹²³⁴, est tellement fluctuante qu'il est difficile de la caractériser par rapport aux situations voisines¹²³⁵. Il a été surtout difficile, voire délicat de distinguer cette situation de l'état de cessation des paiements. Les deux critères ne sauraient cependant se confondre. Une entreprise peut être en état de cessation des paiements, suite au manque ou à l'insuffisance de liquidités alors même que la situation financière n'est pas irrémédiablement

¹²³⁴ CA Poitiers, 8 mars 1984, Banque, mai 1989, p.65 ; Cass.com., 23 février 1982, D.1982, IR, p.482, obs. F.DERRIDA ; Cass.Com. 22 juillet 1980, D. 1981, IR, p. 190, obs. M.VASSEUR ; Cass.Com. 5 janvier 1975, D.1995, IR, obs. A. HONORAT.

¹²³⁵ G-A LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Litec, 2001, n°130, p 132.

compromise, compte tenu de la faiblesse de dettes impayées¹²³⁶. De même, une entreprise en situation irrémédiablement compromise n'est pas forcément en cessation des paiements. Il suffit pour cela qu'elle dispose, temporairement, d'un actif suffisant pouvant lui permettre de faire face au passif exigible¹²³⁷.

710. Le problème ne se pose pas au niveau de la détermination des difficultés économiques et financières susceptibles de rendre préoccupante la situation de l'entreprise. Les difficultés en cause peuvent être d'ordre interne ou externe. Au plan interne, et à titre indicatif, les difficultés peuvent notamment être dues à la forme sociale qui ne correspond pas à la dimension de l'entreprise, à la mauvaise gestion ayant pour conséquence une baisse de rentabilité, à l'insuffisance de fonds propres, aux frais généraux élevés. Au plan externe, sont concernées, toutes les difficultés susceptibles de naître de l'environnement économique dans lequel évolue l'entreprise. Mais, le problème majeur est celui de la détermination du seuil à partir duquel les difficultés de l'entreprise rendent la situation de l'entreprise irrémédiablement compromise.

711. Nonobstant cet écueil, la doctrine et la jurisprudence ont essayé, tant bien que mal, de préciser ce qu'est la « *situation irrémédiablement compromise* » et ce qu'elle n'est pas. Ainsi, cette situation ne peut être assimilée à la situation simplement difficile car, cette dernière n'est qu'un mauvais cap auquel les crédits bancaires peuvent remédier sans être, en principe, dénoncés¹²³⁸. Cette situation doit également se distinguer d'une situation seulement préoccupante ou obérée qu'un soutien financier du banquier pourrait permettre de juguler¹²³⁹. Par ailleurs, la Cour de cassation française a jugé qu'une insuffisance de trésorerie, fût-elle grave ou durable, ne suffit pas à caractériser la situation désespérée, à moins que cette insuffisance de trésorerie ne devienne définitive¹²⁴⁰. En revanche, la jurisprudence considère qu'il y a situation irrémédiablement compromise dès lors que l'exploitation et, précisément sa poursuite, est en voie de devenir impossible de manière irréversible. Il en est ainsi

¹²³⁶ Cass.Com., 14 février 1978, cité par P.PETEL, TD dr des entreprises en difficultés. Litec 1990, p.54

¹²³⁷ Sur l'absence d'assimilation des deux situations, v., F.-J. CREDOT et Y. GERARD, obs. Sous Cass 25 février 1992, Rev.Banque, 1992, p.1058.

¹²³⁸ Cass.Com., 13 janvier 1988, RTD Com 1983, p. 592, obs. M. CABRILLAC et B.TEYSSIE ; CA Grenoble, 19 janvier 1988, Banque et droit 1988, p.64.

¹²³⁹ Pour une situation seulement préoccupante, v.Com.14 mars 1989, -D.inédit ; pour une situation obérée, CA Grenoble 19 janvier 1988, préc.Banque 1988, p.486, obs. ; J-L GUILLOT.

¹²⁴⁰ Cass.Com., 19 janvier 1983, RTD Com.1983, p.592.

d'une entreprise dont la dégradation de la situation et, notamment, des éléments de l'actif dépasse la moitié du capital social et qu'un important « *passif social et fiscal rend l'arrêt d'exploitation inévitable* ».

712. Il reste que, l'imprécision de la notion de « *situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise* » n'est pas étrangère à l'échec de la prévention organisée par le biais de la procédure de suspension provisoire des poursuites instituée par l'ordonnance française du 23 septembre 1967 dont elle constituait, à quelque chose près, le critère matériel d'ouverture. Les statistiques démontrent en effet que, dans de nombreux cas, la procédure était ouverte alors que l'entreprise ne payait plus ses créanciers¹²⁴¹. Pour permettre que le règlement préventif soit une procédure largement ouverte aux entreprises en difficulté, n'était-il pas alors plus indiqué de recourir à un critère d'ouverture plus souple et élastique ? Le législateur communautaire africain aurait pu, par exemple, recourir au critère d'ouverture de la procédure d'alerte en droit français : réserver la procédure de règlement préventif aux entreprises connaissant une situation économique et financière difficile « *de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* ».

713. En tout état de cause, le critère d'ouverture d'un règlement préventif tel que posé par l'article 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif et consistant en l'existence d'une simple « *situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise* » est d'une telle imprécision que, sur la base de simples difficultés passagères, il est possible de prétendre à l'ouverture de cette procédure et d'obtenir conséquemment la suspension des poursuites ou l'interdiction de certaines dettes antérieures¹²⁴². Aussi est-il préconisé, dans le cadre de la future réforme du droit des entreprises en difficulté OHADA, de revoir ce critère de manière à qualifier les difficultés rencontrées par le débiteur, lequel doit les exposer dans sa requête en vue d'éviter des recours dilatoires à cette procédure. Il est ainsi proposé dans l'avant projet d'amendements à l'Acte

¹²⁴¹ V. statistiques de l'époque : « *L'application du droit de la faillite, éléments pour un bilan* », sous la direction de Ph. SAYAG, C.R.E.D.A., p.285. Sur 42 rejets de suspension des poursuites, 22 résultaient du fait que l'entreprise se trouvait dans une situation irrémédiablement compromise et 20 du fait que l'entreprise était déjà en état de cessation des paiements.

¹²⁴² V. note d'orientation relative à la relecture de l'AUPC, Secrétariat permanent de l'OHADA, mars 2011, p.10.

uniforme que les « *difficultés économiques ou financières* » rencontrées par le débiteur revêtent un caractère sérieux¹²⁴³.

714. Une telle précision est d'autant plus indiquée que, de par la loi, le débiteur a le monopole de la saisine du juge de la prévention aux fins d'ouverture du règlement préventif.

2. *Le monopole reconnu au seul débiteur de saisir le juge de la prévention*

715. Il résulte des dispositions de l'article 5 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif que, aux fins d'ouverture d'une procédure de règlement préventif, la juridiction compétente est saisie par requête du débiteur exposant sa situation économique et financière et présentant les perspectives de redressement de l'entreprise et d'apurement du passif. Seul donc le chef d'entreprise a qualité pour solliciter du juge, l'ouverture d'un règlement préventif, étant entendu par ailleurs, que l'ouverture de cette procédure laisse ses pouvoirs intacts¹²⁴⁴. S'agissant d'une procédure volontariste et, comme dans la procédure de conciliation française, ni les créanciers, ni les salariés, ni le Président de la juridiction compétente sur saisine d'office, ni le Ministère public n'ont qualité pour le faire. Certes, *in fine*, c'est le juge qui détient le pouvoir d'appréciation souverain quant à savoir si les conditions d'ouverture du règlement préventif sont réunies ou pas. La juridiction compétente prononce d'office et à tout moment le redressement ou la liquidation des biens si elle constate la cessation des paiements¹²⁴⁵. Lorsque la situation de l'entreprise le justifie, elle rend une décision de règlement préventif et homologue le concordat préventif en constatant les délais et remises consentis par les créanciers et en donnant acte au débiteur des mesures proposées pour le redressement de l'entreprise¹²⁴⁶. Enfin, si la juridiction compétente estime que la situation de l'entreprise ne relève d'aucune procédure collective ou si elle rejette le concordat préventif proposé par le débiteur, elle annule¹²⁴⁷ la décision

¹²⁴³ Il est à cet égard prévu dans l'avant-projet d'amendements à l'AUPC un article 5, alinéa 1 libellé ainsi qu'il suit : « *Le règlement préventif est ouvert au débiteur qui, sans être en état de cessation des paiements, justifie des difficultés économiques ou financières sérieuses* ».

¹²⁴⁴ Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n°540 du 24 mai 2005, le juris-OHADA, n°3/2006, p.45.

¹²⁴⁵ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 15(1).

¹²⁴⁶ Ibid., article 15(2).

¹²⁴⁷ Ibid., article 15(3).

de suspension des poursuites rendue par son seul président. Mais, l'on ne saurait oublier que l'initiative de départ appartient au seul débiteur.

716. Le monopole ainsi reconnu au débiteur pour solliciter l'ouverture de la procédure de règlement préventif peut s'expliquer par le fait que, somme toute, l'offre de concordat préventif qui doit être déposée au greffe de la juridiction compétente subséquentement au dépôt de la requête aux fins de règlement préventif¹²⁴⁸ est assimilable, pour le chef d'entreprise, à un acte de gestion. L'élaboration de la proposition de concordat préventif, comme d'ailleurs celle de la proposition du concordat de redressement¹²⁴⁹ participe de l'exercice des pouvoirs de gestion du chef d'entreprise. Plus précisément, au moment où l'entreprise rencontre des difficultés, c'est au chef d'entreprise qu'il appartient, à travers son offre de concordat, de traduire les orientations de gestion envisagées. Ce chef d'entreprise habilité à poser tous les actes utiles à la gestion est soit une personne physique s'il s'agit d'une entreprise individuelle, soit l'organe légal de représentation, s'il s'agit d'une personne morale¹²⁵⁰. La démarche doit être spontanée pour préserver le caractère amiable de la procédure, mais également discrète pour éviter la divulgation des difficultés de l'entreprise¹²⁵¹, dont l'idéal est qu'elles soient appréhendées assez tôt en amont comme le prévoit au demeurant le dispositif préventif français.

B. DES CRITÈRES À L'ORIGINE D'UNE INTERVENTION PRÉCOCE EN DROIT FRANÇAIS

717. Le législateur français de 2005 s'est fondé sur l'idée maîtresse selon laquelle, seule l'anticipation de la connaissance des difficultés permet d'assurer la sauvegarde de l'entreprise. Aussi, a-t-il mis en place des dispositifs de prévention dont les critères d'accès permettent une intervention assez précoce du juge de la prévention. Ceci se vérifie dans la procédure d'alerte(1), dans la procédure de conciliation(2) et dans la procédure de sauvegarde(3).

¹²⁴⁸ V. Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif article 7.

¹²⁴⁹ Pour l'assimilation du concordat de redressement à un acte de gestion, v., O.KANE EBANGA, « *la nature juridique du concordat de redressement judiciaire dans le droit des affaires OHADA* », *Juridis périodique*, n°50, p.109.

¹²⁵⁰ Ces pouvoirs de gestion sont reconnus aux dirigeants de société par l'article 121 de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

¹²⁵¹ *Infra*, n°836.

1. *Le critère de l'intervention du juge dans la procédure d'alerte*

718. La procédure d'alerte prévue au nouvel article L.611-2 du Code de commerce¹²⁵² a droit de cité, lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure, qu'une société commerciale, un groupement d'intérêt économique, ou une entreprise individuelle, commerciale ou artisanale connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Lorsque tel est le cas, les dirigeants de l'entreprise concernée peuvent être convoqués par le Président du Tribunal de commerce afin que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation.

719. Le Président du Tribunal qui est au centre du dispositif judiciaire ne se contente pas d'attendre que viennent vers lui les informations qui permettront le déclenchement de son action, il va au devant et les recherche car, plus vite sont découverts les indices de ces difficultés, plus efficace sera l'action de prévention¹²⁵³. C'est pourquoi il met en place un système de détection adapté et organise une « *cellule de prévention* » composée des juges en exercice et poursuivant trois objectifs¹²⁵⁴ : la prévention –anticipation, la prévention et la prévention–traitement.

720. Les principales sources d'information du Président du Tribunal sur les indices des difficultés susceptibles de compromettre la continuité de l'exploitation et lui permettant d'intervenir à temps, sont les données disponibles au greffe du Tribunal¹²⁵⁵. D'ailleurs, à l'issue de l'entretien avec le dirigeant convoqué, ou si le dirigeant ne s'est pas rendu à la convocation, le Président du Tribunal peut nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication des renseignements visés au deuxième alinéa du nouvel article L.611-2 du Code de commerce, de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur¹²⁵⁶. Il est simplement regrettable que le Président du Tribunal ne se voit pas reconnaître ce droit à l'information avant l'entretien, ce qui lui serait utile, à la fois, pour vérifier l'utilité de la convocation et

¹²⁵² Supra, n°132.

¹²⁵³ A.LIENHARD, ouvrage précité, n°237, p.30.

¹²⁵⁴ Congrès national des Tribunaux de commerce, Paris, oct.2002, la prévention. Anticipation, détection et traitement des difficultés des entreprises.

¹²⁵⁵ Supra, n°139.

¹²⁵⁶ Supra, n°140.

le cas échéant, l'adéquation des mesures envisagées par le débiteur à sa situation réelle¹²⁵⁷.

721. Le succès de la prévention-détection suppose que les juridictions disposent de moyens efficaces, ce qui n'est pas le cas de toutes¹²⁵⁸. Quoiqu'il en soit, le Président du Tribunal a d'autant plus la latitude d'intervenir précocement que la loi lui donne désormais le pouvoir d'adresser des injonctions aux dirigeants défailants, d'avoir à procéder au dépôt des comptes annuels. En effet, le non respect de l'obligation de déposer les comptes annuels compte parmi les principaux « *clignotants internes* » signalant de sérieuses difficultés. Aussi, lorsque les dirigeants d'une société commerciale ne procèdent pas au dépôt des comptes annuels dans les délais prévus par les textes applicables, le Président du Tribunal peut leur adresser une injonction de le faire à bref délai sous astreinte¹²⁵⁹, c'est-à-dire dans un délai d'un mois¹²⁶⁰. Si cette injonction n'est pas suivie d'effets dans ce délai, le Président du Tribunal sera autorisé à convoquer les dirigeants pour un entretien confidentiel. Il convient du reste de préciser qu'en cas de retour de la lettre de notification de l'ordonnance portant injonction de faire avec une mention précisant que le destinataire ne se trouve plus à l'adresse indiquée, l'affaire est radiée du rôle par le Président et le greffier porte la mention de la cessation d'activité sur le registre de commerce et des sociétés¹²⁶¹.

722. Dans l'esprit du législateur, l'intervention du juge dans la procédure d'alerte est destinée à lui permettre, à l'issue de l'entretien avec le dirigeant et, entre autres solutions, de suggérer, avant qu'il ne soit trop tard, la mise en œuvre de techniques de prévention susceptibles d'aboutir à la conclusion d'un moratoire amiable entre le débiteur et ses créanciers ce, dans le cadre de procédures dont les critères d'ouverture sont flexibles à l'instar de la procédure de conciliation.

¹²⁵⁷ G.TEBOUL, « *Le projet de loi de sauvegarde des entreprises diffusé par la chancellerie le 12 mai 2004 : quoi de neuf ?* », Les Petites Affiches, 29 juin 2004, p.4.

¹²⁵⁸ A.LEINHARD, note sous article L.611-2 du Code de commerce, Code des procédures collectives commenté, Dalloz, 4^e édition, p.5.

¹²⁵⁹ Loi du 26 juillet 2006, article L.611-2, alinéa 3 du Code de commerce.

¹²⁶⁰ Décret du 28 décembre 2005, article 6, nouvel article R.611-13, alinéa 1 du Code de commerce.

¹²⁶¹ Ibid., article 7, nouvel article R.611-14, alinéa 3 du Code de commerce.

2. Le critère de l'intervention du juge dans la procédure de conciliation

723. Dans la procédure de conciliation¹²⁶², sont autorisées à saisir le juge de la prévention, les personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale¹²⁶³. Sont également autorisées à le faire, les personnes morales de droit privé et les personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé¹²⁶⁴. Toutes ces personnes ne sont habilitées à saisir le juge qu'à la condition qu'elles éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible et ne se trouvent pas en état de cessation des paiements depuis plus de quarante cinq jours¹²⁶⁵.

724. Il faut en déduire que pour que le débiteur puisse bénéficier de la conciliation, sa situation doit répondre aux deux conditions cumulativement requises par la loi. Il faut d'une part qu'il éprouve une difficulté. Il faut d'autre part qu'il ne soit pas en état de cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours.

725. En ce qui concerne la première condition, force est de constater que, pour favoriser la prévention, la loi autorise une ouverture très précoce de la conciliation sous le contrôle du juge. Il y a là un élargissement puisque, avant 1994, cette procédure était réservée au débiteur dont les comptes prévisionnels révélaient un besoin de financement insatisfait¹²⁶⁶. Outre que de tels comptes ne sont pas aujourd'hui nécessaires, la difficulté de fond concernée peut revêtir une coloration juridique, économique ou financière, l'objectif étant de favoriser le redressement amiable, une telle modification autorise à appréhender le problème à sa source sans attendre ses répercussions¹²⁶⁷.

726. S'agissant particulièrement de la difficulté économique, elle peut s'analyser en un évènement qui affecte les performances de l'entreprise et, par le fait même, sa capacité à continuer durablement son exploitation. Quant à la difficulté juridique, elle

¹²⁶² Supra, n°169 et s.

¹²⁶³ Loi du 26 juillet 2005, article 5, nouvel article L.611-4 du Code de commerce.

¹²⁶⁴ Ibid., article 5, nouvel article L.611-5 du Code de commerce.

¹²⁶⁵ Ibid., article 5, nouvel article L. 611-4 du Code de commerce.

¹²⁶⁶ C'est-à-dire un déséquilibre entre les emplois et les ressources, dont le débiteur ne savait comment il pouvait être comblé.

¹²⁶⁷ F. PEROCHON et R. BONHOMME, op. cit., n° 66, p. 48.

peut par exemple tenir à la menace de résiliation d'un contrat important de sous-traitance ou au risque d'une action en contrefaçon¹²⁶⁸.

727. L'article L.611-4 du Code de commerce invite à anticiper largement dès lors qu'il se contente d'une « *difficulté prévisible* ». Ainsi, la procédure de conciliation pourra être ouverte plus tôt que la sauvegarde, la difficulté pouvant, dans le premier cas, n'être que prévisible, alors que, dans le second cas, la difficulté devra être avérée¹²⁶⁹.

728. Il faut cependant relever qu'autant la notion de « *difficultés avérées* » peut être assez bien cernée¹²⁷⁰, autant la notion de « *difficultés prévisibles* » peut poser problème dans la mesure où, « *elle impose une recherche délicate, et parfois quasi divinatoire, sur les conséquences futures d'un fait lui-même imparfaitement connu* »¹²⁷¹. Il est toutefois suggéré de relativiser cette imprécision dès lors que l'enjeu est simplement d'ouvrir une négociation. Quoi qu'il en soit, « *la générosité de la formule employée par le législateur invite le Président du Tribunal saisi d'une demande d'ouverture à l'accepter facilement, pour que la démarche de négociation entre le débiteur et ses créanciers se mette en place très en amont de la cessation des paiements lorsque le débiteur en aura saisi l'opportunité* »¹²⁷².

729. En ce qui concerne la deuxième condition, il faut reconnaître que le législateur français de 2005 a opéré une petite « *révolution* » en autorisant le recours à la procédure de conciliation pour le débiteur en état de cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours¹²⁷³. Cette disposition légale française est aux antipodes du règlement préventif africain où, lorsque le juge de la prévention constate la cessation des paiements, il prononce, d'office, et à tout moment, le redressement judiciaire ou la liquidation des biens¹²⁷⁴. Le délai de quarante-cinq jours correspond au délai à l'issue duquel, le débiteur est tenu de déposer son bilan en vue de

¹²⁶⁸ P.-M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action, 2012/2013, n° 141.21, p.206.

¹²⁶⁹ KUNTZ, « *De la prévention des difficultés des entreprises, du mandat ad hoc et de la procédure de conciliation* », Les Petites Affiches, n° sp., 8 févr.2006, n° 28, p. 53, sp. p. 9-ROUSSEL GALLE, « *La procédure de sauvegarde. Quand et comment se mettre sous protection de la justice* », JCP E, 2006, chron. 2437, p. 1679 ; sp. p.1688, n° 34.

¹²⁷⁰ Puisqu'il s'agit, dans ce cas, d'apprécier l'impact de ces difficultés constatées et donc mesurables.

¹²⁷¹ A. JACQUEMONT, Droit des entreprises en difficulté, op. cit., n° 86, p. 51. Cet auteur se demande comment par exemple savoir que les difficultés d'un client important conduiront ou non à un non paiement de sa dette à l'échéance.

¹²⁷² J. JACQUEMONT, op. cit., n° 86, p. 51.

¹²⁷³ Loi du 26 juillet 2005, article5, nouvel article L.611-4 du Code de commerce.

¹²⁷⁴ Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 15(1).

l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire¹²⁷⁵. Ce délai peut également correspondre au délai moyen de paiement des fournisseurs et tient compte du délai d'usage pratiqué par les banques pour réduire ou supprimer les concours financiers à durée indéterminée ou occasionnelle consentis à une entreprise¹²⁷⁶.

730. A la faveur de la nouvelle législation française relative à la procédure de conciliation, il existe désormais une sorte de zone franche limitée à quarante-cinq jours, à l'intérieur de laquelle le débiteur peut librement opter entre la conciliation ou le redressement judiciaire¹²⁷⁷. De préventif, le traitement amiable des difficultés se fait curatif¹²⁷⁸. Le choix du débiteur dépendra, en pratique, du besoin qu'il éprouvera de bénéficier d'une mesure de suspension des poursuites puisque, alors qu'elle est de droit dans un cas de redressement judiciaire, la suspension des poursuites ne peut plus être ordonnée dans le cadre du traitement amiable des difficultés de l'entreprise¹²⁷⁹. Cette innovation du législateur français interdit à la juridiction compétente d'ouvrir une procédure collective sur saisine d'office, comme tel était le cas sous l'empire de l'ancienne législation en matière de règlement amiable, à moins qu'il n'apparaisse que l'état de cessation des paiements remonte à plus de quarante-cinq jours. Il reste que, dans la pratique, il sera difficile de vérifier le dépassement ou non du délai de quarante –cinq jours. Les juges devront en effet rechercher et apprécier cet état de cessation des paiements pour en fixer la date avec exactitude.

731. Si, en revanche, le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements, il aura, en théorie, le choix entre la procédure de conciliation et la procédure de sauvegarde. On peut dès lors s'interroger sur les critères susceptibles de conduire à choisir l'une ou l'autre procédure¹²⁸⁰.

732. La conciliation, en raison de sa nature contractuelle ne permet pas, *a priori*, d'imposer des solutions à des « *créanciers réfractaires* ». Elle assure en revanche au

¹²⁷⁵ Il résulte des dispositions de l'article L.631-4 du Code de commerce que l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire doit être demandée par le débiteur au plus tard dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements s'il n'a pas, dans ce délai, demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation.

¹²⁷⁶ C.mon., fin. art L.313-12, décret du 30 décembre 2005.

¹²⁷⁷ V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, « *le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises* », D.2005, chron.p.1356, n°8.

¹²⁷⁸ V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, préc.

¹²⁷⁹ A.LEINHARD, ouvrage précité, n°304,36.

¹²⁸⁰ VINCKEL, « *L'option entre les procédures préventives du nouveau droit des entreprises en difficulté : analyse des risques* », Les Petites Affiches, 12 juin 2006, n° 116, p.7s, sp.p.9, n° 9.

chef d'entreprise une plus grande maîtrise de l'étendue de la procédure¹²⁸¹. La conciliation paraît plus indiquée lorsque les prestations de l'entreprise sont échelonnées dans le temps car, la confiance des partenaires est de première importance¹²⁸². Du fait de sa confidentialité, la procédure de conciliation apparaît dès lors plus adaptée que la sauvegarde.

733. Lorsque, *a contrario*, le débiteur fournit des prestations instantanées¹²⁸³, la confidentialité importe moins et le débiteur peut, dès lors, choisir la procédure qui lui semble le mieux répondre à ses besoins et il semble bien que la sauvegarde sera spécialement adaptée si l'entreprise n'est pas en mesure de faire face à une échéance à venir¹²⁸⁴.

734. De même, la conciliation semble inadaptée lorsque l'entreprise connaît des difficultés structurelles¹²⁸⁵. En effet, le temps de la restructuration doit être un temps de répit que seul l'arrêt des poursuites individuelles autorise. Or, la conciliation n'entraîne pas l'arrêt des poursuites individuelles, d'où la préférence à donner à la procédure de sauvegarde.

735. L'on relèvera fort opportunément que le choix pour la procédure de conciliation n'est pas irréversible, en ce sens que, le chef d'entreprise peut toujours solliciter l'ouverture d'une sauvegarde alors qu'il bénéficie de la conciliation dès lors qu'il n'est pas en état de cessation des paiements¹²⁸⁶. Cette solution revêt toute son importance lorsque l'échec de la conciliation s'annonce. En pareille hypothèse, la menace de se placer sous la sauvegarde peut être en effet brandie dans le but d'inciter les créanciers à d'avantage de conciliation.

¹²⁸¹ Sur la question, v. VALDMAN, « *Loi de sauvegarde : quelle procédure pour quelles difficultés des entreprises* », Gaz.proc.coll. 2008/1, p.14.

¹²⁸² Tel est par exemple le cas pour une entreprise de bâtiments et de travaux publics (l'article 44 du code des marchés français exclut de la soumission aux marchés publics les entreprises en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire) ou pour les professionnels libéraux.

¹²⁸³ S'il exerce par exemple son activité dans la restauration et, de manière générale, si la clientèle est composée essentiellement de particuliers.

¹²⁸⁴ VALDMAN, article précité.

¹²⁸⁵ Rapp. SAINT-ALARY-HOUIN, « *L'ouverture de la procédure de sauvegarde* », RPC 2008/2, p. 85s, sp.p.88, n° 16.

¹²⁸⁶ Code de commerce, article L.621-1, alinéa 4.

736. Il apparaît en fin de compte essentiel pour le chef d'entreprise de choisir, dès le départ, la bonne procédure¹²⁸⁷. A ce propos, il doit être entendu que le débiteur qui se trouve déjà en état de cessation des paiements ne pourra prétendre qu'au recours à la conciliation, au redressement ou à la liquidation judiciaires, mais pas à la procédure de sauvegarde.

737. Si le critère d'ouverture de la procédure de conciliation apparaît en définitive assez souple et promet ainsi une intervention assez précoce du juge de la prévention, il en est de même pour la procédure de sauvegarde dont l'ouverture est cependant fermée au débiteur en état de cessation des paiements.

3. *Le critère de l'intervention du juge dans la procédure de sauvegarde*

738. Il a été démontré qu'en dépit du caractère contractuel de la procédure, le juge dispose encore des pouvoirs réels en matière de sauvegarde, aussi bien en amont de l'adoption du plan, au moment de son adoption, qu'après constat de son inexécution¹²⁸⁸. Mais encore faut-il que le débiteur soit capable de cerner le moment indiqué pour la saisine du juge. Comme il déjà été souligné¹²⁸⁹, le critère de l'ouverture de la procédure de sauvegarde a évolué. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008 dont est issue la nouvelle rédaction de l'article L.620-1, alinéa 1 du Code de commerce, il n'est plus question pour le débiteur de justifier « *de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter de nature à conduire à la cessation des paiements* » comme cela était exigé par l'article L.620-1, alinéa 1 du Code de commerce issu de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. Avec la nouvelle rédaction de l'article L.620-1, alinéa 1, il est plutôt question pour le débiteur qui n'est pas en état de cessation des paiements, de justifier simplement de difficultés *qu'«il n'est pas en mesure de surmonter* ».

739. De la sorte, la procédure de sauvegarde permet à tout commerçant, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à tout agriculteur, à toute autre

¹²⁸⁷ LAFONT DE SENTENAC, « *Rôle du commissaire aux comptes et de l'expert-comptable dans la détermination du passif du débiteur en conciliation ou en sauvegarde* », Bull. Joly 2006/8 et 9, § 220, p.1083s, sp. p. 1086.

¹²⁸⁸ Supra, n°197 et s., 202 et s., 230 et s.

¹²⁸⁹ Supra, n°195 et s.

personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante ainsi qu'à toute personne morale de droit privé de se mettre sous protectorat judiciaire, à la condition, pour toutes ces personnes, de justifier de difficultés qu'ils ne sont pas en mesure de surmonter.

740. Le débiteur pourra ainsi se placer sous protection judiciaire durant le temps nécessaire à la réorganisation de l'entreprise, le problème étant alors d'encadrer au maximum cette faculté qui lui est offerte¹²⁹⁰. Un tel encadrement passe incontestablement par la vérification par le juge de la réunion des conditions posées par la loi pour l'ouverture de la procédure de sauvegarde.

741. Il appartient en premier lieu au juge de vérifier que le débiteur n'est pas en mesure de surmonter ses difficultés. Ces difficultés peuvent être de nature économique, juridique, financière, sociale ou de toute autre nature et doivent, *a priori*, faire peser une menace sur l'exploitation de l'entreprise¹²⁹¹. Il peut en être ainsi du risque de déchéance du terme au titre d'un concours, laquelle déchéance peut provoquer la cessation des paiements¹²⁹². Cela suppose une appréciation subjective de l'importance des difficultés concernées, une appréciation « *in concreto* » en tenant compte de la capacité personnelle du débiteur à dépasser ou non les difficultés auxquelles il est confronté et de l'ensemble des circonstances¹²⁹³.

742. C'est précisément ce caractère insurmontable pour le débiteur qui justifie le traitement judiciaire. Pour reprendre les termes de M. Marc Guillaume, le débiteur a besoin d'un répit, il a besoin d'être soustrait aux poursuites des créanciers, durant le temps nécessaire à la réorganisation de l'entreprise : « *Par rapport à la conciliation, la différence principale est donc liée au fait que le débiteur estime qu'il a besoin d'une suspension provisoire des poursuites et que la simple négociation avec ses créanciers sera insuffisante pour le sortir des difficultés économiques, financières et ou juridiques... il est nécessaire qu'avant la cessation des paiements, une procédure*

¹²⁹⁰ Il 'agit d'un point qui concentre de nombreuses craintes et critiques : v. notamment, J.-F. BARBIERI, chron. RPC 2005, 346, n°13. ; MARTINEAU-BOURGNINAUD, D. 2005.1356, n°16. G. ; LEBEL, GP 7 septembre 2005, p.14 ; LEGUEVAQUES, Les Petites Affiches, 23 juin 2004, CHRIQUI, GP 16 mai 2004, p.2.

¹²⁹¹ PETEL, « *Les nouveaux critères d'ouverture (aspects juridiques)* » Dr. et patr, déc. 2009, n°187, p.59 s, sp.p.62.

¹²⁹² T. com., Nanterre, 30 nov. 2009, aff. Thonson, JCP E 2009. 604.

¹²⁹³ D. VOINOT, GP 7 sept. 2005, p.24, n°30, p.31 et s.

permette la suspension des poursuites : c'est le cœur de la procédure de sauvegarde »¹²⁹⁴.

743. Il apparaît ainsi que *« le critère d'ouverture de la sauvegarde est désormais extrêmement souple »¹²⁹⁵* de manière à conduire à une ouverture précoce de cette procédure. Cependant, selon certains, pour l'environnement économique, ce choix est incontestablement source d'insécurité. Aussi a-t-il été écrit que *« la nouvelle disposition ouvre les perspectives aux coquins et aux malins. Le chef d'entreprise, réalisant que certains contrats lui coûtent très chers au regard de ses perspectives de bénéfices, peut trouver dans la sauvegarde une belle occasion de les négocier en position de force. Pour celui qui ne craint pas les effets de la publicité entourant une sauvegarde, celle-ci devient une aubaine dont le Tribunal pourra difficilement le priver compte tenu de son nouveau critère d'ouverture ... »¹²⁹⁶*. Pour M. LE CORRE, et bien que cette observation ne soit pas absolue¹²⁹⁷, *« la peur de la publicité qui entoure la procédure de sauvegarde... suffira pour faire réfléchir suffisamment les acteurs économiques avant de saisir le Tribunal aux fins d'ouverture d'une procédure de sauvegarde »¹²⁹⁸*. Il a pareillement été relevé que la facilité d'ouverture de la procédure de sauvegarde est de nature à contrarier le droit de la concurrence¹²⁹⁹. Pour pallier à cette situation, il a été suggéré que le juge exerce un contrôle de conformité d'une sauvegarde au droit de la concurrence¹³⁰⁰.

744. Il appartient en second lieu au juge de vérifier que les difficultés alléguées par le débiteur sont exclusives de la cessation des paiements. En effet, si le débiteur attend la veille de la cessation des paiements pour solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, sa demande, même si elle est *a priori* recevable, sera fort peu utile¹³⁰¹. Il n'est même pas certain qu'une telle procédure soit ouverte car, l'absence de cessation des paiements au jour de la demande n'est pas suffisante : *« il faut encore que sa trésorerie demeure positive jusqu'au jour où le Tribunal*

¹²⁹⁴ M. GUILLAUME, in rapp. Clément, n°2094, AN, 11 févr. 2005 (audition devant la Commission des lois).

¹²⁹⁵ P.-M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action 2012/2013, n°223-32, p.374.

¹²⁹⁶ PETEL, « *Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II- commentaire de l'ordonnance n°2008- 1345 du 18 décembre 2008* », JCP E 2009. 1049, n°14

¹²⁹⁷ Certains secteurs d'activité sont moins sensibles à la publicité entourant la situation économique des intéressés que d'autres

¹²⁹⁸ P.-M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action 2012/2013, n°223-32, p.374.

¹²⁹⁹ En ce sens P.-M LE CORRE, op.cit. n°223-32, p.374.

¹³⁰⁰ D. VOINOT, « *L'ouverture des procédures collectives* », Gaz. proc. coll. n°sp. 2009, 6 et 7 mars 2009, p.10s, sp. 12.

¹³⁰¹ F. PEROCHON et R. BONHOMME, op. cit., n°175, p.129.

statue »¹³⁰², ce qui renforce l'exigence d'anticipation. Cette situation doit, au demeurant, perdurer durant toute la procédure, laquelle doit être interrompue en cas de cessation des paiements, la sauvegarde devant alors être convertie en redressant judiciaire ou en liquidation judiciaire¹³⁰³.

745. L'on peut enfin s'interroger sur la question relative à la date à laquelle, le juge doit se placer pour apprécier les difficultés que le débiteur n'est pas à même de surmonter et qui nécessitent le recours à la procédure de sauvegarde. A ce propos, une Cour d'Appel avait estimé qu'il ne devait être tenu compte que des moyens dont disposait le débiteur au jour de la demande¹³⁰⁴. Cette solution a été censurée par la Cour de cassation qui, de manière non équivoque, juge que « *les conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde doivent être appréciées au jour où il est procédé à cette ouverture* »¹³⁰⁵. Il en résulte que, si la question se pose devant la Cour d'Appel, il faudra, en pratique, distinguer selon que la sauvegarde a été ouverte au non par le Tribunal statuant en premier ressort. Si la sauvegarde a été ouverte par le Tribunal, l'appréciation des difficultés du débiteur sera faite par la Cour d'Appel au jour de la procédure d'ouverture devant la juridiction de premier degré. Cette solution permet de ne pas pénaliser le chef d'entreprise qui, depuis l'ouverture de la sauvegarde, a pris des mesures destinées au sauvetage de l'entreprise. Il faut toutefois préciser que cette appréciation sur l'éligibilité à la procédure de sauvegarde au jour où le Tribunal a statué, ne saurait interdire à la Cour d'Appel de constater, le cas échéant, la cessation des paiements. Dans ce cas, elle ne reformera pas la décision du Tribunal, ce dernier ayant bien statué, mais fera recours à la technique de la reconversion en redressement judiciaire, eu égard à la survenance de la cessation des paiements. Si, en revanche, la procédure de sauvegarde n'a pas été ouverte par le Tribunal statuant en premier ressort, l'appréciation des difficultés du débiteur sera faite par la Cour d'Appel au jour où elle statuera¹³⁰⁶.

¹³⁰² F.VINCKEL, « *Le nouveau régime de la période suspecte... : une réforme en trompe l'œil* », JCP E 2006, 1118, n°9.

¹³⁰³ Code de commerce, article L.622-10.

¹³⁰⁴ Versailles, 13^e ch., 15 juin 2006, RG n°06/01994, JCP E, 2006. 2440, p.1693 ; JCP E, 2006. 379, p.1510, note ROUSSEL GALLE ; JCP E 2007, chron.1004, p.19, n°1, obs. PETEL ; RPC2006/3, p.225, obs. FRAIMOUNT et ROUSSEL GALLE ; Les Petites Affiches, 22 déc. 2006, n°255, p.14, note PRIGENT ; Defrénois, 2006/24, chron.38507, p.1917, n°7, note GIBIRILA.

¹³⁰⁵ Com., 26 juin 2007, n°06-17.821, n°06-20.820, 2^e esp., Bull. civ. IV, n°s 176 et 177, n°s 1004 et 1005 ; D.2007, AJ 1864, note LIENHARD ; D.2008, Pan. 570, obs. LUCAS ; Gaz. proc. coll. 2007/4, p.20, note LEBEL ; Act. proc. coll. 2007/13, n°145, note VALLANSAN ; JCP E2007. 2120, p.28, note VALLANSAN ; RD. banc. et fin. juillet-août 2007, n°158, note LUCAS.

¹³⁰⁶ En ce sens, ROUSSEL GALLE, note sous com. 26 juin 2007, n°06-17.821, Bull.civ.IV, n°176, n°1004 FS-P+B+I+R ; RJ com.2007.359s, sp.p.363, n°05.

746. En droit des entreprises en difficulté, le juge n'intervient pas toujours en amont des difficultés de l'entreprise. Il n'est pas toujours question pour le juge de convoquer les dirigeants afin que soient envisagées des mesures propres à redresser la situation de l'entreprise qui connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Il n'est pas toujours question pour lui, de constater l'accord intervenu entre le débiteur et ses créanciers ou de valider celui-ci. Parfois, et dans bien des cas, le juge intervient parce que les difficultés de l'entreprise sont trop graves pour être résolues à l'amiable. Lorsque l'entreprise ne peut plus payer ses créanciers, le juge intervient soit pour essayer de la redresser, soit pour la liquider.

PARAGRAPHE 2 : LE CRITERE DE L'OUVERTURE D'UN REDRESSEMENT OU D'UNE LIQUIDATION

747. En droit africain¹³⁰⁷ tout comme en droit français¹³⁰⁸, le juge est saisi d'une demande soit en redressement judiciaire, soit en liquidation des biens ou en liquidation judiciaire selon le cas¹³⁰⁹, lorsque le débiteur est en état de cessation des paiements¹³¹⁰. Il a été déjà relevé¹³¹¹, à cet égard, que le droit africain et le droit

¹³⁰⁷ D'après l'article 25 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, « *le débiteur qui dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible doit faire une déclaration de cessation des paiements aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens...* ». Pour une application judiciaire de cette définition, V. jugement du 25 mai 2004 du TGI de Ouagadougou, Revue burkinabé de droit, n°45, note F.M SAWADOGO.

¹³⁰⁸ D'après le nouvel article L.631-1 du Code de commerce (article 88 de la loi du 26 juillet 2005), la procédure de redressement judiciaire est « *ouverte à tout débiteur...qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements* ». Quant au nouvel article L.640-1 du Code de commerce, (article 97 de la loi du 26 juillet 2005), il énonce que la procédure de liquidation est « *ouverte à tout débiteur...en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible* ».

¹³⁰⁹ A cet égard, le juge doit pouvoir choisir entre le redressement judiciaire et la liquidation, laquelle de ces deux procédures est adaptée à l'entreprise en état de cessation des paiements. Ce choix s'opère sur la base de critères qui ne sont pas les mêmes en droit africain et en droit français. En droit africain, l'article 33, alinéa 1 de l'AUPC enseigne que la juridiction compétente prononce le redressement judiciaire lorsqu'il lui apparaît que le débiteur a proposé un concordat sérieux. Dans le cas contraire, elle prononce la liquidation des biens. Le critère de choix entre ces deux procédures est donc le fait de proposer ou de ne pas proposer un concordat sérieux. En droit français en revanche, le nouvel article L.640-1 enseigne qu'entre la procédure de redressement judiciaire et celle de liquidation judiciaire, le juge choisira cette dernière s'il s'avère que le redressement de l'entreprise en cessation des paiements est « *manifestement impossible* », il en serait ainsi lorsque, par exemple, l'outil de travail n'existe plus la clientèle est perdue, il n'y a pas de personnel, il n'existe plus de moyens financiers pour poursuivre la vie de l'entreprise (cf. A.LIENHARD, ouvrage précité, n°703, p.90.) il appartient donc au juge d'apprécier l'impossibilité manifeste de redresser l'entreprise en cessation des paiements et de prononcer la liquidation au cas où la situation de l'entreprise est irrémédiablement compromise.

¹³¹⁰ Il faut cependant rappeler qu'il existe des cas d'ouverture exceptionnelle d'une procédure collective hors l'hypothèse d'une cessation des paiements. Ces cas sont généralement liés à l'inexécution des engagements pris dans le cadre de la procédure. En droit africain par exemple, le concordat de redressement peut être résolu en cas d'inexécution par le débiteur de ses engagements concordataires ou de remises et délais consentis ou annulé en cas de dol résultant d'une dissimulation d'actif ou d'une exagération du passif si le dol a été découvert après homologation du concordat. Dans ce cas, la procédure est convertie en liquidation des biens (cf. Articles 139, 140 et 141 de l'AUPC). En droit français, depuis la loi du 26 juillet 2005, les cas d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires reposant sur une logique de sanction ont disparu. Ces cas prévus dans l'ancienne législation étaient relatifs à l'inexécution par le débiteur des engagements financiers souscrits dans le cadre d'un accord de règlement amiable (cf. ancien article L.623-3 du

français ont la même définition légale de la cessation des paiements à savoir « *l'impossibilité pour le débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible* ». Cette définition qui, à la vérité est le résultat d'une longue évolution jurisprudentielle¹³¹² fait prévaloir une conception économique et financière sur celle strictement juridique qui était jusqu'alors admise¹³¹³. Elle favorise le prononcé d'une procédure collective bien en amont de la situation extrême retenue auparavant¹³¹⁴.

748. La cessation des paiements reste et demeure le nœud des procédures collectives. En légalisant la définition de la cessation des paiements, l'idée du législateur français de 1985 puis, à sa suite, de celui de 2005, était que cette légalisation, qui exige une appréciation rigoureuse de ses termes, permette l'ouverture précoce de la procédure de redressement judiciaire¹³¹⁵. La définition ainsi légalisée devenait un « *instrument de sauvetage des entreprises en difficulté* » entre les mains du juge. Ces réflexions sont transposables à la légalisation de la définition de la cessation des paiements par le législateur africain¹³¹⁶.

749. La cessation des paiements apparaît avant tout, en droit africain et en droit français, comme une notion matérielle(A). Depuis la loi du 26 juillet 2005, elle a cessé d'être une notion fonctionnelle en France (B).

Code de commerce), à l'inexécution de l'engagement souscrit par le locataire-gérant dans le cadre d'un plan de cession (cf. ancien article L.621-101 du Code de commerce), à l'inexécution des engagements fixés par un plan de continuation (cf. ancien article 624-5 du Code de commerce). La disparition de ces différentes causes d'ouverture de la procédure collective est sans doute justifiée par les critiques d'une partie de la doctrine pour qui ces exceptions étaient illogiques car elles faisaient du redressement judiciaire une sanction, alors qu'il constitue un traitement d'une entreprise en difficulté (V. notamment, Y.GUYON, ouvrage précité, n° 1123, p.145).

¹³¹¹ Supra, 266.

¹³¹² En effet, depuis la loi du 28 mai 1838, il incombe aux tribunaux de définir la notion de cessation des paiements. L'évolution de la définition dans le temps a ainsi permis de passer du critère initial purement matériel de l'arrêt du service de caisse à l'insuffisance de l'actif disponible par rapport au passif exigible.

¹³¹³ V. à cet égard, obs. LIKILLIMBA (G-A) sous cass.com. 28 août 1998, JCP-La semaine Juridique, Entreprise et Affaires, n°49,3 déc.1998, p.p 1926 et s; NYAMA (J.M), thèse de Doctorat, précité, p.p. 182 et s. ; NGUIHE KANTE (p) , thèse de Doctorat, précité, p.p. 111 et s.

¹³¹⁴ En ce sens, P.NGUIHE KANTE, « *Réflexion sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme....* », article précité, n°9.

¹³¹⁵ JOAN, 15 oct.1984, p.4690s.

¹³¹⁶ L'article 437 du Code de commerce et l'article 1 de la loi de 1889, textes alors applicables dans la plupart des Etats africains renvoyaient à la notion de cessation des paiements sans la définir. Le législateur communautaire africain, en légalisant la définition, s'est largement inspiré des apports jurisprudentiels français.

A. LA CESSATION DES PAIEMENTS : UNE NOTION MATÉRIELLE EN DROIT AFRICAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

750. En droit africain et en droit français, la cessation des paiements résulte de l'impossibilité pour l'entreprise, de faire face à son passif exigible avec son actif disponible. En réalité, la notion s'articule autour de trois critères juridico-comptables : le passif exigible, l'actif disponible, l'impossibilité de faire face. Il convient d'analyser les composantes de cette notion (1), la controverse qui s'est développée autour de ce critère(2), ainsi que les difficultés d'appréciation susceptibles de se poser au juge (3).

1. Les composantes de la notion de cessation des paiements

751. Le débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible doit faire une déclaration de cessation des paiements aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation¹³¹⁷.

752. Le « *passif exigible* » comprend les dettes liquides, exigibles et certaines. Le passif exigible est le passif échu et non le passif qui doit être payé à Court terme. En conséquence, le montant d'un prêt bancaire dont la déchéance du terme n'est pas survenue ne peut être inclus dans ce passif exigible¹³¹⁸. La notion d'exigibilité implique de ne tenir compte ni des dettes dont le terme n'est pas survenu, ni des dettes dont la condition suspensive n'est pas réalisée. Les dettes concernées sont donc celles qui sont échues et susceptibles d'exécution forcée. En revanche, la nature du passif importe peu ce, en raison de la théorie de l'unité du patrimoine.

753. Aussi doivent indifféremment être prises en compte, les créances civiles, les créances commerciales et les créances fiscales. La Cour de cassation française le rappelle avec force dans un arrêt du 22 juin 1993 en énonçant que :

¹³¹⁷ Alors que d'après l'article 25 de l'AUPC, cette déclaration doit être faite dans les trente jours de la cessation des paiements en vue d'obtenir l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, d'après les articles L.631-4 et L.640-4 du Code de commerce, les procédures de redressement et de liquidation judiciaire doivent être demandées par le débiteur dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements si, dans ce délai, il n'a pas demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation.

¹³¹⁸ Douai, 22 février 1990, Rev.proc.coll.1992.290,obs.J.M CALENDINI.

« C'est à bon droit qu'en application du principe de l'unité du patrimoine, une Cour d'appel retient que la dette, de nature civile, contractée par un débiteur antérieurement à l'exercice de son activité commerciale avait continué à grever son patrimoine lorsqu'il était devenu commerçant et que la nature de cette dette importait peu dès lors qu'à la date de l'ouverture de la procédure collective, le débiteur avait effectivement la qualité de commerçant ».

754. Cette position, consacrée d'ailleurs par le législateur africain¹³¹⁹ est contestable et d'ailleurs contestée dans la mesure où si l'on va au bout de la logique, la cessation des paiements pourrait résulter du non-paiement de dettes civiles personnelles sans rapport avec l'activité professionnelle du débiteur. Il serait donc logique que les dettes soient contractées dans l'intérêt de l'entreprise¹³²⁰.

755. L'« actif disponible » constitue la trésorerie de l'entreprise¹³²¹. Il s'entend de l'actif immédiatement utilisable, mobilisable, c'est-à-dire de l'ensemble des sommes en caisse, des effets de commerce à vue, du solde créditeur des comptes bancaires¹³²². En définitive, l'actif disponible comprend les sommes dont l'entreprise peut disposer immédiatement soit parce qu'elles sont liquides, soit parce que leur conversion en liquide est possible à tout moment et sans délai¹³²³.

756. Théoriquement, cette conception de l'actif disponible est étroite dans la mesure où, elle n'englobe pas les actifs réalisables à Court terme. De la sorte, des entreprises disposant par exemple d'un important patrimoine immobilier mais non réalisable à Court terme peuvent être considérées comme étant en cessation des paiements et, par voie de conséquence, soumises à une procédure collective. Ainsi qu'il a été observé¹³²⁴, le critère posé par la loi repose essentiellement sur la liquidité et la disponibilité.

¹³¹⁹ L'article 25, alinéa 1 de l'AUPC qui fait obligation au débiteur se trouvant dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible de faire une déclaration de cessation des paiements précise que « *quelle que soit la nature de sa dette* ».

¹³²⁰ En ce sens, Y.GUYON op.cit., p.137, n°118.

¹³²¹ J.STOUFFLET, « la notion juridique de trésorerie », Rev.Jurisp.com., n°spéc.nov.1989, p.30.

¹³²² Aix-en-Provence, 16 avr.1985, D.1987.somm.389, obs.C.BOUQUET.

¹³²³ Com.26 juin 1990, D., 1991, 574, note P.MORVAN.

¹³²⁴ Obs.J.M.CALENDINI, Rev.proc.coll.1992.289.

757. En droit français, le nouvel article L.611-11 du Code de commerce¹³²⁵ relatif au « *privilège du new money* » dans la procédure de conciliation, consacre indéniablement la conception legaliste de la cessation des paiements¹³²⁶. En effet, ce privilège reconnu à certaines personnes ayant consenti au débiteur un nouvel apport en trésorerie en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité ce, en cas d'échec de la conciliation et d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires subséquente, ne concerne que les liquidités réellement apportées et utilisables immédiatement par l'entreprise. Ce privilège exclut tout rééchelonnement ou réduction de dettes antérieures, toute promesse conditionnelle¹³²⁷. La priorité de paiement est donc limitée au seul « *apport en trésorerie* ». En conséquence, seul l'apport de fonds nouveaux est susceptible d'anéantir l'état de cessation des paiements et mérite d'être assorti de ce privilège.

758. La troisième composante de la cessation des paiements reconnue en droit français et en droit africain est « *l'impossibilité de faire face* ». Il s'agit de l'impossibilité pour le débiteur, de faire face au passif exigible avec l'actif disponible. Certains auteurs estiment que l'on est en présence, dans ce cas, d'une « inadéquation » du passif exigible et de l'actif disponible. C'est la différence entre ces deux éléments qui est de nature à établir la cessation des paiements et il appartient au juge du fond de procéder à la vérification. La cessation des paiements ne résulte plus seulement d'un simple arrêt matériel des paiements même si, cependant, le défaut de paiement d'une seule dette peut suffire à caractériser la cessation des paiements¹³²⁸. Elle n'est pas non plus caractérisée par un simple refus de paiement ou des retards systématiques. Pour la jurisprudence, c'est l'absence de trésorerie nécessaire à l'apurement de la dette qui caractérise la cessation des paiements¹³²⁹ et une simple insuffisance d'actif ne saurait l'établir¹³³⁰.

¹³²⁵ Loi du 26 juillet 2005, article 8.

¹³²⁶ MARTINEAU-BOURGNINAUD, précité, n°15.

¹³²⁷ Pour ôter tout doute sur ce point ayant fait débat du temps du projet de loi (V.E.JOUFFIN, « *le lancinant mouvement de balancier des procédures collectives, présentation de la seconde version de l'avant-projet de loi de sauvegarde des entreprises, cahiers de l'actualité Rép.com.Dalloz, mars 2004*), les Députés ont substitué aux termes « *crédit* » et « *avance* », prévus par le texte soumis à l'Assemblée nationale, qui pouvaient sembler accorder également ce privilège à une promesse de mise à disposition de fonds ou une garantie, l'expression « *apport en trésorerie* », qui signifie bien que l'apport des créanciers visé doit être « *liquide* »

¹³²⁸ Com.24 mai 1967, Bull.cass.1967.3, n°345 ; 14 février 1978, D.1978.IR.443, obs.A.HONORAT.

¹³²⁹ Com.20 janvier 1998, Rev.Procédures 1998, n°p.11.

¹³³⁰ Com.26 mai 1998, Quot.jur.1998, n°53.p.3.

759. Pour établir que le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, le juge ne saurait prendre en compte les sommes que le débiteur s'est procurées ou a tenté d'obtenir par des procédés frauduleux ou ruineux. Il se peut en effet que, dans le but de se procurer des liquidités temporaires en vue de couvrir le passif exigible, le débiteur ait à recourir à des moyens répréhensibles, contraires aux usages du commerce et à la loi pénale : émission des mauvais effets de complaisance, emprunts onéreux, sûretés ruineuses, avantage particuliers consentis à certains créanciers, cessions d'actif à vil prix, détournements de biens appartenant à des tiers... La jurisprudence assimilait au défaut de paiement le fait, par le débiteur, de s'être procuré les fonds nécessaires grâce à de telles pratiques¹³³¹. C'était la cessation des paiements déguisée. Cette jurisprudence continue à s'appliquer de manière à permettre d'ouvrir la procédure collective non pas seulement en présence d'un arrêt matériel de caisse, mais également dès que le service de caisse n'est maintenu que par des artifices, et spécialement par le recours à des moyens frauduleux, ruineux ou factices¹³³².

760. Bien que la définition légale de la cessation des paiements ait été maintenue pas les législateurs africain et français dans ses diverses composantes, il reste que, le critère ainsi retenu pour l'ouverture d'une procédure collective, a donné lieu à bien de controverses.

2. *La controverse autour du critère*

761. Il a été reproché à ce critère légal d'être tardif¹³³³. En effet, il a été constaté que ce critère conduisait la plupart du temps à la liquidation et ne permettait pas d'assurer effectivement le redressement de l'entreprise, tant il est vrai que ce redressement est impossible lorsque la dégradation de l'entreprise est trop avancée¹³³⁴. Ce qui semble être aujourd'hui la situation la plus fréquente¹³³⁵. Aussi, certains auteurs¹³³⁶ ont-ils proposé, en son temps, que ce critère, parce que se fondant

¹³³¹ A titre d'illustration, Cass.com., 13 juin 1989, Bull.civ.IV, n°187 ;D.1990.Somm.p69,obs.A HONORAT.

¹³³² F.M SAWADOGO, ouvrage précité, n°111,p.100.

¹³³³ F.PEROCHON, ouvrage précité, n°113, p.75.

¹³³⁴ B.SOINNE, ouvrage précité, n°401, p.226.

¹³³⁵ V.DELESALLE, « *Réflexions sur le fait générateur de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire* », Rev.proc.coll.1987, n°4, p.1.

¹³³⁶ Y.GUYON, op.cit. n°1116, p.134.

sur une situation facile à connaître, ne soit utilisé que lorsque la procédure venait à être déclenchée à l'initiative des créanciers ou de l'autorité judiciaire et qu'en revanche, le débiteur ait recours au critère en vigueur pour le déclenchement de la procédure d'alerte à savoir, l'existence de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, faits dont la gravité ne peut mieux s'apprécier qu'à l'intérieur de l'entreprise. Du reste, lors de la préparation de la réforme française du 10 juin 1994, il avait été suggéré, d'ouvrir la procédure dès que « *la situation de l'entreprise rend inéluctable la cessation des paiements* », ce qui aurait permis de préserver de meilleures chances de redressement pour l'entreprise. Ces propositions ont été écartées en raison des bouleversements techniques qu'elles auraient entraînés¹³³⁷.

762. Il est également reproché au critère légal sa rigidité. En effet, il a ainsi constamment été suggéré l'assouplissement de la définition de la cessation des paiements¹³³⁸. A ce propos, l'exigence, retenue par certaines décisions¹³³⁹ d'un passif « *exigible et exigé* » qui eût permis de tenir compte, de *lege feranda*, de la théorie de la réserve de crédit consentie par certains créanciers, n'a pas été consacrée par le législateur français de 2005¹³⁴⁰. Des auteurs n'ont pas manqué de regretter ce choix, observant que la consécration du critère « *passif exigé* » eût été cohérente avec les idées directrices de la réforme en ce qu'elle eût fait basculer la notion de passif simplement exigible dans le domaine de la prévention¹³⁴¹. D'autres, plus pragmatiques et réalistes, ont en revanche, justifié ce choix qu'ils considèrent comme le « *moins mauvais des critères* » en raison de la relative sécurité qu'il garantit au débiteur¹³⁴².

¹³³⁷ F.PEROCHON, précité.

¹³³⁸ En particulier, par la CCIP dans son rapport « *Courtière* », axe 9 : v.A.OUTIN-ADAM et S.BIENVENU, « *Relancer la réforme des textes sur la prévention et le traitement des difficultés des entreprises* », JCP E 2003, n°27, p.1113 ; v. aussi, FDERRIDA sur la notion de cessation des paiements, Mélanges J.-P. SORTAIS, Bruyant, 2002, p. 76 ; R.BADINTER, auditions de la commission des lois du Sénat, 22 déc.2004.

¹³³⁹ Dont notamment : Cass.Com. avr.1998, D. affaires 1998.847, obs.A.L. ; Defrénois 1998.948, obs. LE CANNU.

¹³⁴⁰ La référence au « *passif exigé* » aurait bien pu être introduite dans le cadre du nouveau dispositif français. En effet, il a principalement été reproché à ce concept de déboucher sur un déclenchement tardif de la procédure collective, ce qui heurterait la logique d'anticipation des difficultés de l'entreprise. Or, avec l'instauration de la procédure de sauvegarde, cette critique perd de sa pertinence puisque, dès avant la cessation des paiements, l'entreprise défaillante peut subir un traitement judiciaire.

¹³⁴¹ V.M.-J.CAMPANA et G.TEBOUL, « *la cessation des paiements : pour quoi faire ? (à propos de l'avant projet de loi de sauvegarde des entreprises)* » JCP E 2003, n°47, p.1833 ; « *la cessation des paiements : une définition en variateur ?* », Gaz.Pal., 16-18 mai 2004, p.2 ; C.LEGUEVAQUES, « *la réforme du droit des entreprises en difficulté (à propos de l'avant-projet de février 2004)* », Petites affiches, 23 juin 2004.

¹³⁴² B.SOINNE, « *La réforme des procédures collectives : la confusion des objectifs et des procédures* », Rev.proc.coll. 2004, p.1, n°4 ; Y.CHAPUT, Colloque Droit et commerce sur les entreprises en difficulté, des 3-4 avr.2004, « *Du Code d'Hammourabi à l'école de Chicago* », Les annonces de la Seine, 8 avr.2004, p.2 ; RJ com., hors série 2004, p.171.

763. L'ordonnance du 18 décembre 2008, a tenu compte du vœu relatif à l'assouplissement de la définition de la cessation des paiements en prenant en compte la théorie de la réserve de crédit. Elle a ainsi ajouté à l'article L.631-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce, la précision suivante : « *Le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements* ». La réforme envisagée du droit des entreprises en difficulté OHADA s'aligne sur cette solution¹³⁴³.

764. Quoiqu'il en soit, le juge des procédures collectives, qu'il soit africain ou français ne peut ouvrir une procédure de redressement ou de liquidation que s'il constate l'état de cessation des paiements. Cette constatation ne va cependant pas sans difficultés pour le juge.

3. Les difficultés de constatation judiciaire de la cessation des paiements

765. La cessation des paiements est soumise à l'appréciation du juge dans des situations aussi multiples que disparates. Il importe de relever que c'est au moment où le Tribunal statue qu'il a le devoir de vérifier si l'entreprise se trouve ou non en état de cessation des paiements. En conséquence, si, au moment où l'instance est engagée, l'état de cessation des paiements a disparu, la procédure ne peut être ouverte. Il en sera ainsi lorsque le débiteur aura apuré son passif depuis le moment où le Tribunal a été saisi ou lorsque le débiteur a obtenu des délais de règlement ou encore des abandons de créances. Il s'agit là d'une règle importante dans la mesure où elle protège le débiteur. Aussi, s'applique-t-elle non seulement en première instance, mais devant le juge d'appel. Il a en effet été jugé que c'est à la date où elle se prononce que la Cour d'Appel doit apprécier la cessation des paiements du débiteur¹³⁴⁴ et infirmer le jugement d'ouverture si celui-ci n'est pas devenu définitif.

¹³⁴³ L'article 25, alinéa 3 de l'avant-projet d'amendements à l'Acte uniforme énonce en effet ce qui suit : « (...) *n'est pas en cessation des paiements, le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les délais de paiement dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible* ».

¹³⁴⁴ Com., 6 octobre 1992, B.R.D.A. 12/92, n°1169 ; Cass ; Com., 14 novembre 2000, Act.proc.coll.2001, n°1, Ed.Juris-classeurs, Procédures, 2001, n°63. Il résulte de la première décision citée que doit être cassé l'arrêt qui confirme le jugement de mise en redressement judiciaire alors qu'au moment où elle statue, la Cour d'appel a constaté que la société n'était pas en « arrêt de service de

766. Le juge du fond qui constate l'état de cessation des paiements a l'obligation de motiver sa décision. Il doit indiquer les éléments et les faits sur lesquels il s'appuie afin de permettre à la juridiction de cassation d'exercer son pouvoir de contrôle. Cet exercice intellectuel n'est pas toujours aisé. Plus particulièrement en Afrique, l'observation de la pratique des tribunaux laisse apparaître, de manière saillante, une méconnaissance du droit des procédures collectives¹³⁴⁵ qui entraîne le plus souvent un examen superficiel des conditions d'ouverture et hypothèque leur succès¹³⁴⁶.

767. La première difficulté pour le juge dans la constatation de la cessation des paiements réside dans le *distinguo* qu'il peut être amené à faire entre la cessation des paiements et certaines situations voisines. Le juge des procédures collectives doit pouvoir ainsi distinguer la cessation des paiements du refus de paiements qui peut se justifier pour des raisons tout à fait personnelles du débiteur¹³⁴⁷. Il doit également distinguer la cessation des paiements des difficultés temporaires, accidentelles, de trésorerie ou la poursuite d'une activité déficitaire¹³⁴⁸. Surtout, le juge doit distinguer l'état de cessation des paiements de l'insolvabilité¹³⁴⁹. En effet, la cessation des paiements ne se confond pas avec l'insolvabilité caractérisée par le fait que le passif total est supérieur à l'actif total. Un débiteur, toute en étant solvable, peut en effet être amené à cesser ses paiements pour n'avoir pas eu le temps de réaliser son actif¹³⁵⁰. Par ailleurs, pour que le juge constate la cessation des paiements, il n'est pas nécessaire que l'entreprise soit dans une situation irrémédiablement compromise, c'est-à-dire, dans une situation désespérée. Bien que les deux situations soient différentes comme il a déjà été rappelé¹³⁵¹, dans les faits, il arrive fréquemment que la cessation des paiements recouvre une véritable insolvabilité¹³⁵². D'ailleurs, certains

caisse ». Il résulte de la seconde décision citée que la Cour d'appel devait rechercher si, à la date de l'arrêt, la société était privée de la réserve de crédit alléguée.

¹³⁴⁵ Sur la qualité du personnel d'encadrement de la faillite, *infra*, n° 1278 et s.

¹³⁴⁶ F.M SAWADOGO, « L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone, à partir de l'exemple du Burkina Faso », *Revue burkinabé de droit*, n°26 juillet 1994, p.191 à 248.

¹³⁴⁷ Besançon, 15 mars 1998, *Juris Data*, n°041419 ; Paris, 23 janvier 1998, *Juris Data* n°020063.

¹³⁴⁸ Cass.Com, 27 avril 1993, *Quot. Jur.n°* de 1993, p.3.

¹³⁴⁹ Colmar, 16 mars 1988, *D.1989*, som.4, obs.F.DERRIDA.

¹³⁵⁰ E.THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 6è éd. Revue et mise à jour par J.PERCEROU, Paris, Lib. Arthur Rousseau, 1922 n°1708.

¹³⁵¹ *Supra* n° 767.

¹³⁵² C'est ainsi que l'ordonnance française du 23 septembre 1967, en son article 1^{er}, visait « *les entreprises en situation financière difficile mais non irrémédiablement compromise* », c'est-à-dire qui ne sont pas encore en état de cessation des paiements. La même formule se retrouve à l'article 2, alinéa 1 de l'AUPC à propos du règlement préventif.

juges africains n'hésitent pas à assimiler la notion de cessation des paiements à la situation irrémédiablement compromise¹³⁵³.

768. La preuve de l'état de cessation des paiements constitue également une autre difficulté que peut rencontrer le juge. Cette preuve peut être rapportée par tous moyens si l'arrêt des paiements a trait à des créances commerciales et selon les règles du Code civil en cas contraire¹³⁵⁴. Bien que l'existence de la cessation des paiements résulte souvent de la déclaration du débiteur et donc de l'aveu de celui-ci, c'est au créancier qui engage une action tendant à voir prononcer le redressement ou la liquidation de son débiteur de rapporter la preuve de l'état de cessation des paiements¹³⁵⁵. En la matière, il n'y a donc pas renversement de la charge de la preuve en ce que ce n'est pas au débiteur de prouver qu'il est en mesure de faire face au passif exigible avec son actif disponible et qu'il possède les fonds nécessaires pour désintéresser immédiatement son créancier¹³⁵⁶. Les créanciers disposant de peu d'éléments internes d'information sur la situation de l'entreprise, ils ne peuvent que s'appuyer sur les manifestations extérieures de cette situation telles notamment les protêts pour défaut de paiement, les chèques sans provision, les procès-verbaux de carence... Quant au Tribunal, il peut bénéficier des indications fournies par le greffe ou par les services sociaux et les services fiscaux. Ces informations peuvent être complétées au Cours d'une enquête, dans le cadre du pouvoir d'investigation reconnu au juge en droit français et en droit africain¹³⁵⁷. L'enquête peut d'autant plus être indiquée que lorsque la procédure est ouverte sur déclaration du débiteur, la fiabilité des éléments fournis par lui peut parfois paraître douteuse. Lorsqu'une entreprise connaît des difficultés depuis un certain temps, bien de données peuvent être faussées à telle enseigne que les comptes et les chiffres de l'entreprise cessent d'être vraiment

¹³⁵³ Tribunal Régional de Niamey, jugement commercial n°16 du 15 janvier 2003, Revue nigérienne de droit, p.75, note anonyme. Dans cette décision, pour ordonner la liquidation des biens d'une entreprise publique, le juge constate que *«l'examen des pièces du dossier fait ressortir que la situation financière de... se trouve irrémédiablement compromise et qu'il ne peut,...faire face à son passif exigible avec son actif disponible »*

¹³⁵⁴ C.SAINT-ALARY-HOUIN, ouvrage précité n°349, p.206.

¹³⁵⁵ Cass.Com, 22 juin 1999, Rev.proc.coll.2000, p.45, obs.-M DELENEUVILLE.

¹³⁵⁶ Cass.Com, 2 avril 1999, Bull. civ.IV, n°111.

¹³⁵⁷ Supra, n°399 et 398.

significatifs si, pour améliorer leur présentation, les dirigeants et auteurs de ces comptes ont utilisé des stratagèmes comptables¹³⁵⁸.

769. De même, la date de l'arrêt des paiements est souvent difficile à déterminer par le Tribunal, les paiements pouvant être en effet interrompus et repris par la suite. Pourtant, la détermination de cette date est importante puisqu'elle permet de fixer la durée de la « *période suspecte* » qui est l'intervalle de temps compris entre la date effective de la cessation des paiements et celle du jugement d'ouverture¹³⁵⁹, étant entendu que certains actes posés par le débiteur pendant ce laps de temps peuvent être remis en cause. A défaut de précision particulière, la cessation des paiements est réputée être intervenue, en droit africain¹³⁶⁰ et en droit français¹³⁶¹, à la date du jugement qui la constate. En tout état de cause, dans les deux systèmes, la durée de la période suspecte est limitée en ce sens que, elle ne peut être antérieure de plus de dix-huit mois à la date du jugement d'ouverture¹³⁶².

770. Aussi bien en droit français qu'en droit africain, la date de cessation des paiements fixée dans le jugement d'ouverture est une date provisoire. En Cours de procédure, parce que mieux édifié, le Tribunal peut procéder à une fixation définitive en reportant en arrière, une ou plusieurs fois, la date de cessation des paiements. Cependant, en droit africain, pour limiter dans le temps l'insécurité juridique liée aux reports de cette date, aucune demande en modification tendant à faire fixer la date de cessation des paiements à une autre date que celle fixée par la décision d'ouverture ou une décision postérieure, n'est recevable après expiration du délai de quinze jours suivant le dépôt de l'arrêté définitif de l'état des créances¹³⁶³. En droit français, le juge ne peut faire remonter la période suspecte à une date antérieure à la décision

¹³⁵⁸ J-M NYAMA, Stratégie et perspectives du droit de la faillite au Cameroun, thèse de doctorat en droit, précité, p.62 et s.

¹³⁵⁹ C. ALEXANDRE-CASELLI, « *La cessation des paiements : éléments de détermination de la période suspecte 1995-1997* », La lettre de l'Observatoire consulaire des entreprises en difficulté, n°12, Dec.1998.

¹³⁶⁰ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 34, alinéa 1.

¹³⁶¹ Loi du 26 Juillet 2005, article 89, nouvel article L.631-8, alinéa 1 du Code de commerce.

¹³⁶² Il convient de rappeler qu'en Afrique, jusqu'à l'entrée en vigueur de l'AUPC, beaucoup de législations des pays de l'espace OHADA ne comportaient pas de durée maximale pour la période suspecte. La fixation de la durée de cette période relevait alors du pour voir discrétionnaire du juge. Aussi, avait-on des décisions fixant des périodes suspectes très courtes, voire dérisoires, d'autres ne précisant même pas de période suspecte alors même que les faits de l'espèce conduisaient à penser que le débiteur avait cessé ses paiements depuis longtemps (V.F.M SAWADOGO, note sous article 34 de l'AUPC, OHADA, Traité des Actes uniformes commentés, Juriscope 2002, p.852). Cette pratique était plus ou moins encouragée par les dispositions du Code de commerce alors applicable qui étaient muettes sur la question. Il va sans dire que l'absence de fixation d'une durée maximale pour la période suspecte peut être préjudiciable à certains créanciers antérieurs de bonne foi et crée, en tout cas, une insécurité juridique certaine.

¹³⁶³ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 34 alinéa 3.

définitive ayant homologué un accord amiable de conciliation, sauf en cas de fraude. Il s'agit là, d'un des effets importants de l'homologation judiciaire de l'accord entre les parties en matière de conciliation¹³⁶⁴. Cette nouvelle limite posée par la loi du 26 Juillet 2005 procède du besoin de sécuriser les procédures de conciliation¹³⁶⁵. De la sorte, se trouve éliminée la situation d'insécurité juridique qu'entretenait auparavant l'articulation des textes et de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de règlement amiable¹³⁶⁶. Les créanciers sont ainsi certains d'échapper à l'annulation des actes inclus dans l'accord homologué, le verrou de la conciliation ne jouant qu'en cas d'homologation et non en cas de simple constatation de l'accord de conciliation.

771. S'il apparaît ainsi notamment de l'analyse de ses différentes composantes qu'en droit français et en droit africain, la cessation des paiements reste avant tout une notion matérielle, force est cependant de constater qu'en droit français, depuis la loi du 26 juillet 2005, cette notion a cessé d'être fonctionnelle pour plus d'une raison.

B. LA CESSATION DES PAIEMENTS : UNE NOTION NON FONCTIONNELLE EN DROIT FRANÇAIS

772. Le législateur français de 1985 avait fait de la cessation des paiements une notion fonctionnelle¹³⁶⁷ requérant une appréciation stricte des termes de cette définition juridique et non comptable. Cette observation reste d'ailleurs valable pour le législateur communautaire africain. Cette orientation du législateur français avait d'ailleurs été renforcée par la loi du 10 juin 1994 qui avait posé comme condition expresse d'octroi du règlement amiable de ne pas être en état de cessation des paiements¹³⁶⁸.

773. Le législateur français du XXI^e siècle paraît, pour sa part, avoir adopté une vision plus économique que juridique du droit des entreprises en difficulté en permettant au débiteur de solliciter une conciliation alors même qu'il se trouve en

¹³⁶⁴ Supra, n°191.

¹³⁶⁵ A. LIENHARD, ouvrage précité, n°1418, p.251.

¹³⁶⁶ C. com., art.L.631.8. De la manière la plus claire, la Cour de cassation avait même jugé que ni l'ordonnance ouvrant le règlement amiable, ni l'ordonnance suspendant les poursuites, n'ont autorité de chose jugée quant à la cessation des paiements (Cass. com, 14 mai 2002, JCP E 2002, 1380, n°2, obs. P.P ; JCP 2003, 108, note F. VINCKEL ; D.2002, act. Jurispr.p. 1837, note A. LEINHARD).

¹³⁶⁷ V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, « *La cessation des paiements, notion fonctionnelle* », RTD com. 2002, p.245.

¹³⁶⁸ Ancien article L.611-4 du Code de commerce.

cessation des paiements. Il en résulte que la cessation des paiements n'a plus, en droit français, sa place comme critère exclusif d'ouverture d'une procédure collective (1). Par ailleurs, elle ne matérialise plus la frontière entre l'amiable et le judiciaire¹³⁶⁹ (2).

1. La cessation des paiements : critère non exclusif d'ouverture d'une procédure collective

774. Pendant longtemps, la cessation des paiements a constitué le principal critère financier d'ouverture d'une procédure collective de redressement ou de liquidation judiciaires en droit français. Avec la loi du 26 Juillet 2005, les choses ont changé. La cessation des paiements n'est plus une condition *sine qua non* d'ouverture d'une procédure collective. Bien au contraire, la loi fait de son absence, la condition d'ouverture d'une autre procédure collective en l'occurrence, la procédure de sauvegarde, sous réserve, pour le débiteur, de justifier de « *difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter* ».

775. Dans le cadre des procédures collectives de redressement et de liquidation, le débiteur n'est nullement incité à prendre les devants. En effet, le dépôt de bilan est trop inquiétant pour que le débiteur se précipite à la barre du Tribunal. Les risques sont pour lui si grands qu'il retardera autant que possible cette démarche douloureuse l'exposant à bien de désagréments : être dessaisi, subir les vexations attachées à l'état de débiteur failli, être exposé au risque de sanctions ainsi qu'à celui d'être exproprié de son entreprise. En revanche, avec la procédure de sauvegarde, tout est fait pour inciter le débiteur à solliciter l'ouverture d'une procédure collective. Certes, cette dernière procédure est une véritable procédure collective « *destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif*¹³⁷⁰ ». Elle est assortie d'une suspension des poursuites comme dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires et, soumet à ses règles, l'ensemble des personnes concernées par la défaillance de l'entreprise : le débiteur (dont l'ensemble du patrimoine est engagé, sous réserve des biens insaisissables), ses créanciers (chirographaires,

¹³⁶⁹ M. GERMAIN, « *De l'amiable au judiciaire : les limites de la cessation des paiements* », l'AFFIC, Actes du forum du 18 mars 1999, p.30.

¹³⁷⁰ Loi du 26 Juillet 2005, article 12, nouvel article L.620-1 du Code de commerce.

privilégiés, fiscaux, organismes sociaux), ses salariés. Cependant, la procédure de sauvegarde est moins contraignante pour le débiteur et lui offre des avantages spécifiques qui tiennent compte du fait que, par définition, il n'est pas en situation de cessation des paiements. Bien qu'il s'agisse d'une procédure collective, cette procédure n'empêche aucun dessaisissement et elle ne peut aboutir à l'éviction du débiteur et à son expropriation comme c'est le cas dans le cadre d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire. Le débiteur est associé plus étroitement au déroulement de la procédure et son Courrier n'est pas remis à l'administrateur¹³⁷¹.

776. Comme le relève fort opportunément un auteur¹³⁷², la différence entre le judiciaire négocié, la sauvegarde, et le judiciaire imposé, le redressement judiciaire, est l'absence de cessation des paiements. Alors que pour le redressement ou la liquidation judiciaire, il se pose au juge le problème de la constatation de l'existence de la cessation des paiements, pour la sauvegarde, il se pose à lui, en sens inverse, le problème de la constatation de l'absence de cessation des paiements comme condition d'ouverture de la procédure. Sur la base des documents comptables et financiers produits par le débiteur ainsi que des autres informations obtenues par voie d'enquête ou par voie de greffe, le juge, une fois de plus, doit être amené à apprécier les composantes de la notion de cessation des paiements pour démontrer non seulement son absence au jour où il statue, mais aussi pour apprécier si les difficultés invoquées par le débiteur sont susceptibles de conduire à la cessation des paiements. Exercice bien difficile car, il est déjà délicat pour le juge de se plonger dans le passé de l'entreprise pour apprécier, *a posteriori*, la date de cessation des paiements, il lui sera plus difficile de se projeter dans l'avenir, pour apprécier un état de cessation des paiements non hypothétique.

777. La cessation des paiements n'est plus un critère fonctionnel en droit français du seul fait qu'il n'est plus le seul critère lié à la situation financière du débiteur susceptible de conduire à l'ouverture d'une procédure collective. Elle ne l'est plus également parce que le législateur permet au débiteur de conclure un accord amiable alors même que la cessation des paiements serait avérée.

¹³⁷¹ Pour une critique de la réforme sur cette question de remise du courrier à l'administrateur, cf. les observations de Bernard SOINNE, in Rev. proc. coll.2004, p.2.

¹³⁷² V. MARTINEAU-BOURNINAUD, article précité, n°5.

2. *La cessation des paiements : la disparition de la frontière entre l'amiable et le judiciaire*

778. Avant la loi du 26 Juillet 2005, une ligne de démarcation bien nette était tracée entre les débiteurs en difficulté selon qu'ils avaient ou non cessé leurs paiements. Ceux qui n'avaient pas cessé leurs paiements pouvaient solliciter un règlement amiable et seulement un règlement amiable, « *horizon indispensable du débiteur in bonis* ». Les autres étaient justiciables d'une procédure collective de redressement ou de liquidation judiciaires, mais plus d'un règlement amiable. C'est dire qu'il n'y avait pas de communion possible entre la prévention des difficultés à caractère amiable et leur traitement d'essence judiciaire. C'est bien cette situation qui prévaut encore en droit africain où, seuls les débiteurs n'ayant pas cessé leurs paiements, peuvent solliciter l'ouverture d'une procédure de règlement préventif¹³⁷³. En effet, aux termes des dispositions de l'article 15 (1) de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, le concordat préventif ne peut être homologué si le débiteur est en état de cessation des paiements. Dans ce cas, la juridiction compétente prononce d'office à tout moment le redressement judiciaire ou la liquidation des biens du débiteur, en lui laissant la possibilité de faire sa déclaration et de déposer sa proposition de concordat dans un délai de trente jours.

779. Depuis la loi du 26 Juillet 2005, cette *summa divisio* a été abandonnée. On l'a vu¹³⁷⁴, il est possible au débiteur de solliciter une conciliation à condition de ne pas être en cessation des paiements avérée depuis plus de quarante-cinq jours. A l'évidence, la nouvelle loi brouille les frontières traditionnelles entre l'amiable et le judiciaire. Les juges ont désormais fort à faire face à cet éclatement de la cessation des paiements dont ils devront néanmoins déterminer la date dans cet espace temps afin d'apprécier le bien-fondé de la demande de conciliation. La doctrine n'a pas manqué de critiquer cette « *confusion des genres* » au motif qu'elle contribue à faire perdurer les dettes¹³⁷⁵. Cette critique paraît d'autant plus fondée que le Président du

¹³⁷³ Supra, n°708.

¹³⁷⁴ Supra n°729 et s.

¹³⁷⁵ B. SOINNE, « *La réforme des procédures collectives : la confusion des objectifs et des procédures* », RPC 2004, p.1, n°4 ; H. CHRQUI, « *Prévention des difficultés des entreprises : peut-on aller plus loin ?* », Gaz. Pal., 16-18 mai 2004, p.2 ; C. LEQUEVAQUES, « *La réforme du droit des entreprises en difficulté (à propos de l'avant-projet de février 2004)* », Les Petites Affiches, 23 juin 2004, p.4.

Tribunal n'a théoriquement pas le pouvoir de refuser l'ouverture d'une procédure n'ayant manifestement aucune chance d'aboutir à un accord. C'est sans doute la raison pour laquelle, la loi a prévu la communication obligatoire de la décision ouvrant la procédure de conciliation au Ministère public afin d'éviter les recours abusifs ou dilatoires¹³⁷⁶. Il est vrai que cette « immixtion » du Ministère public peut dissuader de tenter un redressement amiable et, à rebours de l'objectif de la réforme, retarder l'ouverture d'une procédure amiable ou judiciaire¹³⁷⁷.

780. Le moment de l'intervention du juge dans la procédure peut ainsi constituer un obstacle réel au sauvetage de l'entreprise en difficulté. L'idéal est une intervention précoce du juge de l'entreprise en difficulté pour un résultat efficient. Par ailleurs, la clarté et la simplicité des critères d'intervention s'avère également être un gage de succès de ce sauvetage. Là n'est cependant pas, au plan des modalités de l'intervention du juge, l'unique obstacle susceptible de s'opposer au sauvetage de l'entreprise. Le problème de la confidentialité de l'intervention du juge mérite également de retenir l'attention.

SECTION 2 : LA CONFIDENTIALITE DE L'INTERVENTION DU JUGE

781. En droit des entreprises en difficulté, le redressement de l'entreprise requiert un minimum de discrétion et de confidentialité. En effet, non seulement il n'est jamais agréable de reconnaître publiquement ses ennuis, mais encore et surtout, la transparence, en portant atteinte au crédit du débiteur, risque de compromettre son redressement¹³⁷⁸.

¹³⁷⁶L'alinéa 3 du nouvel article L.611-6 du Code de commerce, résultant de la rédaction que lui donne l'article 3 de l'ordonnance du 18 décembre 2008, conserve l'obligation de communication de la décision d'ouverture de la procédure de conciliation au Ministère public.

¹³⁷⁷A. LEINHARD, note sous article L.611-4 du Code de commerce, Code des procédures collectives commenté, Dalloz, 4^e édition, p.8.

¹³⁷⁸Y. GUYON, « *La transparence dans les procédures collectives* », conférence tenue le 9 septembre 1998 lors d'un colloque organisé par la Revue des procédures collectives, Les Petites Affiches, n°79 du 21 avril 1999.

782. Pourtant, il est apparu qu'en matière de procédures collectives, la transparence était une nécessité inéluctable car, ainsi que le relève un auteur, « *justice secrète, opacité et Etat de droit sont incompatibles*¹³⁷⁹ ».

783. En somme, le législateur des procédures collectives doit réaliser un certain équilibre entre transparence et opacité. Le traitement des difficultés de l'entreprise se doit de concilier ces impératifs contradictoires. L'exigence de transparence s'avère dès lors, en droit français et en droit africain, être un obstacle à la confidentialité de l'intervention du juge de l'entreprise en difficulté (paragraphe 1). D'un autre côté, la confidentialité est indispensable au redressement de l'entreprise (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : L'EXIGENCE DE TRANSPARENCE, OBSTACLE COMMUN A LA CONFIDENTIALITÉ

784. L'on ne saurait perdre de vue que les procédures collectives mettent en œuvre le principe de l'égalité entre créanciers de sorte qu'il paraît judicieux que tout intéressé puisse tout connaître pour s'assurer qu'il n'est pas traité différemment des autres. Par ailleurs, même si cet objectif est de plus en plus perdu de vue, les procédures collectives conservent un rôle d'assainissement en ce qu'elles peuvent aboutir à la mise à l'écart de la vie des affaires de ceux qui, par leurs fautes, ont ruiné leurs créanciers. Dès lors, une publicité est nécessaire pour informer les tiers des sanctions prises contre leurs débiteurs ou leurs dirigeants sociaux en faillite personnelle ou frappés d'interdictions.

785. L'exigence de transparence en droit des procédures collectives a pris une dimension particulière en France avec la publication d'un rapport parlementaire en juillet 1998 sur le mauvais fonctionnement des tribunaux de commerce¹³⁸⁰. A cet égard, les médias, montant en épingle quelques dysfonctionnements, ont laissé entendre que les procédures collectives, jugées dans le monde clos des tribunaux de commerce, seraient l'affaire des « copains et des coquins ». C'est sans doute cette exigence de transparence aussi bien à l'égard des créanciers qu'à l'égard des tiers, qui

¹³⁷⁹ N. FRICERO, article précité, n°13.

¹³⁸⁰ F. COLOMBET et A. MONTEBOURG, « *Les tribunaux de commerce, une justice en faillite ?* » : Ass. Nat. Rapport n°1038, juillet 1998, éd. Michel LAFON.

a conduit, en droit français et en droit africain, à l'institution des contrôleurs dans la procédure (A). C'est également cette exigence de transparence qui a conduit, ici et là, à la consécration de la publicité des débats et du prononcé des décisions (B).

A. L'INSTITUTION DES CREANCIERS CONTROLEURS DANS LA PROCEDURE

786. Les premiers bénéficiaires d'une procédure transparente sont les créanciers. Qu'on le veuille ou non, au-delà de l'objectif de redressement de l'entreprise, le paiement des créanciers reste l'un des objectifs de la procédure en droit africain et en droit français. En effet, si la procédure est collective, c'est bien parce que la loi a voulu que le paiement respecte l'égalité des créanciers¹³⁸¹. L'égalité postule que les créanciers ne doivent rien cacher et que l'on ne doit rien cacher aux créanciers.

787. Ainsi, tous les créanciers qui participent à la procédure doivent bénéficier de la transparence et, cela, avant même d'avoir été admis¹³⁸². Le seul fait de demander un paiement, en déclarant sa créance, voire d'exercer un droit quelconque contre le débiteur tel par exemple, la revendication d'un bien vendu avec une réserve de propriété¹³⁸³, donne vocation à une information, que l'on souhaite aussi large que possible¹³⁸⁴.

788. Aujourd'hui, les différents législateurs ayant beaucoup plus à cœur l'objectif de redressement de l'entreprise que le paiement des créanciers, il a apparu nécessaire d'éviter l'éviction totale de ceux-ci en renforçant les droits des contrôleurs. Cette situation explique du reste les nombreuses études consacrées en France à l'institution¹³⁸⁵. De la sorte, des droits reconnus aux contrôleurs peuvent profiter à l'ensemble des créanciers et pallier éventuellement l'inertie du représentant des créanciers en droit français ou du syndic en droit africain.

¹³⁸¹ F. POLLAUD-DULLAN, « *Le principe d'égalité dans les procédures collectives* », J. C. P 1998, I, 138.

¹³⁸² Y. GUYON, article précité, n° 5.

¹³⁸³ Infra, n°868.

¹³⁸⁴ Y GUYON, précité.

¹³⁸⁵ V. notamment : M.A FRISON-ROCHE, « *Le contrôleur* », LPA, 14 juin 1995, n° spécial sur « *les principales innovations du décret du 21 octobre 1994* », p.8 ; M.A. FRISON-ROCHE et B. FEUGERE, « *Le vade-mecum du contrôleur* », La vie judiciaire, 24-30 avril 1995 ; J.-B. CARPENTIER et A. CHARVERIAT, « *Les contrôleurs* » Gaz. Pal. 3-4 mars 1995, p.2 ; M. JOCKEY, « *Le nouveau personnage du contrôleur* » in le nouveau droit des défaillances d'entreprises, Dalloz, 1995, p.131 ; G. TEBOUL, « *Les contrôleurs, constat et perspectives* », Gaz. Pal.4-5 juin 1999, p.9 ; J-L VALLENS, « *Le statut et le rôle du contrôleur* », Rev. Trim. Dr. Com., 1998, p.952.

789. Toutefois, la confrontation entre les systèmes africains et français laisse apparaître qu'en droit africain, les droits des contrôleurs sont mitigés (2), en droit français, ceux-ci sont renforcés (1). Il reste que, dans les deux ordres, des entraves réelles existent qui empêchent que les contrôleurs soient considérés comme véritablement représentatifs de l'intérêt collectif des créanciers (3).

1. Le renforcement des droits et pouvoirs des contrôleurs en droit français

790. En droit français, la fonction de contrôleur est prévue pour toutes les procédures collectives, qu'il s'agisse d'une sauvegarde, d'un redressement¹³⁸⁶ ou d'une liquidation judiciaires¹³⁸⁷. Choisi en principe, parmi les créanciers qui en font la demande, le contrôleur désigné par le juge-commissaire et ses fonctions qui sont gratuites, consistent à assister le mandataire judiciaire et le juge commissaire. Le législateur français de 1994, voulant redorer le blason des créanciers afin de donner satisfaction à certaines catégories d'entre eux¹³⁸⁸, a « revalorisé »¹³⁸⁹ la fonction de contrôleur. La loi du 26 juillet 2005 a renforcé cette situation.

791. La réforme des contrôleurs est née du constat négatif selon lequel, d'une part les créanciers n'avaient pas accès à l'information et, d'autre part, le représentant des créanciers, organe de la procédure, était insuffisamment représentatif de leurs droits¹³⁹⁰.

792. En effet, le rapport AFB/CNPF du 28 avril 1992¹³⁹¹ aura clairement mis en évidence le défaut d'information dont se plaignaient les créanciers, ainsi que leur volonté d'être d'avantage informés et consultés aux phase-clés de la procédure. Mieux, le constat avait été fait que, le représentant des créanciers, organe désigné par le Tribunal et non par le créancier lui-même, se désintéressait de sa mission, n'était pas toujours en mesure d'arbitrer les conflits entre créanciers, et donc d'agir au mieux

¹³⁸⁶ Loi du 26 juillet 2005, article 89, nouvel article L.639-9 du Code de commerce.

¹³⁸⁷ Ibid, article 98, nouvel article L.641-1 du Code de commerce.

¹³⁸⁸ F. DERRIDA, « *Du rôle des contrôleurs dans les procédures de redressement judiciaires* », Mélanges A. HONORAT, éd. Frison-Roche, p.90, n° 3.

¹³⁸⁹ J.-M. CALENDINI, « *La revalorisation du rôle du contrôleur* », Petites Affiches, 14 septembre 1994, n° spécial sur la « réforme du droit des entreprises en difficulté », p.67.

¹³⁹⁰ M. JOSKEY, article précité, p.32.

¹³⁹¹ AFB/CNPF : « *Propositions relatives à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises* », 28 avril 1992, pp.8 et 9.

de l'intérêt collectif, en un mot, n'était pas suffisamment représentatif des créanciers¹³⁹². Le même rapport relevait que le représentant des créanciers n'appliquait pas la loi au mieux des intérêts de ces derniers et ne prenait pas « *toute mesure pour informer et représenter les créanciers* » ainsi que l'y obligeait les textes en vigueur¹³⁹³.

793. C'est en réaction à ce constat négatif des créanciers insuffisamment informés et représentés que le législateur français du 10 juin 1994 est intervenu. La loi du 10 juin 1994 semble en effet avoir pris en compte les attentes des professionnels en renforçant les droits des contrôleurs. Cette tendance s'est poursuivie avec la loi du 26 juillet 2005. Toutefois, le décret du 28 décembre 2005 maintient l'obligation qui incombe à l'organe représentant les créanciers d'informer ceux-ci. En effet, il résulte des dispositions de ce décret que « *le mandataire judiciaire prend toute mesure pour informer et consulter les créanciers*¹³⁹⁴ ». Il résulte également du même décret que « *les créanciers qui en font la demande par lettre recommandée avec demande d'avis de réception au mandataire judiciaire, sont tenus informés par celui-ci, des étapes essentielles de la procédure au fur et à mesure du déroulement de celle-ci*¹³⁹⁵ ». Cette règle traduit, non seulement l'obligation générale incombant au mandataire judiciaire d'informer les créanciers, mais également, habilite ces derniers à exiger une information individuelle « *circularisée* » sur les étapes principales de la procédure collective.

794. Quoi qu'il en soit, les contrôleurs sont d'abord titulaires de nombreux droits d'information. Les contrôleurs peuvent ainsi prendre connaissance de tous les documents transmis à l'administrateur et au mandataire judiciaire¹³⁹⁶. Ils sont informés du contenu des offres de cession reçues¹³⁹⁷. Ils sont informés et consultés ou entendus dans les cas suivants : sur les propositions pour le règlement des dettes et sur les réponses des créanciers¹³⁹⁸, sur le rapport de l'administrateur¹³⁹⁹, avant que ne

¹³⁹² M. JOCKEY, *ibid.* p.133.

¹³⁹³ L'article 27 du décret n°85-1388 du 27 décembre 1985 disposait alors : « *Le représentant des créanciers prend toute mesure pour informer et consulter les créanciers* ».

¹³⁹⁴ Décret du 28 décembre 2005, article 70, alinéa 1.

¹³⁹⁵ *Ibid.*, article 70, alinéa 2.

¹³⁹⁶ Loi du 26 juillet 2005, article 22, nouvel article L. 621-11 du Code de commerce.

¹³⁹⁷ *Ibid.*, article 111, nouvel article L.642-2, IV du Code de commerce.

¹³⁹⁸ *Ibid.*, article 63, nouveaux articles L. 626-5 et 626-7 du Code de commerce.

¹³⁹⁹ *Ibid.*, article 64, nouvel article L.626-8 du Code de commerce.

soit ordonnée la cessation totale ou partielle de l'activité, la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire ou prononcée la liquidation judiciaire¹⁴⁰⁰, avant que le Tribunal arrête un plan de sauvegarde¹⁴⁰¹ ou décide une modification substantielle dans les objectifs ou moyens du plan¹⁴⁰², avant que le Tribunal retienne une offre de reprise¹⁴⁰³ ou décide une modification dans les objectifs et les moyens du plan de cession¹⁴⁰⁴, avant que le Tribunal autorise la conclusion d'un contrat de location-gérance¹⁴⁰⁵, avant la cession d'un fonds de commerce¹⁴⁰⁶, avant que le Tribunal autorise la cession à un parent ou allié du débiteur¹⁴⁰⁷, avant que le Tribunal autorise la reprise des poursuites individuelles, pour fraude en cas de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif¹⁴⁰⁸. Les contrôleurs formulent leurs observations sur les modalités de réalisation de l'actif¹⁴⁰⁹.

795. Les contrôleurs sont ensuite détenteurs de certains pouvoirs. Ils peuvent ainsi : demander au juge-commissaire de saisir le Tribunal en vue du remplacement d'un mandataire de justice ou de l'adjonction d'un administrateur¹⁴¹⁰, demander au Tribunal d'ordonner la cessation partielle de l'activité, la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire, le prononcé de la liquidation judiciaire¹⁴¹¹. Ils assistent le mandataire judiciaire lorsqu'il procède à la vérification des créances¹⁴¹². Cependant, ce pouvoir a des limites. Les contrôleurs n'ont pas de pouvoir de gestion ou d'administration de l'entreprise, ni de pouvoir à l'égard du déroulement de la procédure collective. Ils ne peuvent, en principe, exercer les pouvoirs ou les droits conférés par la loi aux mandataires de justice. Mais, la loi du 26 juillet 2006 est venue apporter une exception notable à ces règles en conférant désormais aux créanciers contrôleurs un rôle supplétif de défense de l'intérêt collectif en cas de carence du mandataire judiciaire auquel incombe cette fonction¹⁴¹³. Toutefois, et, suivant en cela

¹⁴⁰⁰ Ibid., article 28, nouvel article L.622-10 du Code de commerce.

¹⁴⁰¹ Ibid., article 65, nouvel article L.626-9 du Code de commerce.

¹⁴⁰² Ibid., article 80, nouvel article L.626-26 du Code de commerce.

¹⁴⁰³ Ibid., article 111, nouvel article L.642-5 du Code de commerce.

¹⁴⁰⁴ Ibid., article 111, nouvel article L.642-6 du Code de commerce.

¹⁴⁰⁵ Ibid., article 111, nouvel article L.642-13 du Code de commerce.

¹⁴⁰⁶ Ibid., article 113, nouvel article L.642-19 du Code de commerce.

¹⁴⁰⁷ Ibid., article 111, nouvel article L.642-3 du Code de commerce.

¹⁴⁰⁸ Ibid., article 122, nouvel article L.643-11 du Code de commerce. Ibid., article 112, nouvel article L.642-18 du Code de commerce.

¹⁴⁰⁹ Ibid., article 112, nouvel article L.642-18 du Code de commerce. Ibid., article 19, nouvel article L.621-7 du Code de commerce.

¹⁴¹⁰ Ibid., article 19, nouvel article L.621-7 du Code de commerce. Ibid., article 19, nouvel article L.622-10 du Code de commerce.

¹⁴¹¹ Ibid., article 19, nouvel article L.622-10 du Code de commerce.

¹⁴¹² Décret du 28 décembre 2005, article 103. Loi du 26 juillet 2006, article 34, nouvel article L.622-20 du Code de commerce.

¹⁴¹³ Loi du 26 juillet 2006, article 34, nouvel article L.622-20 du Code de commerce.

les suggestions de la doctrine¹⁴¹⁴, le décret du 28 décembre 2005 précise que l'action du créancier contrôleur n'est recevable qu'après mise en demeure adressée au mandataire judiciaire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception restée infructueuse pendant deux mois à compter de la réception de celle-ci¹⁴¹⁵. Par ailleurs, afin d'éviter des débordements, les articles L.651-3, L.654-17 du Code de commerce exigent, de surcroît, une initiative émanant de la majorité des créanciers contrôleurs. Il faut relever, à ce propos, que le caractère absolu du monopole de défense de l'intérêt collectif des créanciers conféré auparavant au mandataire par la Cour de cassation française¹⁴¹⁶ présentait des inconvénients réels, en cas d'inertie de celui-ci. Dans cette hypothèse en effet, les créanciers n'avaient d'autre recours qu'une éventuelle et aléatoire action en responsabilité contre leur représentant¹⁴¹⁷.

796. Pour certains¹⁴¹⁸, la solution adoptée par la réforme apparaît comme un bon compromis entre la conception « totalitaire » du monopole du mandataire et la reconnaissance de l'action *ut singuli* exercée par un créancier. Il en résulte que le contrôleur, en droit français, doit être considéré sinon comme un véritable organe de la procédure, du moins comme un « *mini-organe* » selon l'expression de M. LE CORRE¹⁴¹⁹ ou un « *organe subsidiaire* » selon celle de M. ROUSSEL-GALLE¹⁴²⁰, susceptible d'émettre des prétentions juridiques au sens de l'article 231 du Code de procédure civile. Ce qui est loin d'être le cas pour les créanciers contrôleurs en droit africain.

2. *Le caractère mitigé des droits et pouvoirs des contrôleurs en droit africain*

797. En droit africain, l'institution des créanciers contrôleurs est apparue pour la première fois dans la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire et plus précisément en son article 20 qui déclarait l'institution également valable pour la

¹⁴¹⁴ T. MONTERAN, « *Observations sur l'avant-projet de la loi de sauvegarde des entreprises* », Gaz. Pal.10-11 déc. 2003, p.2.

¹⁴¹⁵ Décret du 28 décembre 2005, article 93.

¹⁴¹⁶ Dans le célèbre arrêt « Chaix », la Cour de cassation a jugé que le syndic avait seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt de tous les créanciers, sauf si l'un d'eux justifiait d'un préjudice spécial et d'un intérêt distinct de celui des autres : Com., 31 mars 1978, D. 1978, 646, note F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS.

¹⁴¹⁷ CA Paris, 3 février 1998, D.1998, IR p.78.

¹⁴¹⁸ CA Paris, 3 février 1998, D. 1998, IR p. 78.

¹⁴¹⁹ A. LEINARD, ouvrage précité, n°815, p. 107.

¹⁴²⁰ P.-M. LE CORRE, « *La situation générale du débiteur et des créanciers dans l'avant-projet de réforme des entreprises en difficulté* », Gaz. Pal 10-11. Déc. 2003, 2^e partie, p. 25, n°38.

faillite. Cependant, le rôle des contrôleurs n'était pas clairement défini¹⁴²¹. L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif a maintenu cette institution et, a nettement défini le rôle des contrôleurs.

798. A toute époque, le juge-commissaire peut nommer un ou plusieurs contrôleurs choisis parmi les créanciers, sans que leur nombre puisse excéder trois¹⁴²². Toutefois, la nomination des créanciers est obligatoire à la demande des créanciers représentant au moins, la moitié du total des créances même non vérifiées¹⁴²³. Dans ce cas, le juge-commissaire désigne trois contrôleurs choisis respectivement parmi les créanciers munis de sûretés réelles spéciales mobilières ou immobilières, les représentants du personnel et les créanciers chirographaires¹⁴²⁴. Aucun parent ou allié débiteur ou des dirigeants de la personne morale, jusqu'au quatrième degré inclusivement, ne peut être nommé contrôleur ou représentant d'une personne morale désignée comme contrôleur¹⁴²⁵. Bien que leur nomination soit de la compétence du juge-commissaire, la révocation des contrôleurs incombe à la juridiction compétente sur proposition du juge-commissaire lequel, procède à la nomination de leurs remplaçants¹⁴²⁶.

799. Si, en France, le contrôleur n'est pas considéré comme un véritable organe de la procédure, en droit africain, il est permis d'affirmer qu'il fait partie, avec le Ministère public des organes de contrôle¹⁴²⁷. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler que, dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, les contrôleurs figurent dans la section 4 du chapitre 2 du titre 2, chapitre intitulé « *organes du redressement judiciaire et de la liquidation des biens* ».

800. S'agissant du rôle assigné aux contrôleurs par le législateur, ceux-ci, précise la loi, assistent le juge-commissaire dans sa mission de surveillance du déroulement

¹⁴²¹ P. ROUSSEL-GALLE, « *Les contrôleurs, gardiens de l'intérêt collectif* », Gaz. Pal. 9-10 sept. 2005, p.3. n°4.

¹⁴²² Si l'article 452 du Code de commerce prévoyait la possibilité pour le juge-commissaire de nommer un ou deux contrôleurs parmi les créanciers qui faisaient acte de candidature, ceux-ci n'étaient pas chargés d'une mission particulière mais, dans la procédure de liquidation judiciaire, ils étaient « *spécialement chargés de vérifier les livres du débiteur* ».

¹⁴²³ Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 48, alinéa 1.

Ibid, article 48, alinéa 2.

¹⁴²⁴ Ibid., article 48, alinéa 3.

¹⁴²⁵ Ibid, article 48, alinéa 4. Cette incompatibilité a certainement pour but de garantir l'indépendance des contrôleurs vis-à-vis du débiteur pour leur permettre d'exercer efficacement leurs fonctions.

¹⁴²⁶ Ibid, article 48, alinéa 5.

¹⁴²⁷ En ce sens, P.-G POUGOUE et y. KALIEU, op. cit, n°114, p.41.

de la procédure collective et veillent aux intérêts des créanciers¹⁴²⁸. Il s'agit là d'une mission générale. De manière spécifique, comme en France, les contrôleurs, en droit africain, sont titulaires d'un droit à l'information. Ils ont toujours le droit de vérifier la comptabilité et l'état de situation présenté par le débiteur, de demander compte de l'état de la procédure, des actes accomplis par un syndic ainsi que des recettes faites et des versements effectués¹⁴²⁹. Ils sont obligatoirement consultés pour la continuation de l'activité de l'entreprise au Cours de la procédure de vérification des créances et à l'occasion de la réalisation des biens du débiteur¹⁴³⁰. La loi n'indique cependant pas la forme de ces consultations et avis, encore moins la sanction à la violation des droits ainsi reconnus aux contrôleurs.

801. Bien que les contrôleurs n'aient aucun pouvoir de gestion, la loi leur permet cependant de prendre des initiatives judiciaires. En effet, les contrôleurs peuvent saisir de toutes les contestations le juge-commissaire¹⁴³¹. Une telle permission implique que le contrôleur ayant saisi le juge-commissaire puisse, par la suite, former opposition contre l'ordonnance rendue par ce dernier dans les conditions prévues à l'article 40 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Ce droit d'action ainsi reconnu aux contrôleurs est original par rapport au droit français. En effet, le droit d'exercer des actions de nature juridictionnelle dont sont titulaires les contrôleurs, n'est pas un droit subsidiaire en ce que, contrairement au droit français, la faculté de saisine du juge-commissaire par eux n'est pas subordonnée au constat de carence du syndic. Est dès lors battu en brèche le monopole de défense de l'intérêt collectif des créanciers conféré au syndic puisque, aux termes des dispositions légales¹⁴³², « *la décision d'ouverture constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui, seul, agit en son nom et dans l'intérêt collectif et peut l'engager* »¹⁴³³ de sorte qu'il n'est pas exagéré d'en déduire que l'on est là en présence d'une « *représentativité partagée de l'intérêt collectif des créanciers* »¹⁴³⁴. Cette situation ne saurait cependant occulter les nombreux obstacles

¹⁴²⁸ Ibid., article 49.

¹⁴²⁹ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 49, alinéa 2.

¹⁴³⁰ Ibid., article 49, alinéa 3.

¹⁴³¹ Ibid., article 49, alinéa 4.

¹⁴³² Ibid., article 72, alinéa 1.

¹⁴³³ Il convient cependant de réserver l'hypothèse visée par la jurisprudence française sous l'empire de la loi de 1967 qui permet à tout créancier, justifiant d'un préjudice spécial et d'un intérêt distinct de celui des autres, d'agir nonobstant le monopole de défense de l'intérêt collectif des créanciers reconnu au syndic, v. note n°.....

¹⁴³⁴ L'expression est de M. JOCKEY, précité, p.141.

qui entravent la défense efficiente, par les contrôleurs, de l'intérêt collectif des créanciers.

3. *Les entraves à la défense efficiente de l'intérêt collectif des créanciers par les contrôleurs*

802. Certaines dispositions textuelles en droit français et en droit africain ainsi que certaines carences normatives, font craindre qu'à côté du mandataire judiciaire ou du syndic, les contrôleurs ne soient pas le gage d'une meilleure représentativité des créanciers et, partant, d'une plus grande transparence de la procédure. Auquel cas, il serait difficile d'aboutir à la conclusion selon laquelle, le renforcement des droits des créanciers passe inéluctablement par le renforcement des droits des contrôleurs ou par l'amélioration de leur statut.

803. Certes, en droit français, il est aujourd'hui reconnu aux contrôleurs, sous certaines conditions, un rôle supplétif de défense de l'intérêt collectif des créanciers¹⁴³⁵. De même, en droit africain, les contrôleurs disposent d'un droit d'action et peuvent saisir de toutes contestations le juge-commissaire¹⁴³⁶. Par ailleurs, en affirmant que « *les contrôleurs assistent le juge-commissaire dans sa mission de surveillance du déroulement de la procédure collective et veillent aux intérêts des créanciers* », l'article 42 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif assigne incontestablement aux contrôleurs une mission de défense d'intérêts collectifs. En effet, la mission de surveillance du déroulement de la procédure collective dévolue au juge-commissaire ayant nécessairement et exclusivement un objet collectif, il en résulte que l'assistance apportée par les contrôleurs ne peut, elle aussi, en vertu de la théorie de l'accessoire, avoir qu'un objet collectif. La même observation est valable en droit français où l'article L.621-11 du Code de commerce énonce que « *les contrôleurs assistent le mandataire judiciaire dans ses fonctions et le juge-commissaire dans sa mission de surveillance de l'administration de l'entreprise* ». Sous ce rapport, l'opinion selon

¹⁴³⁵ Supra, n°795.

¹⁴³⁶ Supra, n°801.

laquelle, le contrôleur ne représente que lui-même et « *reste un créancier parmi tant d'autres*¹⁴³⁷ » ne saurait être partagée.

804. Cependant, force est de constater qu'aussi bien en droit français qu'en droit africain, la loi ne contraint pas les contrôleurs à faire bénéficier les autres créanciers des informations dont ils disposeraient du fait de leur statut. Dans ces conditions, la tentation est grande pour le créancier contrôleur de confisquer l'information donnée à son seul profit, c'est-à-dire, au profit d'un intérêt ou d'intérêts individuels lorsque plusieurs contrôleurs sont désignés. C'est du reste parce qu'ils sont en position d'« *initié* » que le nouvel article L.642-3 du Code de commerce inclut désormais les contrôleurs parmi les personnes ne pouvant, au Cours de la procédure, présenter une offre directement ou par personne interposée. Il leur est, de même, fait interdiction d'acquérir dans les cinq années suivant la cession, tout ou partie des biens dépendant des biens de la liquidation, directement ou indirectement, ainsi que d'acquérir des parts ou actions de toute société ayant dans son patrimoine, directement ou indirectement tout ou partie de ces biens le tout, sous peine de nullité d'ordre public. A la différence des autres personnes visées par ce texte, les contrôleurs ne peuvent bénéficier d'aucune dérogation.

805. Du reste, le contrôleur aurait-il, en droit français, la volonté de partager les informations reçues ès qualité, qu'il en serait dissuadé par certaines dispositions légales. Ainsi, soumis sous l'empire de l'ancienne législation¹⁴³⁸ à l'obligation au secret professionnel pénalement sanctionné¹⁴³⁹, les contrôleurs sont, depuis la loi du 26 juillet 2005, tenus à l'obligation de confidentialité¹⁴⁴⁰ dont la violation n'est sanctionnée que par les règles de la responsabilité civile. Qu'il s'agisse de l'obligation au secret professionnel ou de l'obligation de confidentialité, le spectre d'une sanction n'est pas de nature à favoriser la diffusion de l'information des contrôleurs aux créanciers. L'examen des travaux préparatoires de la loi française de 1985, avait permis de réaliser que l'obligation au secret professionnel du contrôleur répondait au souci de ne pas porter atteinte aux intérêts du débiteur, notamment par la

¹⁴³⁷ Déb. Sénat français, séance du 8 avr. 1994, p. 852, E. Dailly.

¹⁴³⁸ Loi du 25 janvier 1985, article 15, alinéa 2.

¹⁴³⁹ Code pénal français, article 226-13 « *La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 100 000 francs d'amende* ».

¹⁴⁴⁰ Loi du 26 juillet 2005, article 22, nouvel article L.621-11 du Code de commerce.

diffusion intempestive d'informations concernant le contenu des offres de reprise dont le contrôleur aura pris connaissance¹⁴⁴¹. L'obligation de confidentialité instituée par la loi du 26 juillet 2005 obéit sans doute à la même préoccupation. Il eut été cependant plus judicieux de réduire le champ d'application de l'obligation de confidentialité à certaines informations en particulier, plutôt que d'en faire une obligation générale applicable à toutes les informations susceptibles de profiter à l'ensemble des créanciers.

806. Les modalités de désignation des contrôleurs ainsi que le contenu de leurs pouvoirs sont également susceptibles de constituer un frein à la défense par eux de l'intérêt collectif des créanciers. Certes, le législateur, qu'il soit français ou africain, a souhaité donner aux contrôleurs, lorsqu'ils sont nombreux, une véritable représentativité. A cet égard, l'article L.621-10 du Code de commerce énonce que, lorsqu'il désigne plusieurs contrôleurs, le juge-commissaire veille à ce qu'au moins l'un d'entre eux soit choisi parmi les créanciers titulaires de sûretés et qu'un autre soit choisi parmi les créanciers chirographaires. De la même manière, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif prescrit au juge-commissaire de désigner trois contrôleurs choisis respectivement parmi les créanciers munis de sûretés réelles spéciales mobilières ou immobilières, les représentants du personnel et les créanciers chirographaires.

807. Par la possibilité de désigner plusieurs contrôleurs mais également par la volonté d'assurer une représentation aussi équitable que possible suivant les diverses catégories de créanciers, les législateurs français et africains ont voulu, sans doute, établir une réelle relation entre les contrôleurs et l'ensemble des créanciers. Cependant, telle que libellées, ces dispositions légales laissent en suspens diverses questions.

808. En droit français par exemple, le juge peut-il, à son gré, désigner un nombre de contrôleurs moindre que de volontaires se présentant pour assurer ces fonctions ? Quels sont, en droit français et en droit africain, les critères d'appréciation de la désignation des contrôleurs ? A cet égard, il a été jugé sous l'empire de la loi

¹⁴⁴¹ Débats-Sénat, séance du 7 avr. 1994, p.820, J.-J Robert et E. Dailly.

française de 1967 que « *la loi s'en rapporte à la souveraine appréciation du juge-commissaire sur le point de savoir s'il est opportun de nommer des contrôleurs et que ce dernier n'a à recueillir d'avis auprès de personne* »¹⁴⁴². Il résulte de cette jurisprudence française que le juge-commissaire reste souverain pour nommer de un à cinq contrôleurs, suivant ce qu'il estime utile et qu'il dispose, non moins souverainement, de la possibilité d'écarter la demande d'un créancier s'il le juge utile. En revanche, la loi ayant institué un système de volontariat, le juge sera privé de tout choix et la représentativité des contrôleurs s'en trouvera affectée si personne ne se présente pour assurer ce rôle. La situation est quelque peu différente en droit africain. Lorsque la nomination des contrôleurs est facultative pour le juge-commissaire, il dispose, comme en droit français, du pouvoir souverain de nommer un à trois contrôleurs. Lorsque la nomination des contrôleurs est obligatoire, le juge-commissaire est tenu de nommer trois contrôleurs choisis parmi les différentes catégories de créanciers. Dans ce contexte, si les créanciers tiennent à une meilleure préservation de leurs intérêts et à une transparence plus accrue de la procédure, il leur appartient de systématiser la demande de nomination des contrôleurs.

809. Sur un tout autre plan, en affirmant simplement que les contrôleurs assistent le juge-commissaire dans sa mission de surveillance du déroulement de la procédure collective et veillent aux intérêts des créanciers, le législateur africain a défini, de manière vague, le rôle des contrôleurs puisque, les fonctions qui leur sont dévolues, ne recouvrent aucune opération précise. Nonobstant cet écueil, les contrôleurs, s'ils exploitent à fond les prérogatives que leur reconnaît la loi et, du fait qu'ils représentent exclusivement les créanciers dont ils font eux-mêmes partie, sont susceptibles de constituer un contrepoids réel au pouvoir du syndic dont la double fonction de représentation n'est pas le meilleur atout¹⁴⁴³ contribuant ainsi, à une plus grande transparence de la procédure collective, transparence au nom de laquelle, il est exigé que, les décisions rendues ainsi que les débats qui les précèdent fassent l'objet d'une publicité.

¹⁴⁴² Trib.com. Nice, 27 nov. 1981, D. 1982, 154, note A. HONORAT.

¹⁴⁴³ Infra, n°1503.

B. LA MANIFESTATION DE LA TRANSPARENCE A TRAVERS LA PUBLICITE

810. La Cour européenne des droits de l'homme considère que la publicité des débats et du prononcé du jugement permet aux justiciables de contrôler le fonctionnement de la justice et l'effectivité du procès équitable¹⁴⁴⁴. Si en effet, la confidentialité de l'intervention du juge peut se comprendre lorsque l'entreprise n'est pas encore en état de cessation des paiements c'est-à-dire, lorsqu'elle fait l'objet d'une procédure préventive, cette confidentialité se conçoit mal lorsque l'entreprise est en état de cessation des paiements et après que le jugement d'ouverture ait été prononcé. Les tiers et les créanciers ont notamment le droit de connaître les restrictions au pouvoir du débiteur.

811. Aussi, diverses formalités de publicité garantissent en droit français et en droit africain l'information des tiers intéressés par le sort de l'entreprise, pour leur permettre de défendre utilement leurs droits¹⁴⁴⁵. Ces formalités revêtent tantôt la forme de mesures générales (1), tantôt la forme de mesures individuelles (2).

1. Les mesures générales d'information

812. La publicité s'avère nécessaire dans la mesure où, le redressement judiciaire, pour ne citer que cette procédure, produit des conséquences opposables à tous. Les créanciers et les tiers doivent savoir que le débiteur n'est plus entièrement libre de l'administration et que son passif sera apuré suivant une procédure organisée¹⁴⁴⁶. Cependant, la publicité, en portant les difficultés du débiteur à la connaissance de tous, est susceptible de compromettre son redressement. Là est la quadrature du cercle. En tout état de cause, les mesures générales d'information concernent aussi bien les décisions rendues dans le cadre des procédures préventives que celles rendues lorsque l'entreprise est en état de cessation des paiements.

¹⁴⁴⁴ AXEN c/République fédérale d'Allemagne, 8 déc. 1983, série A, n°72.

¹⁴⁴⁵ ARMAND-PREVOST, « *La transparence dans les procédures collectives : le point de vue du juge* », Gaz. Pal. 1997, 2 doct. P.1242.

¹⁴⁴⁶ Y. GUYON, ouvrage précité, n°1173, p.195.

813. S'agissant des procédures préventives, en droit africain, la décision de la juridiction compétente homologuant le concordat préventif est publié dans les mêmes conditions que toute décision d'ouverture d'une procédure collective¹⁴⁴⁷. En droit français, le jugement d'homologation de l'accord passé entre le débiteur et ses créanciers fait l'objet d'une double publicité. D'une part, ce jugement, doit être déposé au greffe où tout intéressé peut en prendre connaissance¹⁴⁴⁸. D'autre part, ce jugement, précise la loi, fait l'objet d'une mesure de publicité¹⁴⁴⁹, c'est-à-dire, plus précisément, d'un avis au BODACC. Cette insertion contient l'indication du nom du débiteur, de son siège ou, lorsqu'il est une personne physique, de l'adresse de son entreprise ou de son activité¹⁴⁵⁰. Il est également mentionné son numéro unique d'identification ainsi que, le cas échéant, le nom de la ville où se trouve le greffe ou la chambre des métiers où il est immatriculé¹⁴⁵¹. Le même avis est fait dans un journal d'annonces légales du lieu où le débiteur a son siège ou, lorsqu'il est une personne physique, l'adresse de son entreprise ou de son activité¹⁴⁵². Il mentionne que le jugement est déposé au greffe où tout intéressé peut en prendre connaissance¹⁴⁵³. Ces publicités sont faites d'office par le greffier dans les huit jours de la date du jugement¹⁴⁵⁴.

814. S'agissant des décisions d'ouverture de la procédure lorsque l'entreprise est en état de cessation des paiements, il avait été envisagé lors de l'élaboration de la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire que celles-ci ne donnent pas lieu à publicité afin de faciliter le redressement de l'entreprise¹⁴⁵⁵. Cette proposition apparaît irréaliste pour deux raisons principales. D'abord, la sauvegarde des droits des créanciers ne serait pas assurée si les restrictions aux pouvoirs du débiteur se limitaient à des simples mesures de surveillance inopposables aux tiers. Ensuite, force est de constater qu'aussi bien dans la législation française que dans la législation africaine, l'ouverture d'une procédure collective ne porte plus forcément atteinte au crédit du débiteur. Bien au contraire, le créancier est dans une situation préférable s'il

¹⁴⁴⁷ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 17.

¹⁴⁴⁸ Loi du 26 juillet 2005, article 7, nouvel article L.611-10, alinéa 2 du Code de commerce.

¹⁴⁴⁹ Ibid.

¹⁴⁵⁰ Décret du 28 décembre 2005, article 36, alinéa 1, nouvel article R.611-43, alinéa 1 du Code de commerce.

¹⁴⁵¹ Idem.

¹⁴⁵² Ibid., article 36, alinéa 2, nouvel article R.611-43, alinéa 2 du Code de commerce.

¹⁴⁵³ Ibid., article 36, alinéa 3, nouvel article R.611-43, alinéa 3 du Code de commerce.

¹⁴⁵⁴ Ibid., article 36, alinéa 4, nouvel article R.611-43, alinéa 4 du Code de commerce.

¹⁴⁵⁵ E. THALLER, Droit commercial, 5^e édit., n°1756, Paris 1916.

traite avec le débiteur après le jugement d'ouverture puisque, il bénéficie de la « *priorité de paiement* ». En droit français, cette priorité est instituée par l'article L.622-17 du Code de commerce¹⁴⁵⁶. Cet article dispose que « *les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle, pendant cette période, sont payées à leur échéance* ». Il ajoute que lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance, ces créances sont payées par privilège avant toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou arrêtés à l'exception des créances garanties par le super privilège des salariés, de celles garanties par le privilège des frais de justice et de celles garanties par l'article L.611-11 du Code de commerce¹⁴⁵⁷. Par ailleurs, les créanciers visés à l'article L.622-17 du Code de commerce ne sont pas atteints par la règle de l'arrêt des poursuites individuelles de sorte que, s'ils ne sont pas payés à l'échéance, il leur est loisible de poursuivre le recouvrement de leurs créances exigibles par voie d'exécution forcée sur les biens du débiteur soumis à la procédure collective.

815. De la même manière, en droit africain, les créanciers postérieurs au jugement, c'est-à-dire ceux dont les créances naissent de l'exécution des contrats en Cours après le jugement d'ouverture, ou de nouveaux contrats conclus en cas de continuité de l'activité, bénéficient de prérogatives particulières. L'article 108 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif reconnaît ainsi à ces créanciers la possibilité d'exiger un paiement au comptant pour les prestations fournies en opposant au syndic l'exception d'inexécution. Le syndic peut également être mis en demeure d'avoir à fournir la prestation promise sous peine de résolution de plein droit au contrat. Il en résulte que, comme en droit français, les créanciers postérieurs sont fondés à l'échéance en recourant à toutes les voies de droit. De plus, il résulte des dispositions de l'article 117 du même Acte uniforme que, sauf dans l'hypothèse de la location-gérance, toutes les dettes nées régulièrement, après la décision d'ouverture, de la continuité de l'activité et de toute activité régulière du débiteur ou du syndic, sont des créances contre la masse. En conséquence, les créanciers contre la masse bénéficient d'une priorité de paiement et seront payés

¹⁴⁵⁶ Ancien article 33 de la loi du 26 juillet 2005.

¹⁴⁵⁷ Cela signifie que, dans l'ordre de paiement, à défaut de règlement à l'échéance, les « créanciers de la procédure de conciliation », prévus à l'article L.611-11 du Code de commerce ainsi que les autres créanciers visés à l'article L.622-17, priment les « créanciers de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires ».

avant les créanciers antérieurs, quand bien même ceux-ci bénéficieraient de privilèges et sûretés.

816. Toutes ces situations démontrent bien que le jugement d'ouverture, dans une certaine mesure, restaure le crédit de l'entreprise de par le traitement de faveur dont bénéficient les créanciers postérieurs. Le débiteur a, dès lors, intérêt à ce que cette décision, ainsi que les décisions subséquentes, fassent l'objet d'une large publicité.

817. En droit français, le jugement d'ouverture des procédures de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire est mentionné avec l'indication des pouvoirs conférés à l'administrateur lorsqu'il en a été désigné, au registre du commerce et des sociétés s'il s'agit d'un commerçant ou d'une personne morale immatriculée à ce registre¹⁴⁵⁸. La décision par laquelle le Tribunal modifie la date de cessation des paiements fait l'objet des mêmes publicités¹⁴⁵⁹. Le jugement arrêtant le plan de sauvegarde ou de redressement est mentionné aux registres ou répertoires prévus à l'article 63 du décret du 28 décembre 2005 devenu l'article R.621-8 du Code de commerce à savoir, le registre du commerce et des sociétés, le répertoire des métiers¹⁴⁶⁰. Il en est de même du jugement arrêtant le plan de cession qui fait également l'objet des publicités prévues audit article¹⁴⁶¹.

818. En droit africain, le jugement d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens, donne lieu à une triple publicité.

819. Ce jugement est d'abord mentionné, sans délai, au registre du commerce et du crédit mobilier¹⁴⁶², ce qui permet à toute personne le souhaitant, de solliciter la délivrance d'un extrait d'immatriculation susceptible de le fixer sur la situation du débiteur. En revanche, si le débiteur est une personne de droit privé non commerçante, la mention est portée au registre chronologique¹⁴⁶³. En outre, une fiche est établie au nom de l'intéressé au fichier alphabétique avec mention de la décision

¹⁴⁵⁸ Décret du 28 décembre 2005, article 63, alinéa 1, devenu l'article R.621-8, alinéa 1 du Code de commerce .

¹⁴⁵⁹ Ibid, article 182, devenu l'article R.631-13 du Code de commerce.

¹⁴⁶⁰ Ibid, article 136, devenu l'article R.626-20 du Code de commerce.

¹⁴⁶¹ Ibid, article 255, devenu l'article R.642-4 du Code de commerce.

¹⁴⁶² Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 36, alinéa 1. Sur l'organisation du registre du commerce et du crédit mobilier, V. Acte uniforme portant droit commercial général, articles 20 et suivants.

¹⁴⁶³ Ibid.

le concernant et il est indiqué, de plus, les nom et adresse du ou des dirigeants ainsi que le siège de la personne morale¹⁴⁶⁴.

820. La décision est ensuite insérée par extrait, avec les mêmes indications, dans un journal habilité à recevoir des annonces légales au lieu du siège de la juridiction compétente¹⁴⁶⁵. Une deuxième insertion doit être faite, dans les mêmes conditions, quinze jours plus tard, les deux extraits devant par ailleurs contenir avertissement fait aux créanciers de produire leurs créances auprès du syndic et reproduction intégrale des dispositions de l'article 78 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif¹⁴⁶⁶. La même publicité doit être faite au lieu où le débiteur ou la personne morale a des établissements principaux¹⁴⁶⁷. La publicité au registre du commerce et du crédit mobilier et dans le journal d'annonces légales est faite d'office par le greffier¹⁴⁶⁸.

821. Enfin, la publicité a lieu au journal officiel. Les mentions faites au registre du commerce et du crédit mobilier sont adressées, pour insertion, audit journal, dans les quinze jours du prononcé de la décision¹⁴⁶⁹. Cette insertion contient, d'une part, indication du débiteur ou de la personne morale débitrice, de son domicile ou siège social, de son numéro d'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, de la date de la décision qui prononce le règlement préventif, le redressement judiciaire ou la liquidation des biens, et d'autre part, l'indication des numéros du journal d'annonces légales où ont été publiés les extraits¹⁴⁷⁰. Elle indique également le nom et l'adresse du syndic auprès duquel les créanciers doivent produire leurs créances et reproduit intégralement les dispositions de l'article 78 de l'Acte uniforme¹⁴⁷¹. Il convient de relever que ce dernier mode de publicité est facultatif si la publicité dans un journal d'annonces légales a été faite et est obligatoire dans le cas contraire¹⁴⁷². L'option pour le caractère facultatif de l'insertion au Journal Officiel

¹⁴⁶⁴ Ibid.

¹⁴⁶⁵ Ibid, article 36, alinéa 2.

¹⁴⁶⁶ Ibid. L'article 78 de l'AUPC est relatif à l'obligation faite à tous les créanciers antérieurs de produire leurs créances.

¹⁴⁶⁷ Ibid., article 36, alinéa 3.

¹⁴⁶⁸ Ibid., article 36, alinéa 4.

¹⁴⁶⁹ Ibid., article 37 alinéa 1.

¹⁴⁷⁰ Ibid.

¹⁴⁷¹ Ibid.

¹⁴⁷² Ibid. article 37, alinéa 3. Dans cette hypothèse, une difficulté pratique apparemment insurmontable apparaît. Elle est liée au fait que, l'insertion au journal officiel doit mentionner les numéros du journal d'annonces légales où ont été publiés les extraits prévus à l'article 36 de l'AUPC.

qui, par définition, constitue la source d'information légale par excellence, peut paraître paradoxale. Cependant, cette solution ne fait que traduire la prise en compte par le législateur africain du fonctionnement défectueux de cet outil dans bon nombre des Etats Parties au Traité OHADA¹⁴⁷³.

822. La décision d'homologation du concordat de redressement fait l'objet de la même publicité. L'extrait inséré dans un journal d'annonces légales mentionne le nom et l'adresse des contrôleurs du concordat ou du syndic désigné comme tel¹⁴⁷⁴. La décision de rejet du concordat de redressement donne lieu aux mêmes mesures de publicité¹⁴⁷⁵. La décision de la juridiction d'appel fait également l'objet et la même publicité¹⁴⁷⁶.

823. L'efficacité des formalités de publicité est relative ce d'autant plus qu'elles s'adressent à des destinataires inconnus. C'est pourquoi, il a paru utile de les compléter par des notifications individuelles.

2. *Les mesures d'information individuelle*

824. En droit français, dans le cadre de la procédure de conciliation, le jugement statuant sur l'homologation de l'accord est notifié par les soins du greffier au débiteur et aux créanciers signataires de l'accord¹⁴⁷⁷. Ce jugement est communiqué au conciliateur et au Ministère public¹⁴⁷⁸.

825. Lorsque le débiteur est soumis au contrôle légal de ses comptes, l'accord homologué est transmis à son commissaire aux comptes. Ce qui pourrait permettre audit commissaire d'en tenir compte pour un éventuel déclenchement de la procédure d'alerte, s'il venait à relever des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, en relation notamment avec l'exécution de l'accord.

¹⁴⁷³ En ce sens, P.-G POUGOUE et Y. KALIEU, op. cit., n°78, p.31.

¹⁴⁷⁴ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 129, alinéa 1.

¹⁴⁷⁵ Ibid., article 129, alinéa 2.

¹⁴⁷⁶ Ibid., article 129, alinéa 3.

¹⁴⁷⁷ Décret du 28 décembre 2005, article 34, devenu l'article R.611-41 du Code de commerce.

¹⁴⁷⁸ Idem.

826. Le jugement qui ouvre la procédure de sauvegarde est notifié au débiteur par le greffier dans les huit jours de la date du jugement¹⁴⁷⁹. Le greffier adresse à son tour immédiatement, une copie dudit jugement à l'administrateur et au mandataire judiciaire désignés, au Procureur de la République, au trésorier-payeur du département dans lequel le débiteur a son siège et à celui du département où se trouve le principal établissement¹⁴⁸⁰. Par ailleurs, le jugement arrêté le plan est communiqué par le greffier aux mêmes personnes auxquelles copie du jugement d'ouverture doit être adressée¹⁴⁸¹. Le jugement arrête ou rejetant le plan est notifié au débiteur et aux représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel et porté à la connaissance du Ministère public et des mandataires de justice, à la diligence du greffier, dans les huit jours de la date de son prononcé¹⁴⁸². En outre, il est notifié par le greffier à toute personne tenue de l'exécuter, conformément aux dispositions de l'article L.626-10 du Code de commerce¹⁴⁸³.

827. Le jugement qui statue sur l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire est notifié au débiteur lorsqu'il est demandeur par le greffier dans les huit jours de son prononcé¹⁴⁸⁴. Lorsque le débiteur n'est pas demandeur, le jugement lui est signifié dans les mêmes délais¹⁴⁸⁵. De même, le jugement arrêtant ou rejetant le plan de redressement est notifié aux mêmes personnes destinataires du plan de sauvegarde¹⁴⁸⁶.

828. Le jugement statuant sur l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire est notifié au débiteur par le greffier dans les huit jours de son prononcé¹⁴⁸⁷. Lorsque le débiteur n'est pas demandeur, le jugement lui est signifié dans le même délai¹⁴⁸⁸. Ce jugement est, en outre, signifié à la diligence du greffier, dans le même délai, aux personnes ayant qualité pour interjeter appel, à l'exception du Ministère public et est

¹⁴⁷⁹ Ibid. article 60, devenu l'article R.621-6 du Code de commerce.

¹⁴⁸⁰ Ibid. article 61, devenu l'article R.621-7 du Code de commerce.

¹⁴⁸¹ Ibid. article 136, devenu l'article R.626-20 du Code de commerce.

¹⁴⁸² Ibid. article 137, devenu l'article R.626-21 du Code de commerce.

¹⁴⁸³ Cet article dispose en substance que le plan désigne les personnes tenues de l'exécuter et mentionne l'ensemble des engagements qui ont été souscrits par elles et qui sont nécessaires à la sauvegarde de l'entreprise.

¹⁴⁸⁴ Décret du 28 décembre 2005, article 181, devenu article R.631-12 du Code de commerce.

¹⁴⁸⁵ Ibid.

¹⁴⁸⁶ Ibid. article 137 devenu article R.626-21 du Code de commerce.

¹⁴⁸⁷ Ibid. article 219, alinéa 1 devenu article R.641-6, alinéa 1 du Code de commerce.

¹⁴⁸⁸ Ibid.

communiqué aux personnes mentionnées à l'article 61 du décret du 28 décembre 2005 devenu l'article R.621-7 du Code de commerce¹⁴⁸⁹.

829. Le jugement arrêtant le plan de cession de l'entreprise est communiqué par le greffier, aux personnes auxquelles avait été adressée copie du jugement d'ouverture et fait l'objet des publicités prévues à l'article 63 du décret du 28 décembre 2005 devenu l'article R.621-6 du Code de commerce.¹⁴⁹⁰ Il est signifié à la diligence du greffier dans les huit jours de la date du jugement aux personnes autres que le Procureur de la République, le contractant, le cessionnaire et le bailleur qui ont qualité pour interjeter appel¹⁴⁹¹. De la même manière, le jugement modifiant le plan de cession est communiqué par le greffier aux personnes citées à l'article 61 du décret et mentionné aux registres ou répertoires prévus à l'article 63 du même décret¹⁴⁹². Il est signifié à la diligence du greffier dans les huit jours de la date du jugement aux personnes autres que le procureur de la République, qui ont qualité pour interjeter appel¹⁴⁹³. De la même manière, le jugement prononçant la résolution du plan de cession est communiqué par le greffier aux mêmes personnes et fait l'objet des mêmes mesures de publicité prévues à l'article 63¹⁴⁹⁴.

830. En droit africain, les mesures individuelles d'information sont quasi inexistantes, ce qui aboutit à moins de transparence quand on connaît l'efficacité relative des mesures générales de publicité des décisions judiciaires. Les décisions homologuant le concordat préventif, ouvrant les procédures de redressement judiciaire et de liquidation, homologuant le concordat de redressement ou rejetant ledit concordat ne font l'objet que des communications et publicités prévues aux articles 36 et 37 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, à l'exclusion de toute mesure individuelle d'information.

831. En revanche, le droit africain et le droit français se rejoignent lorsqu'il est question des mesures d'information individuelle relatives aux ordonnances rendues par le juge-commissaire. Dans les deux ordres juridiques, le juge-commissaire exerce

¹⁴⁸⁹ Ibid. article 219, alinéa 2 devenu article R.641-6, alinéa 2 du Code de commerce.

¹⁴⁹⁰ Ibid. article 255, alinéa 1 devenu article R.642-4, alinéa 1 du Code de commerce.

¹⁴⁹¹ Ibid. article 255, alinéa 2, devenu article R.642-4, alinéa 2 du Code de commerce.

¹⁴⁹² Ibid. article 258, alinéa 2, devenu article R.642-5, alinéa 2 du Code de commerce.

¹⁴⁹³ Ibid. article 258, alinéa 3, devenu article R.642-5, alinéa 3 du Code de commerce.

¹⁴⁹⁴ Ibid. article 264, alinéa 5, devenu article R.642-18, alinéa 5 du Code de commerce.

un pouvoir juridictionnel par le biais des ordonnances qu'il est amené à rendre tout au long de la procédure collective. En effet, le droit africain prévoit que « *le juge-commissaire statue sur les demandes, contestations et revendications relevant de sa compétence, dans le délai de huit jours à partir de sa saisine. Passé ce délai, s'il n'a pas statué, il est réputé avoir rendu une décision de rejet de la demande*¹⁴⁹⁵ ». Le droit français, pour sa part énonce que « *le juge-commissaire statue par ordonnance sur les demandes, contestations et revendications relevant de sa compétence ainsi que sur les réclamations formulées contre les actes de l'administrateur, du mandataire judiciaire et du commissaire de l'exécution du plan. Si le juge-commissaire n'a pas statué dans un délai raisonnable, le Tribunal peut être saisi à la demande d'une partie ou du ministère public*¹⁴⁹⁶ ».

832. Il est manifeste que les ordonnances ainsi rendues par le juge-commissaire sont susceptibles de porter atteinte aux droits des uns et des autres. Aussi, est-il apparu opportun de prévoir que ces décisions soient notifiées aux personnes concernées, de manière à leur permettre d'exercer les voies de recours idoines. C'est la raison pour laquelle, en droit africain, les ordonnances du juge-commissaire sont immédiatement déposées au greffe et notifiées par les soins du greffier, par lettre recommandée ou tout moyen laissant trace écrite, à toutes personnes à qui elles sont susceptibles de faire grief¹⁴⁹⁷. Elles peuvent ainsi être frappées d'opposition formée par simple déclaration au greffe dans les huit jours de leur dépôt ou de leur notification ou de la saisine du juge-commissaire en cas de rejet implicite de la demande¹⁴⁹⁸. En droit français, les ordonnances du juge-commissaire sont déposées sans délai au greffe qui les notifie aux mandataires de justice, aux parties et aux personnes dont les droits et obligations sont affectés¹⁴⁹⁹. Sur sa demande, elles sont communiquées au Ministère public¹⁵⁰⁰. Ces ordonnances peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal dans les dix jours de la notification, par déclaration faite contre récépissé ou adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception au greffe¹⁵⁰¹. Le Ministère public peut également saisir le Tribunal par

¹⁴⁹⁵ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 40 alinéa 1.

¹⁴⁹⁶ Décret du 28 décembre 2005, article 67, alinéas 1 et 2.

¹⁴⁹⁷ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 40, alinéa 2.

¹⁴⁹⁸ Ibid. article 40, alinéa 3.

¹⁴⁹⁹ Décret du 28 décembre 2005, article 67, alinéa 3.

¹⁵⁰⁰ Ibid.

¹⁵⁰¹ Ibid. article 67, alinéa 4.

requête motivée, dans les dix jours de la communication qui lui est faite de l'ordonnance¹⁵⁰².

833. Pour autant, la transparence n'a pas que des avantages. Elle a un coût souvent non négligeable¹⁵⁰³ et, dans les procédures collectives où l'argent fait défaut, il convient d'être économe¹⁵⁰⁴. La transparence peut produire des conséquences regrettables tant il est vrai que, dans les affaires comme dans la guerre, une certaine discrétion constitue souvent la clé du succès¹⁵⁰⁵. Ainsi, quoi qu'on en dise, la confidentialité apparaît, au bout du compte comme un mal nécessaire pour le redressement de l'entreprise en difficulté et cela, les législateurs français et africain l'ont compris.

PARAGRAPHE 2 :LA CONFIDENTIALITE, NECESSITE COMMUNE AU REDRESSEMENT DE L'ENTREPRISE

834. Les dangers de la transparence sont évidents dans les procédures collectives. Si le secret des affaires s'efface totalement en cas de difficultés financières, le crédit de l'entreprise sera atteint, sa vulnérabilité financière s'accroîtra et finalement l'entreprise, livrée à la curiosité de ses concurrents, sera précipitée encore plus vite et de manière encore plus inéluctable vers la cessation des paiements¹⁵⁰⁶.

835. Les législateurs français et africain ont intégré, dans leurs différents textes en matière de procédures collectives, des dispositions tendant à rendre confidentielle l'intervention du juge. Cependant, la situation est différente selon que l'intervention du juge se situe sur le terrain de la prévention (A) ou selon que celle-ci se situe sur le terrain du traitement des difficultés de l'entreprise (B).

¹⁵⁰² Ibid. article 67, alinéa 5.

¹⁵⁰³ Y. GUYON, article précité, n°2.

¹⁵⁰⁴ A. SAYAG, *Publicités légales et information dans les affaires*, Litec, 1992, n°351.

¹⁵⁰⁵ Sur l'ambiguïté de la transparence, v. le pertinent rapport du Doyen, CARBONNIER au colloque sur la transparence, Rev. jurisp. Com., n° spéc., novembre 1993, p.9.

¹⁵⁰⁶ Y. GUYON, article précité, n° 2.

A. LA CONFIDENTIALITE DANS LES PROCEDURES PREVENTIVES

836. En matière de prévention, la confidentialité de l'intervention du juge est d'autant plus recommandée que, l'entreprise, bien que rencontrant des difficultés, n'est pas en état de cessation des paiements. Son crédit doit dès lors être préservé pour ne pas compromettre son redressement. Il apparaît cependant qu'alors qu'en droit français cette confidentialité est une réalité constante (1), en droit africain, elle est peu perceptible (2).

1. Une préoccupation constante en droit français

837. La recherche de confidentialité s'avère être l'un des objectifs majeurs du législateur français dans l'élaboration des procédures préventives en droit des entreprises en difficulté. Cette préoccupation est notamment perceptible à travers la procédure d'alerte, le mandat ad hoc et la procédure de conciliation.

838. Dans la procédure d'alerte du Président¹⁵⁰⁷, lorsque le juge convoque le dirigeant afin que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation, l'entretien est strictement privé et confidentiel. Cet entretien se déroule d'ailleurs de manière informelle, le juge se gardant bien de s'immiscer dans la gestion ou de dicter des mesures à prendre. Le Président du Tribunal voit ainsi son rôle accru, considéré par le législateur comme étant le plus qualifié pour connaître des difficultés d'un débiteur, eu égard à sa neutralité et à la confidentialité nécessaire aux affaires de toute entreprise qu'il peut assurer.

839. Dans le mandat ad hoc¹⁵⁰⁸, le caractère confidentiel de l'intervention du juge est également préservé. En effet, la désignation du mandataire ad hoc qui d'ailleurs se fait à la demande exclusive du représentant de l'entreprise est consécutive à une ordonnance du Président du Tribunal compétent non à une décision contentieuse. Par ailleurs, cette décision de nomination n'est pas communiquée au Ministère public, suite à un amendement voté par les députés¹⁵⁰⁹. Une telle communication eut été en

¹⁵⁰⁷ Supra, n°138 et s.

¹⁵⁰⁸ Supra, n° 157 et s.

¹⁵⁰⁹ A. LEINHARD, note sous article L.611-6 du Code de commerce, Code de procédures collectives commenté, Dalloz, 4^e édition, p.13.

effet contradictoire avec le fait que, le mandat ad hoc a précisément vocation à préserver la confidentialité de la démarche du chef d'une entreprise en difficulté. Enfin, il résulte des dispositions du nouvel article L.611-15 du Code de commerce et, cela est également valable pour la procédure de conciliation, que toute personne appelée à un mandat ad hoc ou qui par ses fonctions, en a connaissance, est tenue à la confidentialité. Il y a là un assouplissement en droit français puisque, désormais, les personnes concernées ne sont pas soumises au secret professionnel pénalement réprimé, mais à la seule confidentialité, que ne sanctionnent que les règles de la responsabilité civile. A la différence du secret professionnel, la confidentialité peut être levée à la demande de l'entreprise bénéficiaire conformément d'ailleurs à un arrêt de la Cour d'Appel de Paris¹⁵¹⁰.

840. La procédure de conciliation est également marquée du sceau de la confidentialité. Cette recherche de confidentialité se manifeste à plusieurs phases de la procédure.

841. D'abord, la décision d'ouverture de la procédure est insusceptible de recours¹⁵¹¹. Ce qui permet de conserver la confidentialité nécessaire aux négociations tant il est vrai que, l'absence de publicité et de recours possible constituent des atouts pour le conciliateur qui peut ainsi agir immédiatement et éviter tout report d'ouverture de cette procédure en raison de l'aléa judiciaire qui peut être préjudiciable à la situation financière du débiteur. Cependant, la loi fait obligation de communiquer la décision d'ouverture de la procédure au ministère public¹⁵¹². Il y a là, une entorse au principe de la confidentialité pouvant s'avérer problématique. Par ailleurs, lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, la décision est également communiquée à l'ordre professionnel ou à l'autorité compétente dont, le cas échéant, il relève¹⁵¹³. Il s'agit, vraisemblablement, d'éviter que ces derniers, qui pourraient être amenés à connaître d'une situation déficitaire du débiteur, n'engagent une action en ouverture de redressement judiciaire alors que des négociations sont en Cours dans le cadre d'une conciliation.

¹⁵¹⁰ Paris, 2 avril 1999, BICC 2000, n°121 ; Bull. Joly 1999, 1084, note COURET ; RTD com. 2000, 714, obs. MACORIG-VENIER.

¹⁵¹¹ Loi du 26 juillet 2005, article 5, nouvel article L.611-6, alinéa 4 du Code de commerce.

¹⁵¹² Ibid.

¹⁵¹³ Ibid.

842. Ensuite, la décision constatant l'accord de conciliation non homologué n'est pas soumise à publication¹⁵¹⁴. N'étant pas publié, l'accord de conciliation demeure confidentiel. Ainsi, l'accord ne compromet pas le crédit du débiteur et ne révèle pas aux tiers les efforts consentis par les créanciers et surtout par les banquiers. S'agissant de l'accord de conciliation homologué, c'est le jugement d'homologation qui est déposé au greffe où tout intéressé peut en prendre connaissance, et non l'accord lui-même¹⁵¹⁵. La confidentialité attachée à l'accord n'est pas ainsi remise en cause. En réalité, nonobstant cette précaution du législateur français, la publicité du jugement d'homologation fait perdre à la procédure son caractère confidentiel. Certes, c'est le jugement qui est publié et non l'accord lui-même. Mais, d'une part, l'article 33 du décret du 28 décembre 2005, devenu l'article R.611-40 du Code de commerce, énonce que les personnes appelées à l'instance d'homologation peuvent prendre connaissance de l'accord au greffe du Tribunal et, d'autre part, que le jugement, tout en reprenant les termes de l'accord, « *mentionne les garanties et privilèges constitués pour en assurer l'exécution. Il précise les montants garantis par le privilège de l'article L.611-11* » (privilège de conciliation). Dans ces conditions, il n'est pas difficile à des tiers de mesurer l'ampleur de l'aide consentie à l'entreprise, ce qui est de nature à fragiliser celle-ci. Il faut cependant reconnaître que, pour le législateur, sur un plan pratique, il était difficile de rendre opposable un accord homologué sans publicité. Par ailleurs, l'on ne saurait oublier que la voie de l'homologation est facultative et non obligatoire.

843. Enfin, toujours dans le souci de préserver la confidentialité, l'homologation de l'accord de conciliation intervient en chambre du conseil¹⁵¹⁶. Cette confidentialité est cependant relative car, outre la publicité du jugement d'homologation, les représentants du personnel doivent être entendus à l'audience d'homologation¹⁵¹⁷, sans compter que le Tribunal peut entendre toute autre personne dont l'audition lui paraît utile. Cette confidentialité relative caractérise le règlement préventif africain.

¹⁵¹⁴ Ibid. article 7, nouvel article L.611-8 du Code de commerce.

¹⁵¹⁵ Ibid., article 7, nouvel article L.611-10, alinéa 2 du Code de commerce.

¹⁵¹⁶ Ibid., article 7, nouvel article L.611-9 du Code de commerce.

¹⁵¹⁷ Ibid. ; v. B. SAPIN, « Confidentialité et sécurité juridique », *RJ com.*, hors série 2004, p. 66.

2. Une préoccupation peu perceptible en droit africain

844. Dans la procédure de règlement préventif en droit africain, le législateur ne semble pas s'être suffisamment préoccupé de la confidentialité nécessaire au redressement de l'entreprise parce que ne portant pas atteinte au crédit de celle-ci. Peut-être pourrait-on expliquer cette situation par le fait que, le règlement préventif africain s'est inspiré à la fois du règlement amiable français issu de la loi du 1^{er} mars 1984 et de l'ordonnance française du 27 septembre 1967. Or, ce dernier texte alors applicable aux « *entreprises en situation financière difficile... dont la disparition serait de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale* » s'avère être un « *modèle autoritaire* ».

845. En effet, la suspension automatique des poursuites ainsi que la publicité de la décision d'homologation du concordat préventif dans les mêmes conditions que la publicité entourant les décisions issues des procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens lui ôtent toute confidentialité. D'un autre côté, le législateur africain ne fait pas, comme son homologue français, une distinction entre la publicité de l'accord homologué et la publicité du jugement d'homologation. Or, sur le plan de la structuration du jugement d'homologation, rien n'interdit que l'accord homologué soit repris intégralement ou partiellement dans ledit jugement. Dans une telle hypothèse, il fera l'objet des publicités prescrites par la loi.

846. En revanche, la confidentialité dans la procédure de règlement préventif se manifeste à travers les prescriptions légales selon lesquelles, dans le cadre de l'homologation du concordat préventif, le débiteur est entendu en chambre du conseil¹⁵¹⁸ et la décision est rendue en audience non publique¹⁵¹⁹. Cependant, bien que contrairement à la procédure de conciliation française, le nombre de personnes dont l'audition est requise par la loi soit réduit, l'on constate que les personnes convoquées à l'audience d'homologation du concordat préventif africain ne sont astreintes ni au secret professionnel pénalement sanctionné, ni à l'obligation de confidentialité civilement sanctionnée.

¹⁵¹⁸ Acte uniforme portant organisation des procédures d'apurement du passif, article 14, alinéa 1.

¹⁵¹⁹ Ibid., article 15.

847. La confidentialité de l'intervention du juge apparaît, en fin de compte, comme un impératif pour le redressement de l'entreprise en difficulté mais qui n'est pas encore en état de cessation des paiements. Mais il est douteux que la logique soit la même lorsque l'entreprise se trouve en état de cessation des paiements.

B. LA CONFIDENTIALITE DANS LES PROCEDURES CURATIVES

848. On l'a vu, la publicité des décisions rendues par le juge des procédures collectives lorsque l'entreprise est en état de cessation est nécessaire ne fût-ce que pour rendre opposables aux tiers les restrictions de pouvoir qui atteignent le débiteur¹⁵²⁰. Ce qui justifie les nombreuses mesures d'information générales et individuelles relatives aux décisions rendues en droit des entreprises en difficulté mises en place par les différents législateurs. Dans ces conditions, l'exigence de confidentialité devient un leurre.

849. Cependant, il est une phase de la procédure où la confidentialité a toujours été prescrite même lorsque le débiteur se trouve en état de cessation des paiements. C'est la phase des débats qui précèdent le jugement. A cet égard, le droit africain et le droit français affirment en commun le principe de la non publicité des débats (1). Ce principe est cependant fortement tempéré en droit français depuis la loi du 26 juillet 2005 (2).

1. L'affirmation commune du principe de la non publicité des débats

850. Il a toujours été admis que l'absence de publicité des débats en matière de procédures collectives est généralement fondée sur l'idée selon laquelle, la procédure doit rester discrète pour sauvegarder les intérêts du débiteur, son crédit et son honorabilité¹⁵²¹.

¹⁵²⁰ Supra, n°817 et s.

¹⁵²¹ Supra, n°781.

851. Le principe de la non publicité des débats est posé par l'article L.662-3 du Code de commerce français¹⁵²² qui dispose que « *les débats devant le Tribunal de commerce et le Tribunal de grande instance ont lieu en chambre du conseil* ». Si le principe est le déroulement des débats en chambre du conseil, il convient toutefois de préciser que, en application des dispositions de l'article 349 du décret du 28 décembre 2005, devenu l'article R.662-13 du Code de commerce, les jugements rendus par le Tribunal sont prononcés en audience publique à l'exception de ceux rejetant la demande d'ouverture de l'une des procédures prévues au livre VI du Code de commerce et de ceux rejetant l'homologation de l'accord amiable à l'issue d'une procédure de conciliation.

852. En droit africain, il n'existe pas comme en droit français un texte de loi posant le principe général du déroulement des débats en chambre du conseil. Cependant, plusieurs dispositions légales rappellent ce principe. Ainsi, à titre d'illustration, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, en son article 24, alinéa 3 prévoit que dans le cadre de l'opposition formée contre les décisions du Président de la juridiction compétente visée à l'article 11, le débiteur est entendu en chambre du conseil. De même, l'article 15 du même Acte énonce que la juridiction compétente, saisie aux fins d'homologation du concordat préventif, statue en audience non publique. Par ailleurs, c'est en audience non publique que la juridiction compétente statue dans les actions en comblement de passif contre les dirigeants, en faillite personnelle et en réhabilitation conformément aux dispositions respectives des articles 183, 200 et 212 du même Acte uniforme.

853. Cependant, l'on constate avec regret que le législateur africain, pour n'avoir pas posé un principe général sur cette question, ne distingue pas toujours de manière nette, dans chaque cas, ce qui relève du déroulement de ce qui relève du prononcé de la décision. De manière exceptionnelle, l'article 42, alinéa 4 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif relatif à la révocation du syndic, prend soin de préciser d'une part que la juridiction compétente entend, en audience non publique, le rapport du juge-commissaire et les explications du syndic et, d'autre part, que la décision est prononcée en audience publique.

¹⁵²² J.-L. VALLENS, obs. RTD com. 1999, p. 205.

854. Quoi qu'il en soit, le principe de la non publicité des débats n'est pas en droit français un dogme immuable. Le législateur français, tenant compte des évolutions contemporaines, y a apporté d'importantes dérogations.

2. Les tempéraments du droit français

855. Le législateur français de 2005, influencé sans doute par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit la publicité des débats, a fortement tempéré le principe de la non publicité des débats en droit des entreprises en difficulté.

856. Ainsi, après avoir énoncé que « *les débats devant le Tribunal de commerce et le Tribunal de grande instance ont lieu en chambre du conseil* », l'article L.662-3 du Code de commerce énonce que « *néanmoins, la publicité des débats est de droit après l'ouverture de la procédure si le débiteur, le mandataire judiciaire, l'administrateur, le liquidateur, le représentant des salariés ou le ministère public en font la demande. Le Président du Tribunal peut décider qu'ils auront lieu ou se poursuivre en chambre du conseil s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice* ».

857. Là est la première exception au principe de la non publicité des débats. Elle est aux mains des personnes limitativement énumérées par le texte. Chacune de ces personnes peut solliciter du Tribunal, dès l'ouverture de la procédure, et tout au long de celle-ci, que les débats soient publics. Dans ce cas, la publicité des débats, dit le texte est « *de droit* ». Ceci signifie qu'aucune des personnes intéressées n'a le pouvoir de s'y opposer. Cette automaticité pourrait, selon un auteur¹⁵²³, s'avérer gênante s'agissant de la procédure de sauvegarde. La demande n'est soumise à aucune forme particulière, d'autant plus que, devant le Tribunal de commerce, la procédure est orale¹⁵²⁴. Seul le Président du Tribunal peut décider qu'en raison de la survenance de « *désordres de nature à troubler la sérénité de la justice* », les débats

¹⁵²³ G. TEBOUL, « *Le projet de loi de sauvegarde des entreprises diffusé par la chancellerie le 12 mai 2004 : quoi de neuf ?* », Les Petites Affiches, 29 juin 2004, p. 4.

¹⁵²⁴ Code de procédure civile, article 871.

se dérouleront ou se poursuivront en chambre du conseil. Cette décision peut être prise lors de l'ouverture de la procédure aussi bien qu'ultérieurement. A cet égard, l'alinéa 1 de l'article L.662-3 ne fait que reprendre l'article 435 du Code de procédure civile¹⁵²⁵. Toutefois, à la différence de ce dernier article, il ne précise pas que le juge peut opter pour le retour en chambre du conseil « *si toutes les parties le demandent* ».

858. La deuxième exception au principe résulte des dispositions de l'alinéa 2 de l'article L.662-3 du Code de commerce aux termes desquelles, « *par dérogation aux dispositions du premier alinéa, les débats relatifs aux mesures prises en application des chapitres I^{er}, II et III du titre V ont lieu en audience publique. Le Président du Tribunal peut décider qu'ils ont lieu en chambre du conseil si le débiteur le demande avant leur ouverture* ». Cette exception vise en fait les mesures frappant les dirigeants (responsabilité pour insuffisance d'actif, obligations aux dettes sociales¹⁵²⁶) ainsi que les mesures de faillite et d'interdiction de gérer¹⁵²⁷. Dans ce cas, les débats ont lieu en audience publique. Pour M. A. LEINHARD¹⁵²⁸, dans ce domaine de sanction, la mise en conformité avec l'article 6§ 1 de la Convention européenne des droits de l'homme était difficilement évitable, sous peine, sinon, de voir un jour la France condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme. Du reste, le projet de loi avait fait de cette dérogation une disposition d'ordre public, à laquelle le Tribunal n'aurait donc pu déroger, même avec l'accord du débiteur ou du dirigeant. Il faut cependant reconnaître que cette publicité obligatoire posait un sérieux problème en ce qu'elle se présentait comme une sanction supplémentaire, d'autant plus qu'en pratique, environ la moitié des débats débouchent, faute de preuves suffisantes, sur une absence de condamnation¹⁵²⁹. C'est la raison pour laquelle, le Sénat, puis à sa suite la Commission mixte paritaire sont venus apporter un sérieux bémol au principe des débats en audience publique, en donnant au Président du Tribunal le pouvoir de décider que ceux-ci ont lieu en chambre du conseil. Cette décision suppose cependant

¹⁵²⁵ Cet article dispose que « *Le juge peut décider que les débats auront lieu ou se poursuivront en chambre du conseil s'il doit résulter de leur publicité une atteinte à l'intimité de la vie privée, ou si les parties le demandent, ou s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice* ».

¹⁵²⁶ Loi du 26 juillet 2005, articles 127 et 128, nouveaux articles L.651-12 du Code de commerce.

¹⁵²⁷ Ibid., article 132 du Code de commerce, nouvel article L.654-1 du Code de commerce.

¹⁵²⁸ A. LEINHARD, op. cit., n°632, p. 86.

¹⁵²⁹ Y NEVEU, « *Les innovations apportées au régime des sanctions par le projet de réforme* », RJ. Com., hors série 2004, p. 131 ; v. aussi l'audition de Mme P. REY, « *Rapport de la mission d'information sur la réforme du droit des sociétés- traitement des entreprises en difficulté* », Doc. AN, n°2094.

une demande du débiteur ou du dirigeant poursuivi, formulée avant l'ouverture des débats. La demande en ce sens, faite par le débiteur ou le dirigeant est consignée par le Greffier et annexée à la décision rendue, laquelle est une mesure d'administration judiciaire non susceptible de recours¹⁵³⁰.

¹⁵³⁰ Décret du 28 décembre 2005, article 345, devenu l'article R.662-8 du Code de commerce.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 DU TITRE 1

859. Le dispositif en vigueur en France permet d'appréhender beaucoup plus en amont les difficultés des entreprises par une saisine précoce du juge avant que n'intervienne la cessation des paiements. Nonobstant le risque d'un recours abusif à ces procédures, l'analyse des critères de l'intervention du juge dans les procédures d'alerte, de conciliation et de sauvegarde attestent suffisamment de cette réalité. *A contrario*, force est de constater que le dispositif mis en place en droit africain pour le recours à la procédure de règlement préventif est de nature à constituer une entrave réelle au sauvetage judiciaire de l'entreprise en difficulté du fait notamment de son imprécision et de la faculté laissée au seul débiteur de saisir le juge en cas de difficultés.

860. En ce qui concerne les procédures curatives, le critère légal de la cessation des paiements retenu aussi bien par le législateur français que par le législateur africain n'est pas de nature à conduire à une saisine précoce du juge eu égard au fait qu'il ne repose pas sur des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, faits dont la gravité est beaucoup plus perceptible de l'intérieur de l'entreprise.

861. S'agissant de la problématique de la confidentialité traditionnellement mise à mal par les contraintes liées à l'exigence de transparence dans l'administration de la justice, il apparaît incontestablement que, contrairement au droit africain, le dispositif préventif français se préoccupe d'avantage de la recherche de confidentialité dans les procédures en vue de préserver les chances de sauvetage des entreprises. Il convient cependant de relativiser cette question pour deux raisons principales. D'abord, à y voir de près, la confidentialité n'est un atout pour le sauvetage de l'entreprise que lorsque celle-ci exerce des activités qui s'étalent dans le temps et que sa clientèle n'est pas essentiellement composée de particuliers. Ensuite, même dans l'hypothèse d'une entreprise en état de cessation des paiements, la publicité relative à l'ouverture d'une procédure collective n'est pas toujours préjudiciable au débiteur en raison des faveurs accordées par les textes aux créanciers postérieurs, d'où d'ailleurs l'intérêt qu'il y a à examiner la question générale de la prise en compte par le juge des intérêts des différents créanciers de l'entreprise dans les ordres juridiques africain et français.

CHAPITRE 2 : LA PRISE EN COMPTE VARIABLE PAR LE JUGE DES INTERETS DES CREANCIERS

862. Le droit moderne des entreprises en difficulté a essentiellement une finalité économique¹⁵³¹. Il est désormais question d'assurer la survie des outils de production viables dans le cadre d'un plan de continuation ou d'un plan de cession ou encore, d'une cession en situation de liquidation dans la mesure où « *l'économie nationale ne peut se permettre de tolérer que des outils de production soient brisés pour des raisons uniquement juridiques* »¹⁵³².

863. Cependant, les considérations d'intérêt général ne sauraient totalement occulter les intérêts particuliers qui rejaillissent à l'occasion de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un débiteur. Il s'agit particulièrement des intérêts de certains créanciers.

864. En effet, bien que les créanciers aient souvent été perçus comme « *les grands sacrifiés* » à l'ouverture d'une procédure collective, force est de constater que ceux-ci ne sont pas toujours logés à la même enseigne et ne subissent pas par conséquent le même sort.

865. Ainsi par exemple, le juge de l'entreprise en difficulté est parfois contraint de reconnaître les droits de certains créanciers qui, pour échapper aux atteintes que le droit des procédures collectives fait subir aux créanciers titulaires de sûretés réelles traditionnelles, utilisent la propriété comme une garantie¹⁵³³. De même, le juge est contraint de tenir compte des résultats des actions issues de la mainmise par certains créanciers sur les biens de l'entreprise soit entre les mains du débiteur, soit entre les mains des tiers.

866. Cette prise en compte des intérêts de certains créanciers ne peut que conduire à la dispersion des actifs de l'entreprise voire à un véritable « *dépeçage* » de celle-

¹⁵³¹ B. SONNE, *Traité des procédures collectives*, précité, n° 26, P. 24

¹⁵³² B. SONNE, *op.cit.*, n° 26, P. 24

¹⁵³³ B. SONNE, *op.cit.*, n° 26, P. 24

ci¹⁵³⁴. Ainsi, les actions en revendication et en restitution en droit français et en droit africain ont pour résultat commun de conduire à la reconnaissance du droit de propriété du créancier ainsi qu'à la restitution du bien revendiqué. De la même manière, les résultats des voies d'exécution exercées par certains créanciers antérieurs ou postérieurs, en raison des effets néfastes des mesures conservatoires et des mesures exécutoires contrarient la procédure collective et ne favorisent pas le sauvetage de l'entreprise. Il reste cependant que, sur cette question, le constat que l'on peut dresser est que, entre le droit africain et le droit français, il existe des variations quant au sort des créanciers propriétaires (section 1) tandis qu'il y a identité quant au sort des créanciers saisissants (section 2).

SECTION 1 : VARIATIONS QUANT AU SORT DES CREANCIERS PROPRIETAIRES

867. Lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'endroit du débiteur, il peut exister entre les mains de ce dernier des biens qui ne sont pas sa propriété. Ces biens, il les détient soit légitimement en vertu par exemple d'une location, d'un prêt, d'un dépôt, soit irrégulièrement à la suite, par exemple, d'un délit ou d'une fraude. Il est aujourd'hui admis aussi bien en droit africain qu'en droit français que, dans le cadre des procédures de redressement judiciaire et de liquidation, tout propriétaire de meubles est en droit de « *faire reconnaître son droit de propriété, quelle que soit la cause ou le titre juridique fondant sa propriété* »¹⁵³⁵. L'action en revendication qui s'applique en présence aussi bien d'un meuble corporel que d'un meuble incorporel permet ainsi, dans les deux ordres juridiques, au propriétaire de soustraire le bien de la convoitise des créanciers soumis à la discipline collective (paragraphe 1). Cependant, la mise en œuvre de cette action suppose la réunion d'un certain nombre de conditions dont la rigueur n'est pas partagée par le droit africain et le droit français (paragraphe 2).

¹⁵³⁴ V. B. SONNE, « *le paradoxe de l'entreprise éclatée* », JCP 1981, éd. cl II, 13551, P. 317.

¹⁵³⁵ La formule résulte d'une décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation française en date du 28 janvier 1997 : v. Cass. com., 28 janvier 1997, Dr. sociétés 1997, n° 46, obs. Y. CHAPUT.

PARAGRAPHE 1 : LE RECOURS AUX ACTIONS EN REVENDICATION

868. En droit commun, le vendeur de meubles non payé dispose d'un certain nombre de garanties. Il s'agit notamment du droit de rétention¹⁵³⁶, de l'action en résolution¹⁵³⁷, du privilège sur le prix du meuble vendu¹⁵³⁸, du droit de « *revendication* ¹⁵³⁹ ». Le vendeur des meubles dans la procédure collective ne jouit pas du même sort.

869. A ce propos, il importe de rappeler qu'il y a quelques années encore, le droit français était hostile à la reprise par le vendeur non payé de marchandises ou de matériel livrés, lorsque la revendication intervenait au préjudice de la faillite. En effet, par deux célèbres arrêts rendus les 28 et mars et 22 octobre 1934, la Cour de cassation a affirmé que la revendication se heurtait à « *cette règle de droit qui interdisait au vendeur de marchandises ou de matériel commercial de reprendre au détriment de la faillite, les choses livrées*¹⁵⁴⁰ ». Les solutions n'étaient pas très différentes dans les pays d'Afrique noire francophone qui, pour la plupart, avaient adopté les dispositions du Code civil et du Code de commerce français, ainsi que celles de la loi du 4 mars 1889¹⁵⁴¹.

870. Mais avec le temps, les choses ont fini par changer. Les législations française et africaine ont trouvé un compromis entre les garanties de droit commun et les impératifs d'une procédure collective. La suspension des poursuites individuelles, par suite de la survenance de la procédure, n'affecte pas les droits de revendication¹⁵⁴². Ceci se justifie par la qualité de propriétaire du revendiquant dont le droit est opposable à tous, ce qui lui confère une force supérieure à celle d'un simple droit de créance¹⁵⁴³. Cependant, les droits des revendiquants sont encadrés et leur exercice soumis à des règles strictes par des dispositions d'ordre public. En la matière, il existe un domaine d'application commun au droit africain et au droit français (A).

¹⁵³⁶ Article 1612 du Code civil français et 41 de l' AUS.

¹⁵³⁷ Articles 1184 et 1654 du Code civil français et du Code civil applicable dans la plupart des Etats Parties au Traité OHADA.

¹⁵³⁸ Article 110 de l'AUS.

¹⁵³⁹ Article 2102-4° du Code civil français et du Code civil applicable dans la plupart des Etats Parties au Traité OHADA.

¹⁵⁴⁰ Cass. civ. 28 mars et 22 octobre 1934, D. P 1934. 1 . 151, note J. VANDAMME ; Com. 7 juillet 1975. D.S 76, 70 note HONORAT.

¹⁵⁴¹ H. D MODI KOKO BEBEY, « *L'action en revendication dans les procédures collectives du droit français et de l'OHADA* », www.juriscope.org, p. 3.

¹⁵⁴² C. SAINT-ALARY-HOUIN, ouvrage précité, n° 702, p. 450.

¹⁵⁴³ P.-M. LE CORRE, « *Droit réel, droit personnel et procédures collectives* », Les Petites Affiches 1999, n°99, p. 4.

Cependant, en droit français, il existe un régime particulier entraînant dispense légale de revendication du fait de la publicité (B).

A. LE DOMAINE D'APPLICATION COMMUN

871. En droit africain et en droit français, les revendications portent en principe sur les biens mobiliers. La revendication peut porter sur tous les meubles corporels et notamment sur du matériel d'équipement professionnel. La jurisprudence française admet aussi la revendication des meubles incorporels. La Cour de cassation a en effet admis que le loueur d'un fonds de commerce était fondé à en effectuer la revendication, les dispositions légales étant applicables « *quels qu'en soient la cause juridique ou le titre invoqué à l'appui de la revendication* »¹⁵⁴⁴. La même solution a été retenue pour un logiciel informatique¹⁵⁴⁵. Cette jurisprudence a sa place en droit africain.

872. Le droit africain et le droit français envisagent également une protection des propriétaires d'effets de commerce en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur. En droit africain, « *peuvent être revendiqués, s'ils se trouvent encore dans le portefeuille du débiteur, les effets de commerce ou autres titres non payés remis par leurs propriétaires pour être spécialement affectés à des paiements déterminés* »¹⁵⁴⁶. C'est exactement la même disposition que reprend le législateur français avec cette légère différence que les effets de commerce ou autres titres doivent avoir été remis par leur propriétaire « *pour être recouverts ou pour être spécialement affectés à des paiements déterminés* »¹⁵⁴⁷.

873. S'agissant précisément de la revendication des meubles corporels, il faut préciser que les deux ordres juridiques accordent une grande protection au vendeur de meubles impayé et dont le débiteur est soumis à une procédure collective. On rappellera qu'en pareille circonstance, les prérogatives du vendeur sont restreintes dans un souci d'égalité de traitement des différents créanciers.

¹⁵⁴⁴ Com., 21 nov.1995, D. 1996, somm. Com., 214, obs. F. PEROCHON; D. 1996.211, obs. C. REGNAULT-MOUTIER.

¹⁵⁴⁵ Versailles, 30 juin 1994, Rev. proc. coll. 1995.191, obs. B. SOINNE.

¹⁵⁴⁶ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 102.

¹⁵⁴⁷ Code de commerce, article L.624-15.

874. La situation n'est cependant pas la même selon que le vendeur est en possession des marchandises vendues (1), selon qu'il s'en est dessaisi (2) et, surtout, selon qu'il est réservataire de propriété (3). Parfois, il arrive qu'avant l'ouverture d'une procédure collective, les marchandises et objets mobiliers consignés ou vendus avec une clause de réserve de propriété aient été, à leur tour, revendus par l'acquéreur. Cette situation entraîne un report du droit de revendication sur le prix dû à l'acquéreur par le sous-acquéreur (4).

1. *La protection du vendeur en possession*

875. Lorsque le vendeur ne s'est pas dessaisi des meubles vendus, la loi lui reconnaît un droit de rétention sur les biens en sa possession. En droit africain, le Code de commerce applicable à la veille des indépendances dans bon nombre d'Etats Parties au Traité OHADA, en son article 577, énonçait déjà que « *pourront être retenues par le vendeur les marchandises par lui vendues, qui ne seront pas livrées au failli, ou qui n'auront pas encore été expédiées, soit à lui, soit à un tiers pour son compte* ». L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif reprend quasiment cette disposition en énonçant que « *peuvent être retenus par le vendeur les marchandises et objets mobiliers qui ne sont pas délivrés ou expédiés au débiteur ou à un tiers agissant pour son compte* »¹⁵⁴⁸. Le législateur africain précise que « *cette exception est recevable même si le prix est stipulé payable à crédit et le transfert de propriété opéré avant la délivrance ou l'expédition* »¹⁵⁴⁹. L'article reprend ainsi l'idée selon laquelle, le droit de rétention porte sur la possession et non sur la propriété¹⁵⁵⁰. Le droit français reprend la même disposition en énonçant que, « *peuvent être retenues par le vendeur les marchandises qui ne sont pas délivrées ou expédiées au débiteur ou à un tiers agissant pour son compte* »¹⁵⁵¹. Mais, la disposition légale française est légèrement plus réductrice puisqu'elle ne vise que les « *marchandises* » qui ne sont pas délivrées ou expédiées

¹⁵⁴⁸ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 104, alinéa 1.

¹⁵⁴⁹ Ibid, article 104, alinéa 2.

¹⁵⁵⁰ Cass. civ., 24 janv. 1859, D. 1859. 1. 67.

¹⁵⁵¹ Code de commerce, article L.624-14.

au contraire du droit africain qui vise de manière plus large, les « *marchandises et objets mobiliers* ».

876. Le droit de rétention ainsi aménagé au profit du vendeur existe tout aussi bien dans les ventes au comptant que dans les ventes à terme¹⁵⁵² et subsiste tant qu'il n'y a pas eu de tradition réelle de marchandises dans le patrimoine du débiteur soumis à la procédure collective¹⁵⁵³. En droit français, en dépit de la consécration législative de la « *prééminence du droit de rétention* »¹⁵⁵⁴, la nature de ce droit est apparue incertaine pendant longtemps. En effet, sur ce point, toutes les analyses doctrinales ont été proposées sans qu'aucune ne fasse véritablement l'unanimité : droit réel¹⁵⁵⁵, véritable sûreté¹⁵⁵⁶, sûreté imparfaite¹⁵⁵⁷, droit réel inachevé¹⁵⁵⁸, droit personnel¹⁵⁵⁹.

877. Bien plus, par un arrêt du 20 mai 1997, la Cour de cassation a tranché net en jugeant que « *le droit de rétention n'est pas une sûreté et n'est pas assimilable au gage* »¹⁵⁶⁰. La haute juridiction a réitéré sa position dans un autre arrêt en date du 9 juin 1998 en jugeant, une fois de plus, que le droit de rétention qui n'est pas une sûreté et qui n'est pas assimilable au gage, ne permet pas l'attribution en pleine propriété de la chose retenue¹⁵⁶¹.

878. L'ordonnance du 23 mars 2006, a intégré le droit de rétention à l'article 2286 du Code civil français et lui a donné une définition précise. Pour autant, les auteurs de cette ordonnance n'ont pas voulu remettre en cause la jurisprudence précitée¹⁵⁶² de la Cour de cassation affirmant que le droit de rétention n'est pas une sûreté. Du reste,

¹⁵⁵² Req. 24 avril 1903, D.P 1904.I.229, rapp. E. ALFANDARI.

¹⁵⁵³ Civ. 12 mai 1903, D. 1903. 1. 146.

¹⁵⁵⁴ P. LEMAIGAT, « *L'efficacité du droit de rétention du créancier gagiste dans les procédures collectives* », Les Petites Affiches, n° 242 du 6 décembre 1999.

¹⁵⁵⁵ BEUDANT par VOIRIN, Cours de droit civil français, t.XIII, n° 286 et s, Rousseau, 2è éd., 1948 ; R. RODIERE, note sous Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 1962, D. 1965, p.59.

¹⁵⁵⁶ DAGOT, Les sûretés, P.U.F., 1981, p.76 ; SIMLER et DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, n° 401 et s., 2è éd. Dalloz, 1989, qui voient dans le droit de rétention « *une sûreté simple et efficace* » ou « *une véritable sûreté* ».

¹⁵⁵⁷ CARBONNIER, Droit civil, t. 4, Les obligations, 20è éd., Thémis, P.U.F., 1996, n° 194, y voit « *une sorte de sûreté* » ; J. MESTRE, note sous Toulouse, 11 février 1977, D. 1978, jur., p. 206, « *sûreté de fait* ».

¹⁵⁵⁸ MAZEAUD et CHABAS, Leçons de droit civil, t. 3, vol.1, Sûretés-Publicité foncière, 6è éd. Par RANOUIL et CHABAS, Montchrestien, 1988, n° 129.

¹⁵⁵⁹ CATALA-FRANJOU, « *De la nature juridique du droit de rétention* », R. T. D. civ., 1967, qui considère que le droit de rétention n'est qu'une modalité affectant l'obligation de délivrance pesant sur le débiteur ; AUBRY et RAU, Droit civil français, t. 3, 7è éd. Par EISMEN et PONSARD, Paris, Libr. Techn., 1968, n° 256 bis, p. 139, qui constatent que le droit de rétention ne confère ni droit de suite, ni droit de préférence, ce qui exclurait la qualification de droit réel.

¹⁵⁶⁰ Cass.com., 20 mai 1997, Bull. civ.IV, n° 141 ; D. 1998, somm., p. 102, obs. S. PIEDELIEVRE, et 115, obs. R. LIBCHABER.

¹⁵⁶¹ Cass. com., 9 juin 1998, Bull. civ. IV, n° 181 ; D. 1999, somm. P. 300, obs. PIEDELIEVRE ; D. Affaires 1998, p.1323, obs. LEINHARD.

¹⁵⁶² Supra, n°877.

pour bien le marquer, ils ont pris soin de ne faire figurer le droit de rétention ni au sein du titre II consacré aux sûretés réelles, ni *a fortiori*, au sein du titre I consacré aux sûretés personnelles. Il s'en suit que, et bien que certains auteurs aient pu penser le contraire¹⁵⁶³, n'étant ni une sûreté réelle, ni une sûreté personnelle, le droit de rétention n'est pas considéré par le Code civil comme une sûreté et l'ordonnance du 18 décembre 2008 n'a apporté aucun changement à cette situation.

879. Il reste cependant que la loi de modernisation de l'économie du 04 août 2008 qui a ajouté à l'article 2286 du Code civil, un quatrième alinéa généralisant le droit de rétention au gage sans dépossession est venu donner un « *coup de semonce* »¹⁵⁶⁴ à cette institution qui pouvait paraître de loin quelque peu dépassée. En effet, dans le but sans doute de donner un peu plus d'attractivité au gage de stocks de commerce dont la réglementation est à la fois inutile et inadaptée aux besoins de la pratique, le législateur français a éprouvé le besoin de renforcer son attractivité et a ainsi décidé de le doter d'un droit de rétention fictif dont le bénéfice a même été étendu à l'ensemble des gages sans dépossession par le nouvel article 2286, 4° du Code civil issu de la loi du 04 août 2008¹⁵⁶⁵.

880. D'aucuns ont cependant trouvé étonnant que la loi du 04 août 2008 ait pu ainsi admettre un droit de rétention là où il n'existe aucun droit de blocage¹⁵⁶⁶. C'est que, de manière générale, le gage sans dépossession n'empêche absolument pas le constituant d'utiliser le bien et de le délivrer au tiers acquéreur, quand bien même le gage serait opposable à ce dernier consécutivement à la publicité effectuée et au droit de suite qui y est attaché. Pourtant, avant l'ordonnance du 18 décembre 2008, ce droit de rétention sans dépossession était tellement fictif que n'ayant aucune consistance, il ne risquait pas d'exercer une influence négative sur le redressement de l'entreprise en difficulté puisque, d'une part, il n'empêchait pas le débiteur de se servir du bien gagé¹⁵⁶⁷ et, d'autre part, il ne gênait pas plus un éventuel acquéreur du bien qu'il ne

¹⁵⁶³ M. H MONSERIE – BON, « *droit de rétention* », Dict-perm. Difficultés des entreprises, n° spécial, mars 2009, P. 4178.

¹⁵⁶⁴ L'expression est de MONSERIE – BON, article précité.

¹⁵⁶⁵ P. CROCQ, « *Le gage, avec ou sans dépossession, après la loi du 04 août 2008 et l'ordonnance du 18 décembre 2008* », Cahiers de droit de l'entreprise, n° 04, juillet-août 2009, p. 27.

¹⁵⁶⁶ P. CROCQ, article précité.

¹⁵⁶⁷ Ce qui avait pour conséquence qu'il était insusceptible de remettre en question l'exécution d'un plan de sauvegarde ou de continuation de l'entreprise.

gênait initialement le débiteur en difficulté¹⁵⁶⁸. Paradoxalement et, comme le relève si bien le Pr CROCQ¹⁵⁶⁹, en voulant réduire une « *efficacité imaginaire* » que l'on croyait capable de compromettre le redressement de l'entreprise en difficulté, les auteurs de l'ordonnance du 18 décembre 2008 « *sont parvenus à conférer une efficacité à un droit de rétention qui, jusqu'alors, en était dépourvu* ». Ainsi, le nouvel article L. 622-7, I, alinéa 2 du Code de commerce issu de l'ordonnance du 18 décembre 2008, énonce que le jugement ouvrant la procédure de sauvegarde¹⁵⁷⁰ « *emporte, de plein droit, inopposabilité du droit de rétention conféré par le 4° de l'article 2286 du Code civil pendant la période d'observation et d'exécution du plan, sauf si le bien objet du gage est compris dans une cession d'activité décidée en application de l'article L. 626-1* ».

881. L'énonciation par cette disposition légale du principe de l'inopposabilité du droit de rétention pendant la période d'observation et l'exécution du plan paraît sans intérêt puisque même si la réforme n'avait rien prévu à ce propos, le nouveau droit de rétention n'était pas susceptible d'empêcher le débiteur d'utiliser le bien. Dans ces conditions, c'est bien à tort que d'aucuns ont pensé que cette disposition permettait au débiteur de continuer de faire usage du bien gagé, ce qui pouvait être de nature à favoriser le maintien de l'exploitation¹⁵⁷¹. En revanche, au travers de l'exception au principe de l'inopposabilité du droit de rétention prévu par ce texte, les auteurs de l'ordonnance du 18 décembre 2008 reconnaissent expressément l'opposabilité du droit de rétention fictif lorsque le bien gagé est l'objet d'une cession d'activité décidée en application de l'article L. 626-1 du Code de commerce, c'est-à-dire d'une cession soumise par ce dernier texte aux règles applicables à la cession des actifs en cas de liquidation judiciaire. Il est alors possible de voir dans cette reconnaissance, l'affirmation implicite de ce que les règles énoncées traditionnellement en cas de liquidation judiciaire et de cession d'un bien grevé d'un droit de rétention effectif s'appliquent également au droit de rétention fictif de l'article 2286, 4° du Code civil¹⁵⁷².

¹⁵⁶⁸ De ce fait, il ne pouvait être en soi un obstacle à l'adoption d'un plan de cession de l'entreprise.

¹⁵⁶⁹ P. CROCQ, article précité, p. 27.

¹⁵⁷⁰ Ou de redressement judiciaire selon le renvoi effectué à ce texte par l'article L. 631-14, alinéa 1 du Code de commerce.

¹⁵⁷¹ V. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 18 décembre 2008, commentaires portant sur l'amélioration des conditions de réorganisation de l'entreprise, J.O du 19 décembre 2008.

¹⁵⁷² P. CROCQ, article précité, p. 28.

882. Le législateur communautaire africain, pour sa part, au travers de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés, aussi bien dans son ancienne version du 17 avril 1997 que dans sa version révisée du 15 décembre 2010 a érigé le droit de rétention en sûreté, s'inspirant en cela de la législation sénégalaise qui « *a voulu en faire une véritable sûreté réelle, tranchant nettement et définitivement le débat interminable sur sa nature juridique* ». L'article 67 de l'Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés énonce à cet égard que « *le créancier qui détient légitimement un bien du débiteur peut le retenir jusqu'à complet paiement de ce qui lui est dû, indépendamment de toute autre sûreté...* »¹⁵⁷³.

883. Le droit de rétention auquel la réforme du droit des sûretés a consacré quatre articles¹⁵⁷⁴ vient de retrouver sa véritable nature : un pouvoir de blocage conférant une situation d'exclusivité sur le bien. En effet, alors que l'article 43 de l'ancien Acte uniforme portant organisation des sûretés disposait que le créancier n'ayant reçu ni paiement, ni sûreté, pouvait « *après signification faite au débiteur et au propriétaire de la chose, exercer ses droits de suite et de préférence comme en matière de gage* », le nouveau texte a supprimé cette faculté. Il en découle que désormais, le créancier ne dispose ni de la faculté de vente forcée du bien retenu, ni de celle du droit d'attribution du bien retenu, ni du droit de suite et de préférence sur la chose retenue.

884. Le droit de rétention n'est, au total, mis en échec que par le paiement complet en vue d'éteindre la créance du rétenteur puisque, précisément, le créancier détient légitimement le bien du débiteur « *jusqu'à complet paiement de ce qui lui est dû* ». En droit OHADA, dans l'hypothèse d'une résolution du contrat de vente des marchandises et objets mobiliers survenue antérieurement ou postérieurement au jugement d'ouverture, il n'y a pas lieu à revendication si, avant la restitution des marchandises et objets mobiliers, le prix ainsi que les frais et les dommages intérêts prononcés sont intégralement et immédiatement payés par le syndic assistant ou représentant le débiteur selon le cas¹⁵⁷⁵. Par ailleurs, lorsque le débiteur est en état de liquidation des biens, le syndic ne peut retirer au profit de la masse le gage ou le nantissement constitué sur un bien du débiteur qu'en remboursant la dette au

¹⁵⁷³ Acte uniforme portant organisation des sûretés, article 67.

¹⁵⁷⁴ Contre trois dans l'ancien texte.

¹⁵⁷⁵ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 106, alinéa, 3.

créancier gagiste ou nanti sur autorisation du juge-commissaire¹⁵⁷⁶. Cette solution est incontestablement applicable au droit de rétention¹⁵⁷⁷ devenu une sûreté réelle et mobilière assimilable au gage. L'on comprend dès lors mal la décision rendue par la Cour d'Appel d'Abidjan en date du 31 janvier 2003 aux termes de laquelle, elle a jugé que le règlement préventif auquel le débiteur était admis faisait obstacle à l'exercice par le créancier de son droit de rétention¹⁵⁷⁸.

885. En droit français, pendant la période d'observation, en dépit de l'interdiction des paiements, le juge-commissaire peut autoriser le débiteur à payer les créances antérieures au jugement d'ouverture, pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue, lorsque ce retrait se justifie par la poursuite de l'activité¹⁵⁷⁹. Pareillement, dans le cadre de la liquidation judiciaire, le liquidateur autorisé par le juge-commissaire peut, en payant la dette, retirer les biens constitués en gage par le débiteur ou la chose retenue¹⁵⁸⁰.

886. Le vendeur en possession est également protégé par l'arrêt en Cours de route des marchandises expédiées au débiteur. C'est le stoppage « *in transitu* » lorsque le destinataire fait l'objet d'une procédure collective. Aux termes des dispositions de l'article 105, alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, « *peuvent être revendiqués les marchandises et les objets mobiliers expédiés au débiteur tant que la tradition n'en a point été effectuée dans ses magasins ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour son compte ou d'un mandataire chargé de les recevoir* ». L'article L. 624-13, alinéa 1 du Code de commerce français reprend presque, mot pour mot, cette disposition en énonçant que « *peuvent être revendiquées les marchandises expédiées au débiteur tant que la tradition n'en a point été effectuée dans ses magasins ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour son compte* ». Dans cette hypothèse, le débiteur n'étant pas rentré en possession, les tiers n'ont pas pu croire qu'il était devenu propriétaire. Cette revendication porte donc sur la possession perdue du fait de l'expédition et non sur la propriété dès lors que, la vente a eu lieu et le transfert de

¹⁵⁷⁶ Ibid, article 149, alinéa 3.

¹⁵⁷⁷ En ce sens, F.M. SAWADOGO, ouvrage précité, n° 308, p. 297.

¹⁵⁷⁸ CA d'Abidjan, arrêt n° 92 du 31 janvier 2003, Ohadata J-03-226, Répertoire quinquennal OHADA, 2000-2005, p.370.

¹⁵⁷⁹ Ordonnance du 18 décembre 2008, article 22, nouvel article L622-7, II, alinéa 2 du Code de commerce.

¹⁵⁸⁰ Loi du 26 juillet 2005, article 117, nouvel article L. 642-25 du Code de commerce.

propriété réalisé. Le stoppage peut se faire par voie de saisie-revendication¹⁵⁸¹. Cependant, le recours à cette procédure n'est pas obligatoire. Il a été jugé qu'une simple opposition par lettre ou dépêche était suffisante si l'objet de l'opposition était formellement précisé et s'il ne pouvait y avoir aucun doute sur le but poursuivi par l'opposant¹⁵⁸².

887. Il résulte ainsi des législations africaine et française que la revendication est possible si les marchandises sont en Cours de route ou, en tout cas, non livrées « *dans les magasins de l'acheteur* ». Mais, que faut-il entendre par « *magasins* » de « *l'acheteur* » ? La notion a fait l'objet d'abondants développements jurisprudentiels et doctrinaux. L'on en retient que par cette formule, il faut entendre tout local ou emplacement où la marchandise vendue a été l'objet d'une prise de possession par l'acheteur suffisamment caractérisée et apparente pour qu'il y ait, aux yeux du public, augmentation de l'actif et par conséquent du crédit de l'entreprise¹⁵⁸³. Pour la jurisprudence, la livraison subsiste en dépit de la livraison de la marchandise en gare de départ¹⁵⁸⁴ quand bien même l'expédition a été faite au nom de l'acquéreur ou que le vendeur a adressé à l'acheteur la facture et le récépissé d'expédition, ou encore que le chargement a été effectué par l'acheteur ou par son préposé, ou que ce dernier a apposé des marques sur la marchandise.

888. Les mêmes législations assimilent aux magasins de l'acheteur ceux du commissionnaire « *chargé de les vendre pour son compte* ». L'entrée des marchandises dans les magasins du commissionnaire fait ainsi obstacle à la revendication¹⁵⁸⁵. La revendication serait en revanche possible si la marchandise a été remise à un commissionnaire non pour la revente, mais simplement en vue de leur expédition ou de leur dépôt¹⁵⁸⁶.

¹⁵⁸¹ La saisie-revendication peut être utilisée par toute personne fondée à requérir la délivrance ou la restitution d'un bien mobilier corporel. Elle peut avoir lieu entre les mains de la personne tenue de la remise ou entre celles d'un tiers. Cette procédure est prévue en droit africain par l'article 227 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution et, en droit français, par les articles 155 à 163 du décret du 31 juillet 1992 sur les voies d'exécution.

¹⁵⁸² Req. 29 juill. 1875, D.P. 1876, 1, 113 ; Nancy 25 fév. 1902, Journ. faillites 1902, 345 ; Montpellier, 10 mars 1910, Journ. 1910, 315.

¹⁵⁸³ Req. 29 nov. 1875, D.P. 1878, I, 17 ; Rennes 20 fév. 1862, D.P. 1863, 2, 47 ; Cass.com. 9 déc. 1958, Bull. civ. III, n° 427 ; LYON-CAEN et RENAULT, Traité de droit commercial, n° 845 ; PERCEROU et DESSERTAUX, Faillites, banqueroute et liquidation judiciaire, n° 1046.

¹⁵⁸⁴ Cass. civ. 13 août 1879, D.P. 1881, 281 ; Aix-en-Provence, 4 mai 1869, D.P. 1870, II, 133 ; Caen 13 juill. 1892, D.P. 1893, II, 422.

¹⁵⁸⁵ Caen, 22 janv. 1850, D.P. 1855, 227 ; Rennes, 26 mars 1858, S. 1858, II, 632.

¹⁵⁸⁶ Req. 7 mars 1848, D.P., I, 83 ; Req. 15 juin 1900, D.P., 1901, I, 420.

889. Le droit africain et le droit français suppriment le droit de revendication lorsque les marchandises ont été vendues avant leur arrivée, sans fraude, sur factures ou titres de transport réguliers. Cette règle résulte en droit africain des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 105 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. En droit français, elle résulte des dispositions de l'alinéa 2 de l'article L.624-13 du Code de Commerce.

890. Cette règle repose sur les dispositions de l'article 2279, alinéa 1 du Code civil aux termes desquelles, « *en fait de meubles, la possession vaut titre* ». Il est question, dans cette hypothèse, de protéger le sous-acquéreur qui n'a commis aucune faute et, partant, de sauvegarder le crédit. Mais, pour se prévaloir de cette règle, il faut que le sous-acquéreur soit de bonne foi¹⁵⁸⁷. Lorsque cette bonne foi est établie, la revendication n'est alors possible que sur le prix¹⁵⁸⁸. Il appartient au revendiquant de prouver la fraude de l'acheteur, mais également celle du sous-acquéreur. A ce propos, la simple connaissance des difficultés de l'acheteur par le sous-acquéreur ne saurait suffire si le prix convenu est normal, encore faut-il qu'il existe un concert frauduleux ou, plus largement, que la revente ne soit pas sérieuse¹⁵⁸⁹. La revendication est écartée non seulement en cas de transfert de propriété, mais également lorsqu'il a été transféré des droits réels sur la marchandise. Tel est le cas lorsqu'un gage a été constitué sans fraude au profit d'un tiers notamment par endossement régulier du connaissance, de la lettre voiture ou même d'une simple remise de récépissé¹⁵⁹⁰.

891. En droit africain et en droit français, la protection du créancier propriétaire ne se limite pas seulement à l'hypothèse où celui-ci est encore en possession de la marchandise. Elle va au-delà et concerne, curieusement, le cas où les marchandises et objets mobiliers ont été livrés à l'acheteur.

¹⁵⁸⁷ Sur la notion de bonne foi, v. Cass. com. 11 mai 1993, Rev. proc. coll. 1993, p. 550, n° 5, obs. SOINNE.

¹⁵⁸⁸ *Infra*, n°913.

¹⁵⁸⁹ Trib. com. Seine, 26 mars 1868, Journ. trib. com. 1868, 446.

¹⁵⁹⁰ Req. 27 avril 1853, D.P 1853, I, 220.

2. *La protection du vendeur dessaisi*

892. A partir du moment où les meubles vendus sont livrés à l'acheteur, le vendeur perd tout droit de revendication car, ces meubles font partie de la solvabilité apparente de l'acheteur. Le privilège spécial sur la chose vendue qu'il détient, le droit d'agir en résolution pour défaut de paiement du prix de vente et l'action en revendication sont, en principe, éteints¹⁵⁹¹. Pour tout dire, le vendeur est sacrifié aux nécessités du crédit. Cependant, la perte des droits du vendeur est subordonnée à une tradition des marchandises dans ses magasins puisque, c'est à partir de ce moment qu'elles font partie de la solvabilité apparente de l'acquéreur. Mais, cela suppose une perte réelle et non une tradition fictive. Il est en effet indiqué que les tiers qui contractent avec le débiteur puissent croire que les marchandises vendues lui appartiennent. Il s'en suit que le droit de revendication demeure si les marchandises se trouvent entre les mains d'un tiers tel un dépositaire ou un transitaire. En pareil cas, les marchandises ne font pas partie de la solvabilité apparente de l'acheteur soumis à une procédure collective.

893. Par exception à ce principe, les lois africaines et française permettent la revendication en dépit du dessaisissement du vendeur, si celui-ci a commencé à exercer ses garanties avant que l'acheteur ne soit soumis à une procédure collective. Cette situation est prévue en droit africain à l'article 106 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif et en droit français à l'article L. 624-12 du Code de commerce¹⁵⁹². Il résulte en substance de ces deux textes que, peuvent être revendiqués, s'ils existent en nature en tout ou en partie les marchandises et objets mobiliers dont la vente a été résolue antérieurement à la décision ouvrant la procédure, soit par décision de justice, soit par le jeu d'une clause ou d'une condition résolutoire acquise¹⁵⁹³.

894. La revendication est également admise, bien que la résolution de la vente ait été prononcée ou constatée postérieurement à la décision ouvrant la procédure, lorsque l'action en résolution a été intentée antérieurement à la décision d'ouverture

¹⁵⁹¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, ouvrage précité, n° 720, p. 463.

¹⁵⁹² Loi du 26 juillet 2005, article 53.

¹⁵⁹³ Cette disposition est celle de l'article 106, alinéa 1 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Elle est l'équivalent du nouvel article L. 624 - 12, alinéa 1 du Code de commerce français.

par le vendeur¹⁵⁹⁴. Mais sur ce point, le droit français se démarque du droit africain en ce que, l'alinéa 2 de l'article L.624-12 du Code de commerce pose une condition supplémentaire : l'action en résolution intentée antérieurement à la décision d'ouverture doit être fondée sur une cause autre que le défaut de paiement du prix. Cette précision, introduite dans la loi française de 1967¹⁵⁹⁵ et reprise dans celle de 1985 constitue en fait un alignement sur le principe général de l'arrêt des poursuites¹⁵⁹⁶. Le droit africain ne comporte pas cette restriction. Bien au contraire, au travers des dispositions de l'article 75, alinéa 3 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, il enseigne que « *la suspension des poursuites individuelles ne s'applique pas aux actions en nullité et en résolution* ». De ce fait, l'Acte uniforme élargit le champ des revendications dans l'hypothèse d'une résolution de la vente intervenue postérieurement au jugement d'ouverture et, à la différence du droit français, le vendeur des biens meubles bénéficie ainsi d'une prérogative renforcée¹⁵⁹⁷, même si cela se fait au détriment du redressement de l'entreprise.

895. Hormis donc ces exceptions, le vendeur dessaisi devient un créancier ordinaire, la survenance de la procédure entraînant une réduction sensible de ses droits. Rien d'étonnant alors que le vendeur de meubles, pour améliorer sa situation, prenne la précaution d'insérer une clause de réserve de propriété dans son contrat.

3. *La protection du vendeur réservataire de propriété*

896. Le champ de prédilection de la clause de réserve de propriété est, de manière générale, le contrat de vente où elle constitue une exception au principe du transfert immédiat et *solo consensus* de la propriété posé par l'article 1583 du Code civil. En droit français, il résulte des dispositions de l'article L.624-16 du Code de commerce que peuvent être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture

¹⁵⁹⁴ Cette disposition est commune à l'article 106, alinéa 2 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif et au nouvel article L. 624 – 12, alinéa 2 du Code de commerce français.

¹⁵⁹⁵ V. rapport GOUZES, n° 1872, p.132.

¹⁵⁹⁶ Il résulte en effet des dispositions du nouvel article L.622-21 du Code de commerce applicable aussi bien en cas de sauvegarde, que de redressement ou de liquidation judiciaire que le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part des créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture ou postérieurement mais sans remplir les conditions pour bénéficier de la priorité de paiement prévue à l'article L.622-27. Ces actions sont, entre autres, celles tendant à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.

¹⁵⁹⁷ H.D. MODI KOKO BEBEY, article précité.

de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété subordonnant le transfert de propriété au paiement du prix. Cette disposition est reprise en droit africain par l'article 103, alinéa 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif¹⁵⁹⁸.

897. Historiquement, si la validité de la clause de réserve de propriété n'a jamais été contestée, son efficacité en droit des entreprises en difficulté, a été réduite à néant par la jurisprudence de la Cour de cassation intervenue du reste sous l'empire de textes alors en vigueur en Afrique. Cette jurisprudence décidait qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective, la clause de réserve de propriété était inopposable à la masse des créanciers, le bien livré à l'acheteur étant ainsi devenu un élément de sa solvabilité apparente¹⁵⁹⁹. Dénuée d'opposabilité au moment où le vendeur avait le plus besoin de la mettre en œuvre, la réserve de propriété perdait ainsi tout son intérêt.

898. Il a fallu attendre une loi du 12 Mai 1980, pour que soit admise par le législateur français l'opposabilité de la clause de réserve de propriété à la masse des créanciers. Par cette loi, le législateur a entendu, entre autre objectif, lutter contre le phénomène de « *faillites en chaîne* » occasionné par la restriction des droits du vendeur lorsque son co-contractant faisait l'objet d'une procédure collective. Il reste que l'introduction en France de la clause de réserve de propriété¹⁶⁰⁰ dans le droit des procédures collectives en 1980 a fait dire à certains qu'il s'agissait de « *la faillite de la faillite* »¹⁶⁰¹. La loi du 25 Janvier 1985 a maintenu le *statu quo*. Quant aux lois du

¹⁵⁹⁸ Si les textes français et africains ainsi énoncés ne visent que le contrat de vente, cela n'exclut pas qu'une réserve de propriété soit stipulée dans un autre type de contrat tel par exemple un contrat d'entreprise. La jurisprudence française a d'abord reconnu cette situation (Cass. com., 29 mai 2001, RTD civ. 2001, p. 930 s, obs. P. CROCQ; Cass. Com. ; 5 novembre 2003, n° 00-21. 357, Bull. civ. IV, n° 162; D. 2003, p.2965. RTD com., 2004, p.600 s., obs. A. MARTIN-SERF). Cette situation a par la suite été consacrée par l'ordonnance du 23 Mars 2006 reformant le droit des sûretés puisque, le nouvel article 2367 du Code civil issu de cette ordonnance, définit la clause de réserve de propriété comme étant la clause qui « *suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie* », ce qui peut concerner tous les contrats à effet translatif et non pas le seul contrat de vente (V. P. CROCQ, Jurisclasseur Commercial, Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaires, Situation du vendeur de meubles, Clause de réserve de propriété, fascicule 2545, n°1). Pour ce qui est du droit africain, il convient de relever que l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif ne traite pas de la clause de réserve de propriété dans la section réservée aux droits du vendeur de meubles comme on n'aurait pu s'attendre. L'article 103, alinéa 2 qui régleme la clause de propriété se trouve plutôt dans la section de l'Acte uniforme relative aux revendications en général.

¹⁵⁹⁹ Supra, arrêts des 28 Mars et 22 Octobre 1934 déjà mentionnés, note n°....

¹⁶⁰⁰ J. GHESTIN, « *Réflexion d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété* », D. 1981. I., chron. p. 1 à 16 ; Ph. BENEZRA, « *Réserve de propriété et procédures collectives* », Gaz. Pal. 1989. I., doct. p. 1 à 9.

¹⁶⁰¹R. HOUIN, « L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite », Etudes et commentaires, J. C. P. éd. C. I., 1980, I., 13283.

10 Juin 1994 et 1^{er} Juillet 1996, elles ont renforcé l'efficacité de la réserve de propriété, efficacité maintenue par la loi du 26 juillet 2005.

899. L'ordonnance du 23 Mars 2006 reformant le droit des sûretés a apporté une modification beaucoup plus importante. En effet, alors que jusque là, les textes relatifs à la réserve de propriété ne figuraient qu'au sein du droit des procédures collectives, cette réforme a décidé de réglementer celle-ci pour l'essentiel au sein même du livre IV du Code civil consacré aux sûretés, dans les nouveaux articles 2367 à 2372, tout en conservant cependant quelques dispositions applicables à la réserve de propriété en cas d'ouverture d'une procédure collective au sein des articles L.624-9 à L.624-18 du Code de commerce.

900. Quant au droit africain, en énonçant à l'alinéa 2 de l'article 103 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, que les marchandises et objets mobiliers vendus avec une clause subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix, lorsque cette clause a été convenue entre les parties dans un écrit et a été régulièrement publiée au registre du commerce et du crédit mobilier, peuvent être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature, le législateur communautaire a donné toute son efficacité à la clause de réserve de propriété lors des procédures collectives. Cependant, de manière générale, la clause de réserve de propriété est réglementée en droit africain par l'article 284 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général. A ce propos, l'article 283 de l'ancien Acte uniforme du 17 avril 1997, énonçait que « *sauf convention contraire entre les parties, le transfert de propriété s'opère dès la prise de livraison par l'acheteur de la marchandise vendue* », l'article 284, alinéa 1 du même Acte précisait que « *les parties peuvent librement convenir de reporter ce transfert de propriété au jour du paiement complet du prix* ».

901. Le nouvel Acte uniforme relatif au droit commercial général du 15 décembre 2010¹⁶⁰² comporte les mêmes dispositions en son article 276 duquel il résulte que « *les parties... peuvent convenir de différer le transfert de propriété en application d'une clause de réserve de propriété régie par les articles 72 à 78 de l'Acte uniforme*

¹⁶⁰² Cet Acte uniforme, adopté le 15 décembre 2010 à Lomé est entré en vigueur le 16 mai 2010.

portant organisation des sûretés ». Il en résulte qu'en droit africain, le droit commun de la réserve de propriété est désormais contenu dans l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés. Au demeurant, avec la réforme issue de cet Acte, le législateur communautaire rejoint son homologue français en faisant expressément des garanties-propriétés une sûreté¹⁶⁰³. L'article 71 dudit Acte énonce en effet que : « *La propriété d'un bien peut être retenue en garantie d'une obligation par l'effet d'une clause de réserve de propriété ; elle peut aussi être cédée en garantie d'une obligation...* ». Cette disposition du droit communautaire africain apparaît comme le pendant des dispositions françaises introduites par l'ordonnance du 23 mars 2006 aux articles 2367 et suivants du Code civil consacrés à la propriété cédée à titre de garantie.

902. La protection du vendeur réservataire de propriété ne peut être efficace que par la mise en œuvre de la réserve de propriété. En effet, la réserve de propriété confère au vendeur le droit d'agir en revendication faute par l'acheteur de payer le prix complet. Le succès d'une telle action suppose non seulement que soient réunies les conditions de d'exercice de l'action en revendication¹⁶⁰⁴, mais également, que la réserve de propriété produise des effets entre les parties contractantes et qu'elle soit opposable aux tiers. Sur cette question, quelques points de divergence existent entre le droit africain et le droit français.

903. Le législateur communautaire africain a pris soin de distinguer les effets de la clause entre les parties de son opposabilité aux tiers. Pour que la clause de réserve de propriété produise des effets entre les parties, certaines conditions doivent être réunies. Ces conditions résultent des dispositions de l'article 73 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, lequel énonce : « *A peine de nullité, la réserve de propriété est convenue par écrit au plus tard au jour de la livraison du bien. Elle peut l'être dans un écrit régissant un ensemble d'opérations présentes ou à venir entre les parties* ». Il résulte ainsi de la combinaison de ce texte que, pour être valable et ne pas encourir la nullité, la clause de réserve de propriété doit, d'une part, figurer dans un écrit et, d'autre part, être acceptée par l'acheteur.

¹⁶⁰³ Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés consacre à cette question tout son chapitre 3 du titre 2 et l'article 50, alinéa 1 dudit Acte classe la propriété retenue ou cédée à titre de garantie parmi les sûretés mobilières.

¹⁶⁰⁴ *Infra*, n°931 et s.

904. Sur l'exigence d'un écrit, l'on s'est interrogé sur la nature de cette condition légale. Pour certains, il ne doit pas s'agir seulement d'une condition de preuve de la clause entre les parties, cette preuve pouvant être rapportée par tous les moyens¹⁶⁰⁵ et la jurisprudence ayant même parfois considéré que celle-ci pouvait s'induire des circonstances¹⁶⁰⁶. Il a été précisé qu'il s'agit « *d'une forme solennelle destinée non pas à établir l'existence de la clause, mais à la rendre opposable à la procédure collective* »¹⁶⁰⁷. L'écrit doit, dans tous les cas, être considéré comme une condition objective de la recevabilité de la revendication. Quoi qu'il en soit, le législateur africain fait preuve de souplesse sur la question en ce qu'il n'exige pas une forme particulière pour cet écrit, ou une convention particulière entre les parties¹⁶⁰⁸. La clause peut être mentionnée dans le contrat de vente, le bon de commande ou le bon de livraison, pourvu qu'elle le soit au plus tard le jour de la livraison. L'énumération faite par le législateur africain quant aux documents susceptibles de contenir la clause de réserve de propriété ne peut qu'être indicative, tous les documents généralement admis dans les rapports commerciaux pouvant constituer l'écrit requis par la loi.

905. Il importe par ailleurs de relever que l'article 73 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés du 15 décembre 2010, en énonçant que la clause de réserve de propriété peut être convenue dans « *un écrit régissant un ensemble d'opérations présentes ou à venir entre les parties* », reprend à son compte, en des termes quasi identiques, les dispositions du nouvel article L.624-16, alinéa 2 du Code de commerce français justifiées par les contraintes jadis imposées au revendeur en matière d'exigence d'un écrit.

906. S'agissant de la condition relative à l'acceptation, celle-ci est reprise aussi bien par l'article 73 59 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés que par l'article 103 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. La loi africaine exige une clause « *convenue entre les parties* », ce qui suppose une acceptation, un consentement même si, la forme et la nature de cette acceptation peuvent poser quelques difficultés. En tout état de cause,

¹⁶⁰⁵ B. SOINNE, ouvrage précité, n° 1909, p. 1542.

¹⁶⁰⁶ Req.23 janv. 1941, D.P 1942, 52.

¹⁶⁰⁷ DERRIDA, « *La clause de réserve de propriété et le droit de la faillite* », Rev. synd. et adm. jud. 1980, n° 2.

¹⁶⁰⁸ A. W. BERTHE, « *La clause de réserve de propriété selon les Actes uniformes de l'OHADA* », www.ohada.com.

les modalités d'acceptation de l'acquéreur constituent une question de fait soumise à l'appréciation des juges du fond.

907. Outre les conditions liées à l'exigence d'un écrit et à l'acceptation de l'acquéreur, l'action en revendication fondée sur l'existence d'une clause de réserve de propriété ne peut prospérer en droit africain que si cette clause est opposable aux tiers¹⁶⁰⁹. Les conditions de cette opposabilité aux tiers sont précisées par l'article 74 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Il en résulte que, sous réserve de sa validité, la clause de réserve de propriété ne sera opposable aux tiers que si elle a été régulièrement publiée au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier¹⁶¹⁰. Il y a là une originalité du droit africain par rapport au droit français. Avant la réforme africaine du droit des sûretés du 15 décembre 2010, il était permis de soutenir que ce particularisme sous l'empire de l'ancien texte rendait la revendication plus difficile quand on sait que l'inscription de la clause de réserve de propriété n'était valable que pendant une durée d'un an et que, à défaut de renouvellement, cette inscription est périmée et radiée d'office par le greffe¹⁶¹¹. Mais, avec le nouvel Acte uniforme, les choses ont changé. L'interprétation des dispositions de l'article 58, alinéa 3 dudit Acte, laisse en effet apparaître que la durée de validité de l'inscription de la clause de réserve de propriété au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier dépend de la volonté des parties et qu'en tout état de cause, cette durée ne saurait dépasser dix années à compter de l'inscription.

908. Les conditions relatives à l'exigence d'un écrit et au consentement de l'acquéreur pour la validité de la clause de réserve de propriété dans le cadre du droit OHADA sont transposables en droit français. Cependant, en ce qui concerne l'exigence d'un écrit, une évolution a été observée. Avant la réforme de 1994, il était exigé que la clause de réserve de propriété fût stipulée par écrit pour chaque vente sous peine d'inopposabilité aux tiers. La Cour de cassation exigeait ainsi la répétition de la clause dans chaque contrat de vente¹⁶¹². Il appartenait, en réalité, au

¹⁶⁰⁹ M. K. BROU, « *La protection des vendeurs de biens avec la clause de réserve de propriété dans les procédures collectives : l'apport du traité OHADA* », *Penant*, n° 837, p. 300.

¹⁶¹⁰ Les modalités d'inscription des clauses de réserve de propriété sont précisées par l'article 59, alinéa 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

¹⁶¹¹ Ancien Acte uniforme relatif au droit commercial général, article 63.

¹⁶¹² *Com.*, 25 janv. 1986, *JCP* 1986. éd. E. I. 15389. 9 juin 1987, *Rev. proc. coll.* 1987, n° 4, p. 68. obs. SOINNE ; 3 nov. 1992 (2 arrêts), *Bull. civ.* IV, n° 346.

revendiquant de procéder à une triple démonstration à savoir : démontrer l'existence d'un écrit contenant la clause, démontrer le caractère antérieur ou concomitant de cet écrit, démontrer que l'écrit était relatif aux marchandises vendues et revendiquées. Cette jurisprudence est devenue caduque depuis la réforme du 10 juin 1994., De la même manière que la loi de 1985, le nouvel article L.624-16, alinéa 2 du Code de commerce énonce que la clause de réserve de propriété peut figurer « *dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties* ». Pour certains auteurs¹⁶¹³, cette notion fait indiscutablement appel à celle de groupe de contrats qui se sont développés dans la pratique du fait de la complexité des opérations économiques et de la circulation rapide des biens¹⁶¹⁴. Mais, hormis l'hypothèse de groupe de contrats, un accord général peut également être conclu par tout moyen approprié laissant trace écrite et stipulant que l'ensemble de toutes les livraisons, même réalisées au Cours de plusieurs années et constituant juridiquement des ventes distinctes, seront couvertes par la clause de réserve. Il n'est donc plus exigé que chacune des ventes soit couverte par une clause.

909. Contrairement au droit africain, en droit français, la publicité de la clause de réserve de propriété n'est pas une condition d'opposabilité. La réforme du 10 juin 1994 a institué un régime particulier qui comporte une procédure allégée en faveur de certains contractants du débiteur. C'est ainsi que le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité, sauf à introduire une demande en restitution selon une procédure identique à celle en vigueur pour la demande en revendication. Il en résulte que la clause de réserve peut faire l'objet d'une publicité. Il s'agit cependant d'une publicité facultative qui ne conditionne pas l'opposabilité du droit de propriété mais a seulement pour effet de dispenser de l'exercice d'une action tendant à faire reconnaître ce droit.

910. En dépit de l'existence d'une clause de réserve de propriété opposable à la procédure collective, la revendication en nature peut s'avérer impossible du fait de la revente par l'acquéreur, des marchandises et effets mobiliers consignés ou vendus

¹⁶¹³ B. SOINNE, « *Le nouveau droit de la revendication issu de la loi du 10 juin 1994* », *Les Petites Affiches*, n° 110, du 14 septembre 1994.

¹⁶¹⁴ Sur cette question, v. TEYSSIE, *Les groupes de contrat*, thèse LGDJ 1975 ; NERET, *Le sous-contrat*, thèse LGDJ 1979.

avec clause de réserve de propriété à un sous-acquéreur. Dans une telle hypothèse, il y a report du droit de revendication sur la créance du prix de revente.

4. L'admission de la revendication du prix de la revente

911. L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, en son article 103, alinéa 4, prévoit qu'en cas d'aliénation des marchandises et effets mobiliers consignés ou vendus avec clause de réserve de propriété, peut être revendiqué contre le sous-acquéreur, le prix ou la partie du prix dû si celui-ci n'a été payé ni en valeur, ni compensé en compte Courant entre le débiteur et le sous-acquéreur. De manière plus générale, l'article 78 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés du 10 décembre 2010 pose désormais le principe selon lequel, en matière de réserve de propriété, lorsque le bien est vendu, le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur. La même règle est posée en droit français par l'article L.624-18 du Code de commerce avec cette différence que l'article 44 de l'ordonnance du 18 décembre 2008 modifiant ledit article a supprimé les mots « *en compte Courant* ». L'article 115 du même Code précise que les sommes correspondantes payées par le sous-acquéreur postérieurement à l'ouverture de la procédure doivent être versées par le débiteur entre les mains du mandataire judiciaire, lequel les remet au créancier revendiquant à concurrence de sa créance. La revendication du prix est ainsi fondée sur la subrogation réelle.

912. Dans cette hypothèse commune au droit africain et français, le droit de revendication du vendeur réservataire de propriété est paralysé du fait que l'acheteur ait revendu le bien à un tiers ayant cru que ledit acheteur en était le véritable propriétaire. Cette paralysie résulte de l'application des dispositions de l'article 2279 du Code civil¹⁶¹⁵ au profit du tiers acquéreur. Il est en effet admis qu'en cas de sous-aliénation d'un bien couvert par une réserve de propriété, le sous-acquéreur contre lequel le vendeur originaire va exercer l'action en revendication, peut se prévaloir victorieusement des dispositions de cet article. Il en résultera alors un transfert

immédiat de la propriété et un rejet de l'action en revendication dès que le sous-acquéreur est mis en possession du bien¹⁶¹⁶.

913. Lorsque la bonne foi du tiers acquéreur est établie, le droit de propriété du vendeur réservataire de propriété est reporté sur la créance du prix de revente dont l'acheteur faisant l'objet d'une procédure collective est titulaire à son encontre. La revendication du prix est ainsi fondée sur la subrogation réelle en ce que, la créance se trouve substituée aux marchandises en nature. Selon la jurisprudence, la subrogation opère dès la revente et non au jour de l'ouverture de la procédure collective.

914. Il faut cependant rappeler que la loi, qu'elle soit africaine ou française, n'autorise la revendication de la créance du prix de revente que si, ce prix n'a été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé. Par « règlement en valeur », il faut entendre le règlement en effet de commerce, lettre de change, billet à ordre ou chèque¹⁶¹⁷. S'agissant de la compensation entre le débiteur et l'acheteur, celle-ci doit être intervenue avant le jugement d'ouverture. En outre, la revendication de la créance du prix n'est possible que pour autant que les conditions de fond de la revendication sont réunies, ce qui suppose que les marchandises « *soient demeurées en leur état initial à la date de la livraison* ».

915. Si les créanciers propriétaires ont, en droit africain et en droit français, la possibilité d'initier des actions en revendication lorsque leurs intérêts sont menacés dans le cadre des procédures collectives ouvertes contre leurs débiteurs, ces créanciers disposent, en droit français, d'un privilège inconnu du droit africain. Ce privilège légal résulte de ce que, le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité.

¹⁶¹⁶ Y. CHAPUT, « Les clauses de réserve de propriété, commentaire de la loi du 12 mai 1980, Etudes et commentaires, J.C.P 1981, I, 3017.

¹⁶¹⁷ Req. 27 juill. 1858, D. 1858, I, 436 ; S.1859, I, 109.

B. LA DISPENSE LEGALE DE REVENDICATION EN DROIT FRANÇAIS : LE CAS DES CONTRATS PUBLIES

916. Il convient avant tout de dégager l'énoncé et la portée de la dispense légale de revendication en droit français (1) avant que ne soit précisé le domaine de la publicité dont source de revendication (2) ainsi que les conséquences de cette publicité(3).

1. Enoncé et portée du principe

917. La Cour de cassation française avait cru devoir imposer l'exigence de la revendication aux propriétaires des biens dont les droits étaient publiés¹⁶¹⁸, droits que les tiers étaient supposés connaître. Étaient particulièrement concernés, les organismes de crédit-bail qui sont tenus de publier leurs contrats afin de rendre leur droit de propriété opposable aux tiers¹⁶¹⁹ et qui se sont ainsi vu imposer les contraintes « *matérielles difficilement supportables et objectivement inutiles* »¹⁶²⁰. Leurs protestations sont sans nul doute à l'origine des dispositions relatives aux restitutions issues de la loi du 10 juin 1994 et de son décret d'application du 21 octobre 1994¹⁶²¹.

918. La loi française du 10 juin 1994 ainsi que son décret d'application en date du 21 octobre 1994 ont incontestablement réduit le champ d'application de l'action en revendication. Aux termes des dispositions de l'article 115-1 de cette loi, « *le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité* ». Cette disposition a été intégralement reprise par l'article 51 de la loi du 26 juillet 2005, devenu l'article L. 624-10 du Code de Commerce. En vertu de la dispense légale, la revendication qui tend à rapporter la preuve du droit de propriété est allégée, pour ne pas dire supprimée. Cependant, il appartient au revendiquant d'engager la procédure en restitution. Ainsi, la procédure de restitution se substituera à la procédure de revendication chaque fois que le propriétaire est dispensé de rapporter la preuve de

¹⁶¹⁸ Cass. com., 15 oct. 1991, JCP. E 1992, II, 250, note M. BEY.

¹⁶¹⁹ Code monétaire et financier, article L.310-10 et décret du 4 juillet 1972.

¹⁶²⁰ A. JACQUEMONT, Droit des entreprises en difficulté, Manuel, Litec, 6^e éd., n° 618, p.328.

¹⁶²¹ F. PEROCHON, « *La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives* », article précité, n° 47.

son droit de propriété. A cet égard, il ressort de l'article L. 624-10-1 issu des dispositions de l'article 42 de l'ordonnance du 18 décembre 2008 que *« lorsque le droit à restitution a été reconnu ... et que le bien fait l'objet d'un contrat en Cours au jour de l'ouverture de la procédure, la restitution effective intervient au jour de la résiliation ou du terme du contrat »*.

919. Cependant, pour bénéficier de cette disposition légale, l'article 117 du décret du 28 décembre 2005 précise que les contrats concernés doivent avoir été publiés avant le jugement d'ouverture selon les modalités qui leur sont applicables. Aux mêmes fins, en l'absence de réglementation particulière, le propriétaire du bien doit avoir fait publier le contrat avant le jugement d'ouverture, selon les cas, au registre mentionné à l'article R 313-4 du Code monétaire et financier ou au registre prévu au troisième alinéa de l'article 63 du décret. Il faut par ailleurs préciser que la publicité n'assure pas le succès de l'action en restitution. Elle informe simplement les tiers de l'existence du contrat et des droits du propriétaire et son rôle s'arrête là. Elle est impuissante à assurer que, le jour venu, le bien vendu ou loué sera retrouvé entre les mains du débiteur. Mais encore faudrait-il préciser le domaine de la publicité source de dispense légale de revendication.

2. *Le domaine de la publicité*

920. L'incitation du législateur français à publier les contrats portant sur les meubles paraît générale. Sont principalement concernés par cette disposition légale les loueurs, les crédits-bailleurs¹⁶²² ainsi que les vendeurs bénéficiant d'une clause de réserve de propriété. Pour ces derniers cependant, la publicité ne conditionne pas l'opposabilité du droit de propriété mais a seulement pour effet de dispenser de l'exercice d'une action tendant à faire reconnaître ce droit. Toutefois, la publicité des contrats portant sur des biens fongibles pose problème. En effet, comment publier un contrat portant sur de tels biens alors que, par définition, la publicité a pour but de permettre *« l'identification des parties et celle des biens qui font l'objet desdites*

¹⁶²² M. BEY, « *Le crédit-bail dans la réforme des procédures collectives opérée par la loi du 10 juin 1994* », RJDA 8-9/94, p. 707 ; BIGOT, « *La pratique des revendications et demandes en restitution de biens consécutive à l'application de la loi du 10 juin 1994 et du décret du 21 octobre 1994* », Gaz. Pal. 18-20 déc. 1994, doct.

opérations ». Pour certains¹⁶²³, les exigences d'identification étant incompatibles avec la fongibilité, il convient de refuser la publicité des contrats de crédit-bail ou de vente avec réserve de propriété portant sur des biens fongibles, ce qui conduirait à renvoyer les contractants à la procédure de revendication. De la sorte, la publicité ne faciliterait les choses que pour des contrats portant sur des biens d'équipement. Cette position paraît d'autant pertinente que la Cour de cassation française est exigeante en matière de publicité du crédit-bail elle qui, par un arrêt en date du 29 avril 1997 a eu à rappeler l'obligation de l'identification très précise des parties¹⁶²⁴. Cependant, il semble bien comme le soutient Mme PEROCHON¹⁶²⁵, que cette exclusion ne soit plus de mise depuis que l'ordonnance du 23 mars 2006 permet de publier les gages sur des biens fongibles.

921. A défaut de la publicité du contrat de crédit-bail avant le jugement d'ouverture au greffe du Tribunal compétent, le droit de propriété du crédit-bailleur sur le bien objet du contrat est, en principe, inopposable aux créanciers du preneur¹⁶²⁶, et la question de la revendication ne se pose plus, sauf s'il réussit à établir que les créanciers du créancier du crédit-preneur ont eu connaissance de ce droit¹⁶²⁷.

922. L'hypothèse du contrat de crédit-bail régulièrement publié et transmis par la suite dans le cadre d'un plan de cession d'entreprise sans avoir fait l'objet à cette occasion de la publicité spécifique par les dispositions du Code monétaire et financier mérite d'être relevée. Dans cette hypothèse, la Cour de cassation, à la faveur d'une interprétation favorable aux crédit-bailleurs, admet que le droit de propriété du crédit-bailleur est, malgré tout, opposable aux créanciers du repreneur dès lors que le contrat est mentionné dans le jugement de cession. Ces derniers, en effet et quoique l'interprétation soit quelque peu tendancieuse¹⁶²⁸, sont réputés en avoir eu connaissance par l'effet de la publication du jugement arrêtant le plan de cession, jugement dont les dispositions sont opposables aux tiers¹⁶²⁹.

¹⁶²³ A. MARTIN-SERF, « *Revendications et restitutions : questions procédurales* », Les Petites Affiches, n° 129 du 28 octobre 1998.

¹⁶²⁴ Cass. com., 29 avril 1997, Bull. civ. IV, n° 112, R.T.D. com. 1997, p. 670, obs. BOULOC.

¹⁶²⁵ F. PEROCHON, « *La procédure des revendications et des restitutions* », précité, n° 48.

¹⁶²⁶ V. en ce sens, Cass.com., 4 déc. 2001, Act. proc. coll. 2002-5, n° 62, obs. J. VALLANSAN.

¹⁶²⁷ Code monétaire et financier, article R.313-10.

¹⁶²⁸ A. JACQUEMONT, ouvrage précité, n° 619.

¹⁶²⁹ Cass. com., 15 mars 2005, Act.proc. coll. 2005-8, n° 102 et p.1, obs. F. PEROCHON.

923. En droit africain, la loi exige que les contrats de crédit-bail, pour être opposables, soient publiés. Le crédit-bailleur doit, à cet effet, déposer au greffe de la juridiction en charge de la tenue du Registre de Commerce et du Crédit Mobilier dans le ressort de laquelle est immatriculée la personne physique ou morale preneur de ce crédit-bail, le titre constitutif du contrat de crédit-bail ainsi qu'un formulaire comportant des mentions précises¹⁶³⁰. Mais, à l'opposé du droit français, cette publicité ne dispense pas le crédit-bailleur d'exercer une action en revendication lorsqu'une procédure collective est ouverte contre le débiteur. Pour tout dire, le droit africain n'a pas adopté la distinction faite depuis la loi du 10 juin 1994 par le législateur français entre les actions en revendication et les actions en restitution. Il en découle qu'en droit africain, le crédit-bailleur et le créancier réservataire de propriété ayant publié les contrats desquels résultent leurs droits, sont tenus, pour faire valoir ceux-ci dans le cadre des procédures collectives, d'exercer des actions en revendication qui tendront à la fois à faire reconnaître le droit de propriété sur le bien en cause et en solliciter la restitution alors qu'en droit français, il revient simplement au créancier propriétaire ayant publié le contrat de solliciter la restitution du bien conséquemment à cette publicité.

3. *La restitution du bien comme conséquence de la publicité du contrat*

924. En affirmant que le propriétaire d'un bien dont le contrat est publié « *peut réclamer la restitution de son bien* », le droit français a ainsi consacré dans la loi, le droit à restitution en tant qu'action spécifique distincte de la revendication¹⁶³¹.

925. Quelle que soit la procédure collective ouverte à l'égard de son cocontractant¹⁶³², le propriétaire dont le contrat est publié peut agir en restitution de son bien, sous réserve du respect de la même procédure qu'en matière de revendication¹⁶³³.

¹⁶³⁰ Acte uniforme relatif au droit commercial général, article 61.

¹⁶³¹ P.-M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz – Action, 2008 – 2009, n° 812 – 51, p. 1933.

¹⁶³² Le régime de la restitution est défini à l'article R. 624 – 14 du Code de commerce applicable dans les trois procédures par renvoi des articles R. 631-31 et R. 641 – 31.

¹⁶³³ C'est-à-dire envoi d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'administrateur ou au débiteur (avec copie au mandataire judiciaire), puis, faute d'accord dans le mois ou en cas de contestation, saisine du juge-commissaire.

926. L'action en restitution tend à la reprise matérielle du bien. Mais, cette action ne peut prospérer que si le cocontractant a conservé le bien entre ses mains, ce qui rend relative la sécurité juridique résultant de la publicité¹⁶³⁴. Si le bien a été confié à un tiers soumis par la suite à une procédure collective, le propriétaire se retrouvera dans la situation classique qu'il avait voulu éviter de propriétaire contraint à revendiquer dans un bref délai dans le but d'assurer l'opposabilité de son droit de propriété¹⁶³⁵.

927. Compte tenu du fait que le propriétaire dont le contrat est publié est à l'abri de la forclusion¹⁶³⁶, il a donc tout son temps et peut ne pas se manifester dans la procédure collective ouverte contre son cocontractant. Une telle inertie, bien qu'elle ne soit pas coupable, est de nature à ralentir le déroulement de la procédure collective. Pour cette raison, les articles R.624-14 et L.624-17 du Code du commerce permettent à l'administrateur ou au débiteur de saisir le juge-commissaire afin qu'il statue sur les droits de propriétaire et sur le sort du contrat « *même en l'absence de demande préalable en restitution* ».

928. Par ailleurs, il résulte des dispositions de l'article R.641-32 du Code de commerce qu'en matière de liquidation judiciaire, le liquidateur désireux de disposer rapidement du bien¹⁶³⁷, peut adresser au propriétaire une mise en demeure par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à son dernier domicile connu pour lui demander s'il entend ou non récupérer physiquement son bien. Si le propriétaire ne réagit pas dans le délai d'un mois ou s'il répond qu'il n'entend pas récupérer son bien, le liquidateur peut alors vendre ledit bien. Ce faisant, le liquidateur opère pour le compte du propriétaire, en vertu d'une sorte de mandat de vente résultant de l'accord implicite du propriétaire qui, en ne demandant pas la restitution, consent en vertu du texte à la vente pour son compte¹⁶³⁸. Il appartient alors au liquidateur de consigner le prix de la vente ou la quote-part du prix de cession, et de le tenir, sous déduction des frais, à la disposition du propriétaire.

¹⁶³⁴ F.PEROCHON, « *Les procédures des revendications et des restitutions dans les procédures collectives* », article précité, n°65, p. 69.

¹⁶³⁵ Cass. Com., 2 mars 1999, RD bancaire, janv. 2000, p. 23, n° 20, obs. F.-X. LUCAS.

¹⁶³⁶ Sauf l'hypothèse dans laquelle son bien est confié à un tiers dans la procédure collective, auquel cas, il y aura lieu à revendication dans les délais.

¹⁶³⁷ Pour par exemple débarasser les locaux.

¹⁶³⁸ F.PEROCHON, « *Les procédures des revendications et des restitutions dans les procédures collectives* », précité, n° 70, p. 70.

929. S'il est indéniable qu'en droit africain et en droit français, les créanciers propriétaires disposent des actions en revendication et en restitution pour faire valoir leurs droits, les conditions de mise en œuvre de ces actions n'ont pas été aménagées de la même manière.

PARAGRAPHE 2 : LA MISE EN ŒUVRE DES ACTIONS

930. De manière générale, l'exercice des actions en revendication et en restitution implique, en droit africain comme en droit français, le respect d'un formalisme particulier. Il apparaît cependant, à l'analyse, que les conditions de mise en œuvre de ces actions dans les deux ordres juridiques sont quelque peu divergentes (A). Par ailleurs, en l'absence de directives légales et en l'absence d'une jurisprudence assise en la matière, il paraît utile, à la lumière notamment de la jurisprudence française d'esquisser des solutions susceptibles d'inspirer les juges africains quant à l'appréciation de certaines conditions de mise en œuvre de ces actions (B).

A. DES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DIVERGENTES

931. Les conditions de mise en œuvre des actions en revendication et en restitution paraissent plus rigoureuses en droit africain (1) alors qu'elles paraissent plus allégées en droit français (2).

1. Des conditions plus rigoureuses en droit africain

932. La rigueur des conditions d'exercice des actions en revendication en droit africain tiennent notamment à l'exigence d'une déclaration de créance préalable (a) ainsi qu'à la complexité des délais (b).

a) *L'exigence d'une déclaration de créance préalable*

933. Alors qu'en droit français, la déclaration préalable des créances n'est pas une condition d'exercice de l'action en revendication ou en restitution¹⁶³⁹, en droit africain, l'exercice de l'action en revendication est subordonnée à la production de la créance par le revendiquant. En effet, aux termes des dispositions de l'article 101, alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, « *les actions en revendication ne peuvent être reprises ou exercées que si le revendiquant a produit et respecté les formes et délais prévus par les articles 78 à 88 ci-dessus* ». L'article 78 soumet tous les créanciers chirographaires à l'obligation de produire leurs créances auprès du syndic, à peine de forclusion. Il résulte de l'alinéa 3 de cet article visant spécialement les titulaires d'un droit de revendication que ces derniers « *doivent également produire en précisant s'ils entendent exercer leur droit de revendication. A défaut de cette précision, ils sont considérés comme créanciers chirographaires* ».

934. Ainsi, le créancier propriétaire qui entend exercer une action en revendication doit produire sa créance et déclarer de manière expresse sa volonté d'exercer son droit de revendication. Faute par lui d'accomplir cette double formalité, il sera considéré comme un simple créancier chirographaire. Mais, faut-il pour autant conclure que l'absence de simultanéité dans l'accomplissement de ces deux formalités entraîne la perte du droit de revendiquer ? Il ne le semble pas, rien n'interdisant au revendiquant ayant omis de déclarer sa volonté de revendiquer lors de la production de la créance de le faire ultérieurement, à la condition que le délai de production n'ait pas expiré¹⁶⁴⁰. Il reste que la complexité des délais liés à l'exercice de l'action en revendication complique d'avantage la situation.

¹⁶³⁹ La déclaration des créances est facultative en droit français et ne constitue pas une condition de la revendication des biens. Cependant, cette formalité est vivement recommandée, car si la revendication n'aboutit pas, elle permet au moins au créancier de faire valoir ses droits dans la procédure collective.

¹⁶⁴⁰ En ce sens, H. D. MODI KOKO BEBEY, article précité, p. 5. Cet auteur estime d'ailleurs que la solution se justifierait d'autant que l'article 79 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif impose au syndic, l'obligation d'avertir personnellement par lettre recommandée avec accusé de réception, tous les créanciers connus qui n'ont pas produit leurs créances ou leurs revendications dans les 15 jours de la première publication du jugement d'ouverture. Il en déduit qu'on pourrait parfaitement concevoir que ce rappel puisse également s'adresser aux revendiquants ayant omis de déclarer leur volonté d'exercer l'action en revendication.

b) La complexité des délais

935. Il résulte des dispositions de l'article 101, alinéa 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif que les revendications admises par le syndic, le juge-commissaire ou la juridiction compétente doivent être exercées, à peine de forclusion, dans un délai de trois à compter soit de l'insertion au journal officiel ou dans un journal d'annonces légales, de l'avis du greffier informant les créanciers et les revendiquants du dépôt de l'état des créances et revendications par le syndic, soit de la décision du juge-commissaire déclarant les revendications fondées. Mais, le renvoi fait par l'article 101, alinéa 1 de l'Acte uniforme aux formes et délais prévus par les articles 78 à 88 a sérieusement compliqué la computation des délais de l'action en revendication à telle enseigne que l'on ne saurait valablement s'en tenir au seul délai de trois mois prévu à l'article 101, alinéa 2. La computation des délais doit, en outre, intégrer les délais de production et de vérification des revendications et, tenir compte par ailleurs du délai d'opposition accordé au propriétaire dont la revendication aura été rejetée. Le délai de l'action en revendication à prendre en compte étant, en définitive, constitué par trois délais successifs représentant les différentes étapes de la revendication, celui-ci se situe entre 6 et 7 mois¹⁶⁴¹.

936. En droit africain, le défaut de revendication dans les délais impartis entraîne la forclusion. La particularité réside cependant dans le fait que la forclusion peut se situer en amont même du délai propre de l'action en revendication puisque, celle-ci joue dès lors que le revendiquant n'a pas déclaré son intention de revendiquer dans le délai de production des créances. On rappellera à cet égard la précision de l'article 78 de L'Acte uniforme déjà évoquée et selon laquelle, à défaut d'une telle déclaration, les titulaires du droit de revendication « *sont considérés comme créanciers chirographaires* ». Cette dernière précision suppose que le revendiquant a préalablement accompli la formalité de production, mais qu'il a simplement omis de déclarer son intention de revendiquer. Dans l'hypothèse contraire, c'est à dire si le revendiquant n'a même pas produit sa créance dans les délais, c'est la forclusion pour défaut de production qui s'applique. Cette situation, en l'absence de relevé de

¹⁶⁴¹ H. D. MODI KOKO BEBEY, article précité, p. 7.

forclusion, entraîne des conséquences graves pour les créanciers dans la mesure où les droits de ceux-ci seront ignorés dans la procédure collective. Dans le cas particulier du redressement judiciaire, les créances concernées sont éteintes, sauf clause de retour à meilleure fortune¹⁶⁴². Là est toute la différence avec le système français où les conditions de mise en œuvre de la revendication apparaissent plus allégées.

2. *Des conditions plus allégées en droit français*

937. Avant l'avènement de la loi du 10 juin 1994 et, compte tenu des impératifs liés à l'intérêt de l'entreprise et à son redressement, le législateur français n'avait pas facilité la tâche des créanciers propriétaires s'agissant de l'exercice par eux des actions en revendication dans le cadre des procédures collectives. A titre d'illustration, les délais de revendication étaient brefs et quasiment occultés dès lors qu'ils couraient à compter du prononcé du jugement ouvrant la procédure collective et non de sa publication. Quant au domaine de la revendication, il était assez étroit dans la mesure où, de grandes exigences avaient été posées en ce qui concerne l'identification des biens revendiqués¹⁶⁴³.

938. Face à cette situation, les créanciers et, notamment, les banquiers, parce qu'ils sont souvent subrogés dans les droits des créanciers propriétaires, ont demandé et obtenu une nette amélioration de leurs droits alors même que ceux-ci étaient loin d'être les plus malheureux. Il en est ainsi résulté un allègement certain des conditions de mise en œuvre des actions en revendication. A ce propos, certains auteurs¹⁶⁴⁴ n'ont pas hésité à qualifier de « *tapis rouge* » déroulé par le législateur sous les pieds des revendiquants les améliorations ainsi obtenues. Ces améliorations n'ont été remises en cause ni par le législateur de 2005, ni par celui de 2008. L'allègement porte, *grosso modo*, sur la procédure (a) et sur l'objet de la revendication (b).

¹⁶⁴² Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 83, alinéa 2.

¹⁶⁴³ M.-J. CAMPANA, « *Les revendications après la réforme du 10 juin 1994* », *Le nouveau droit des défaillances d'entreprise*, Dalloz, 1995, p. 197.

¹⁶⁴⁴ M.-J. CAMPANA, article précité, p. 198.

a) *L'allègement quant à la procédure*

939. L'allègement concerne d'abord les délais pour l'exercice de l'action en revendication. En droit français, La revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois¹⁶⁴⁵. Ce délai de revendication est un délai préfix qui n'est susceptible ni d'interruption, ni de suspension. A cet égard, il a été jugé que l'allongement des délais de distance prévus par les articles 642 et 643 du Code de procédure civile français ne peut trouver à s'appliquer, car le délai de revendication n'est ni un délai de recours, ni un délai de comparution. Cette brièveté du délai est censée permettre à l'administrateur de connaître rapidement les biens sur lesquels il peut compter pour l'élaboration d'un plan, ou au liquidateur de parvenir rapidement aux réalisations de l'actif et la chambre commerciale de la Cour de cassation française n'a pas trouvé ce délai contraire à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁶⁴⁶.

940. Mais, en réalité, le délai légal de revendication est rallongé car, son point de départ est la publication du jugement ouvrant la procédure collective et non son prononcé. La loi met ainsi les créanciers justiciables à l'abri de « *délais occultes* » et les sécurise mieux tant il est vrai que, faire Courir les délais alors que la publicité du jugement n'est pas encore faite relève, à tout le moins, de l'iniquité. Le droit africain marque à cet égard un recul dans la mesure où, l'article 101, alinéa 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, énonce que les revendications admises par le juge-commissaire ou la juridiction compétente doivent être exercées, à peine de forclusion, dans un délai de trois mois à compter de la décision de justice admettant les revendications. Cette disposition légale signifie que, contrairement au droit français, le point de départ de ce délai est, non pas la notification ou la signification selon les cas de la décision du juge-commissaire ou de la juridiction compétente, mais le prononcé de cette décision.

941. Avant l'avènement de l'ordonnance du 18 décembre 2008, le délai de revendication, hormis l'hypothèse de la réserve de propriété, avait été modulé pour tenir compte de la situation des créanciers qui sont dans l'impossibilité d'agir, c'est-

¹⁶⁴⁵ Ordonnance du 18 décembre 2008, article 41, nouvel article L.624-9 du Code de commerce.

¹⁶⁴⁶ Cass. com, 8 mars 1994, 9 mai 1995 et 5 décembre 1995, D. 1996, somm. 215, obs. F. PEROCHON.

à-dire ceux qui sont frappés par les incertitudes de la continuation. En effet, le législateur français au travers de l'article L. 624-9, alinéa 2 du Code de commerce issu de la loi du 26 juillet 2005 avait pris soin de préciser que « *pour les biens faisant l'objet d'un contrat en Cours au jour de l'ouverture, le délai Court à partir de la résiliation ou du terme du contrat* ». Ce texte trouvait son fondement dans le fait que, le revendiquant ne connaît pas toujours la position de l'organe compétent de la procédure quant à la continuation du contrat¹⁶⁴⁷. Les articles 41 et 42 de l'ordonnance du 18 décembre 2008 ont unifié le point de départ des délais de revendication. Le premier article cité supprime le deuxième alinéa de l'article L.624-9 du Code de commerce relatif au report du point de départ du délai pour les biens faisant l'objet d'un contrat en Cours au jour de l'ouverture de la procédure. Le deuxième article cité insère pour sa part, après l'article L.624-10 du Code de Commerce, un article L.624-10-1 qui précise que « *lorsque le droit de restitution a été reconnu dans les conditions prévues aux articles L.624-9 ou 624-10 et que le bien fait l'objet d'un contrat en Cours au jour de l'ouverture de la procédure, la restitution effective intervient au jour de la résiliation ou du terme du contrat* ». Cette unification du point de départ des délais de revendication est sans doute le résultat des critiques d'une partie de la doctrine concernant les dispositions de l'ancien article L.624-9, alinéa 2 du Code de commerce. En effet, il avait été soutenu qu'en énonçant que « *pour les biens faisant l'objet d'un contrat en Cours (...), le délai Court à partir de la résiliation ou du terme du contrat* », ces dispositions textuelles étaient de nature à différer considérablement la revendication au mépris de la finalité prétendue de la connaissance rapide de l'actif, le terme visé ou la résiliation du contrat pouvant être éloigné du jugement d'ouverture¹⁶⁴⁸. Partant de l'idée selon laquelle, à l'appui de ce régime, la revendication était impossible tant que le contrat était en Cours et qu'aux termes des dispositions de l'article R.624-13, alinéa 4 du Code de commerce, la revendication emporte « *demande en restitution* », il avait alors été suggéré qu'en vue de rétablir la cohérence et assurer l'information rapide des organes de la procédure, de rétablir de *lege ferenda* l'unicité du délai de revendication et de différer

¹⁶⁴⁷ Aux termes des dispositions de l'article L.622-13 du Code de commerce, l'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au contractant du débiteur. Le contrat est résilié de plein droit après une mise en demeure adressée à l'administrateur restée plus d'un mois sans réponse. Avant l'expiration de ce délai, le juge-commissaire peut impartir à l'administrateur un délai plus court ou lui accorder une prolongation, qui ne peut excéder deux mois, pour prendre parti. Dans le régime simplifié et du fait de l'absence de l'administrateur, l'article L.627-2 du Code de commerce prévoit que c'est le débiteur qui exerce, après avis conforme du mandataire judiciaire, la faculté ouverte à l'administrateur de poursuivre les contrats en cours.

¹⁶⁴⁸ V. notamment, F. PEROCHON, « *La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives* », article précité, Les Petites Affiches, n° special du 28 nov. 2008, p.62, n° 27.

expressément la restitution du bien jusqu'au terme ou à la résiliation du contrat¹⁶⁴⁹, ce que le législateur français a exactement fait.

942. L'allègement se manifeste également par la rapidité de la procédure. Cette recherche de rapidité de la procédure résulte des dispositions du nouvel article L.624-17 du Code de commerce aux termes duquel, l'administrateur ou, à défaut, le débiteur après accord du mandataire judiciaire peut acquiescer à la demande en revendication ou en restitution, avec l'accord du débiteur.

943. Il convient de préciser que l'acquiescement¹⁶⁵⁰ de la part de ces personnes trouve son fondement dans la phase préliminaire de la procédure de revendication régie par l'article R.624-13 du Code de commerce. Cette phase préliminaire et amiable consiste en une simple lettre recommandée avec demande d'avis de réception tendant à obtenir l'acquiescement de son destinataire à la revendication, la seconde phase se poursuivant, si nécessaire, devant le juge commissaire. A cet égard, la Cour de cassation française a jugé que la demande d'acquiescement constitue un préliminaire obligatoire de sorte que la saisine immédiate du juge commissaire est irrecevable¹⁶⁵¹.

944. L'acquiescement qui concerne aussi bien la revendication que la restitution apparaît ainsi, comme une mesure rapide de récupération d'un bien dans la procédure et met en principe fin à la revendication, sous réserve d'éventuels recours. Toutefois, à défaut d'accord ou en cas de contestation, dans le délai d'un mois à compter de la réception de la demande, le demandeur doit, sous peine de forclusion, saisir le juge-commissaire au plus tard dans un délai d'un mois à compter de l'expiration du délai de réponse. Le juge-commissaire statue alors sur le sort du contrat après avoir recueilli les observations des parties intéressées, étant entendu que la demande en

¹⁶⁴⁹ F. PEROCHON, article précité.

¹⁶⁵⁰ L'acquiescement est, en procédure civile, une manifestation de volonté par laquelle un plaideur renonce à combattre les prétentions de son adversaire ou se soumet à une décision de justice qu'il renonce à contester. Si l'on s'en tient aux dispositions de l'article 408 du Code de procédure civile français, l'acquiescement suppose l'existence d'une demande préalable puisque, aux termes de ces dispositions, « l'acquiescement à la demande emporte reconnaissance du bien-fondé des prétentions de l'adversaire et renonciation à l'action ». L'article 410 du même Code prévoit, à côté de l'acquiescement explicite, la possibilité d'un acquiescement implicite. Cependant, le juge ne peut considérer qu'un plaideur a renoncé à l'action ou aux voies de recours de façon implicite que s'il admet l'existence d'un fait ou d'un acte et dans la mesure uniquement où ce fait ou cet acte traduit, sans équivoque, l'intention d'acquiescer (cf. N. FRICERO, J.-CL. proc. civ. fasc. 683, acquiescement, n° 33).

¹⁶⁵¹ Cass. com., 2 oct. 2011, Bull. civ. IV, n°155, D.2001. 30 43, obs. A. LIENHARD, Gaz. proc. Coll. 2005-3, Gaz. pal. 5 nov. 2005, p.57, obs. F. PEROCHON, RTD com. 2006, 185, obs. B. BOULOC.

revendication emporte de plein droit demande en restitution¹⁶⁵². Le juge-commissaire, dans cette hypothèse est appelé à se prononcer sur l'objet même de la revendication pour lequel, le législateur français a également fait preuve de mansuétude.

b) L'allègement quant à l'objet de la revendication

945. En matière de revendication, il incombe au revendiquant de rapporter la preuve de l'existence en nature des marchandises vendues dans le patrimoine du débiteur. En effet, il importe que les biens soient individualisés. Des choses fongibles¹⁶⁵³ sont rarement susceptibles de revendication. C'est fort de cette considération que la Cour de cassation française¹⁶⁵⁴ a admis que « *si le caractère fongible d'un bien ne fait pas par lui-même obstacle à sa revendication, celle-ci ne peut aboutir que dans la mesure où le bien en cause n'a pas été confondu avec d'autres d'une autre espèce* ». La situation est la même pour les biens incorporés ou transformés à propos desquels, la jurisprudence française estimait que ne peuvent être revendiqués, des meubles incorporés à des ouvrages immobiliers¹⁶⁵⁵ ou transformés par assemblage avec d'autres produits¹⁶⁵⁶.

946. Il apparaît ainsi, en fin de compte que, la transformation du bien est susceptible de faire perdre au vendeur la possibilité d'agir en revendication dans la mesure où, affirmation reprise dans le nouvel article L. 624-16 alinéa 1 du Code de commerce issu des dispositions de l'article 43 de l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui énonce que « *peuvent être revendiqués, à condition qu'ils se retrouvent en nature, les biens meubles remis à titre précaire au débiteur ou ceux transférés dans un patrimoine fiduciaire dont le débiteur conserve l'usage ou la jouissance en qualité de constituant* ». Cette exigence est également reprise par le droit africain dans les articles 103 et 106 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives

¹⁶⁵² Articles L. 624-17 et R. 624-13 du Code de commerce

¹⁶⁵³ Selon le vocabulaire juridique du doyen CORNU, les choses fongibles ou « choses de genre », par opposition aux « corps certains » (« chose... déterminée dans sa matérialité, spécifiée dans son individualité ») sont définies comme celles « qui, n'étant pas déterminées par leur nombre, leur poids ou leur mesure, peuvent être employées indifféremment l'une pour l'autre dans un paiement ».

¹⁶⁵⁴ Com. 25 mars 1997, J.C.P. (E) 1997, n° 991, p. 199, obs. Ph. PETEL

¹⁶⁵⁵ Com. 9 juill. 1979, *Bull. civ.* IV, n° 230, Paris 26 juill. 1984, J. C.P 1985, ed. E, 1, n° 13802.

¹⁶⁵⁶ Com. 6 juill. 1993, R. J. D. A. 2/94, n° 216: matériels destinés à une chaîne de montage de voitures.

d'apurement du passif. Mais à la vérité, il s'agit là d'une condition commune à toutes les actions en revendication.

947. La condition d'existence en nature s'apprécie à la date du jugement d'ouverture de la procédure collective et non au jour de l'exercice de l'action en revendication¹⁶⁵⁷, la charge en incombant au revendiquant. Elle est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁶⁵⁸. A cet égard, le caractère obligatoire de l'inventaire à l'ouverture de la procédure¹⁶⁵⁹ est de nature à faciliter grandement la tâche du revendiquant dans la démonstration de l'existence en nature, du bien revendiqué. En effet, si l'inventaire n'est pas établi, il appartiendra à la partie qui s'oppose à la revendication exercée de rapporter la preuve selon laquelle, à la date du jugement d'ouverture le bien n'existait pas en nature¹⁶⁶⁰. Cette solution, déjà en vigueur sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967 est une solution de bon sens dès lors que le revendiquant n'a pas à subir la carence éventuelle de l'organe de la procédure chargé de dresser l'inventaire. De la sorte, en cas d'inventaire imprécis, incomplet ou a fortiori inexistant, l'action du revendiquant doit être favorablement accueillie¹⁶⁶¹. La solution pourrait d'ailleurs valablement constituer une source d'inspiration pour les juges africains puisque, en matière de redressement judiciaire et de liquidation des biens, l'inventaire est rendu obligatoire par l'article 63, alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qui dispose qu'« *il est procédé par le syndic à l'inventaire des biens du débiteur lui présent ou appelé...* » .

948. La loi française du 10 juin 1994 a assoupli les règles relatives à cette identification aussi bien en ce qui concerne la revendication des biens fongibles qu'en

¹⁶⁵⁷ Com., 15 déc. 1992, n° 90-19.980, *Bull.civ.* IV n° 412 ; com., 7 juin 2005, n° 04-14.670, inédit- Rapproch. Com., 10 janv. 2006, n° 04-18.437, inédit, n°30 F-D ; com., 10 janv 2006, n° 04-18.438, inédit, n° 33 F-D.

¹⁶⁵⁸ Com., 11 juill. 2006, n° 05-13.103, *Bull.civ.*IV, n° 181, n° 915 F-P+B; *D.*2006, AJ p.2462, obs. A. LIENHARD; *Act. Proc.coll.*2006/16, n° 198, note F.PEROCHON; *JCP E* 2007, chron.1004, p. 24, n° 13, obs. M. CABRILLAC; *JCP. E* 2007, chron. 1907, p. 32, n° 28, obs. L. GROS ; *Rev. proc. coll.* 2006/4, p. 362 n° 4, obs. M.-H. MONSERIEBON; *RTD civ.* 2006/4, p. 794, n° 2, obs. Th REVET ; *RTD com.* 2007/2, p.452, n° 6, obs. A.MARTIN-SERF ; *Gaz. Palais* 5 et 6 janv. 2007, p. 26, note Ph. GONI.

¹⁶⁵⁹ Le nouvel article 622-6 alinéa 1 du Code de commerce issu des dispositions de l'article 20 de l'ordonnance du 18 décembre 2008, dispose que : « *dès l'ouverture de la procédure, il est dressé un inventaire du patrimoine du débiteur ainsi que des garanties qui le grèvent...* ». L'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté a supprimé l'obligation de réaliser une prise en procédure de sauvegarde. En revanche, en cas de conversion de la procédure de sauvegarde en redressement ou en liquidation judiciaire, la prise sera effectuée (cf. art. 17, mod. C. com., art L 621-12 et 24 mod. C. com., art. L 622-10).

¹⁶⁶⁰ Com., 13 avr. 1999, n° 96-19.428 *Bull. civ.*IV, n° 86; *Act.proc.coll.* 1999/10 n° 135, note M-H MONSERIE- BON; *JCP* 1999/10, chron. 1534, n° 14, obs. M. CABRILLAC; *D.* 2000, somm. P. 73, obs. F.PEROCHON et D. MAINGUY ; *RTD civ.* 1999, p. 885, obs. P. CROCQ ; *RTD com.* 1999, p. 944, obs. B. BOULOC.

¹⁶⁶¹ En ce sens, Versailles, 17 sept. 1998, RG n° 3748/97, *Dalloz affaires*, 1998, p. 1781 ; Rouen, 2 sept. 2004, *Rev.proc.coll.* 2005, p. 201, obs. Ch. LEBEL ; contra, B.SOINNE, *Rev. proc. coll.* 1997, p. 214.

ce qui concerne la revendication des biens incorporés. La loi du 26 juillet 2005 ainsi que l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés ont maintenu et, parfois amélioré cet assouplissement.

949. S'agissant de la revendication des biens fongibles, il résulte des dispositions de l'article L.624-16, alinéa 3 du Code de commerce que « *la revendication en nature peut également s'exercer sur des biens fongibles lorsque les biens de même nature et de même qualité se trouvent entre les mains du débiteur ou de toute personne les détenant pour son compte* ». Cette disposition légale déjà prévue par l'article 121, alinéa 3 de la loi du 25 janvier 1985 a été étendue au droit commun à l'occasion de la réforme du droit des sûretés puisque, selon le nouvel article 2369 du Code civil issu de l'ordonnance du 23 mars 2006, « *la propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur* ».

950. A la faveur de ces textes, le vendeur ayant livré, sous réserve de propriété, des choses de genre dont le prix reste impayé, peut revendiquer en nature les biens de même espèce et de même qualité qui se trouvent entre les mains de l'acheteur, à une date que le texte ne précise pas, mais qui doit être celle du jugement d'ouverture. Les vendeurs réservataires de propriété sont ainsi, depuis la réforme du 10 juin 1994, dispensés d'identifier leurs marchandises, comme le requiert en principe l'action réelle. Or, avant cette réforme, ces vendeurs étaient tenus de démontrer que les biens retrouvés chez l'acheteur étaient ceux-là qu'il avait livrés et qui demeuraient impayés. L'administration d'une telle preuve était loin d'être évidente pour ne pas dire impossible le plus souvent s'agissant, par hypothèse, de biens tous semblables.

951. L'exigence d'identification qui était indispensable dans tous les cas avant la réforme du 10 juin 1994, ne demeure que pour les corps certains, la charge en incombant à l'évidence au revendiquant¹⁶⁶². Cependant, au-delà de la satisfaction légitime que peuvent tirer de ces dispositions légales les vendeurs de biens fongibles, le juriste ne peut manquer de s'interroger sur la nature juridique du droit ainsi conféré

¹⁶⁶² Com., 25 juin 2002, n°99-17.203, inédit titré ; *Act.proc. coll.*2002/15, n°195, obs.VALLANSAN.

au bénéficiaire de la réserve de propriété¹⁶⁶³. A ce sujet, plusieurs interprétations sont avancées par la doctrine depuis la réforme de 1994.

952. Une première interprétation assez étroite consiste à penser que les textes établissent une présomption simple de propriété au profit du revendiquant¹⁶⁶⁴. Cette présomption constituant une présomption simple, le débiteur ou le mandataire peut la faire tomber en démontrant, par tous moyens, qu'en réalité, le revendiquant n'est pas propriétaire des « *biens semblables* » revendiqués par lui. Une telle démonstration aurait pour résultat le rejet de l'action du revendiquant. En pratique, cette preuve contraire est difficile à rapporter au regard de la nature des biens et, ce simple renversement de la preuve suffit à assurer le succès de la plupart des revendications de biens fongibles, en accord avec l'objectif législateur français. Cette solution, qui permet, sans bousculer les principes d'améliorer sensiblement le sort des vendeurs, avait d'ailleurs été suggérée par la doctrine¹⁶⁶⁵.

953. La deuxième interprétation plus large est celle qui consiste à penser que le législateur a, en réalité, créé en faveur du vendeur un véritable droit de propriété dès lors que se trouvent dans le patrimoine du débiteur, des « *biens semblables* » à ceux qu'il a livrés. Il s'agirait là d'un véritable droit réel attribué à un simple créancier de chaque genre¹⁶⁶⁶, cette interprétation résultant du fait que, dans l'article L.624-16, alinéa 3, in fine du Code de commerce, le législateur français exige uniquement que se trouvent entre les mains du débiteur « *des biens de même nature et de même qualité* », preuve qu'il n'exige pas que le vendeur en soit le véritable propriétaire. La loi attribuerait ainsi un véritable droit de propriété¹⁶⁶⁷ avec l'action en revendication qui en permet l'exercice, droit qualifié par Mme Françoise PEROCHON de « *néo-revendication* »¹⁶⁶⁸.

¹⁶⁶³ V. P. CROCC, jurisclesseur commercial, précité, fascicule 2545, n°94.

¹⁶⁶⁴ V. F. PEROCHON, « *La revendication de biens fongibles par le vendeur* », Les Petites Affiches, n°spéc.14 sept 1994, p.82 ; M.- J. CAMPANA, « *Les revendications après la réformes du 10 juin 1994* », in Le nouveau droit des défaillances... , p.197.

¹⁶⁶⁵ J. GHESTIN et C. JAMIN, « *La protection du vendeur sous réserve de propriété et la survie de l'entreprise* », R. P. C. 1989. 291, n°27, p. 309.

¹⁶⁶⁶ M.-J. CAMPANA, « *Les revendications après la réforme du 10 juin 1994* », précité, n° 24.

¹⁶⁶⁷ V. en faveur d'un maintien d'un véritable droit de propriété au profit du vendeur, P.-G. MARLY, « *Fongibilité et volonté individuelle- Etude sur la qualification juridique* », L.G.D.J., Bibl. de l'Institut André TUNC, tome 4, 2004, n° 306 s., qui analyse le droit du vendeur comme étant une forme nouvelle de « *propriété flottante* » ; adde S. TORCK, « *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles* », thèse, Paris II, 2001, n° 377 s., selon lequel la fongibilité fait exception à l'exigence d'un droit réel à objet individuellement déterminé.

¹⁶⁶⁸ F. PEROCHON, article précité.

954. C'est à cette dernière interprétation, celle d'une « *attribution de propriété* », que la jurisprudence française s'est ralliée. La Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 05 mars 2002 sous l'empire de l'article 121, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985 alors applicable a en effet affirmé que le législateur a énoncé « *une règle de fond attribuant au revendeur la propriété des biens fongibles qui se trouvent entre les mains de l'acheteur dès lors que ceux –ci sont de même espèce et de même qualité que ceux qu'il a livrés* »¹⁶⁶⁹. Ainsi, au regard de la rédaction aussi bien de l'article 121, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985 que de l'article L.624-16, alinéa 3 du Code de commerce, peu importe qu'il soit établi que le revendeur ne peut être propriétaire du bien revendiqué dès lors qu'il s'agit bien d'un bien fongible se trouvant entre les mains de l'acheteur ou que les biens revendiqués puissent être individualisés par des numéros de fabrication¹⁶⁷⁰.

955. Il importe de relever cependant que les juges du fond sont divisés sur la notion de fongibilité définie par un auteur comme « *l'aptitude des biens spécifiquement et qualitativement à se substituer entre eux* »¹⁶⁷¹. L'analyse de la jurisprudence française laisse apparaître en effet qu'à l'intérieur d'une même Cour d'Appel, des divergences sont apparues entre les sections, qui utilisent sensiblement les mêmes arguments pour parvenir à un résultat opposé¹⁶⁷². La fongibilité semblant constituer une notion juridique¹⁶⁷³, l'on se serait attendu à ce que la Cour de cassation en donne une définition précise en vue d'harmoniser la position des juges du fond. Tel n'a pas été le cas. En effet, saisie de la question, cette haute juridiction a estimé que l'appréciation de la fongibilité relève du pouvoir d'appréciation des juges du fond¹⁶⁷⁴, la démonstration incombant au revendeur. Cette position de la Cour de cassation est de nature à faire perdurer les divergences constatées.

956. S'agissant de la revendication des biens incorporés ou transformés, il faut reconnaître qu'en droit français, avant l'avènement de la loi du 10 juin 1994, le seul

¹⁶⁶⁹ Cass.Com., 5 mars 2002, n°98-17.585, *Bull.civ.* iv. IV, n°48 ; JCPG 2002, I, 174, n°12, Obs. M. CABRILLAC ; RTD civ-2002, obs. P. CROCCQ ; D. 2002, p1139 s., obs.D. MAINGUY ; RTD com., p.542 s., obs. A. MARTIN-SERF ; civ. 2002, p. 327 S., obs. Th. REVET ; adde Cass.com., 13 nov. 2002, *Act. proc.coll.* 2003, n°8.

¹⁶⁷⁰ P.CROCCQ, *jurisclasseur commercial*, précité, fascicule 2545, n°s 95 & 96.

¹⁶⁷¹ P.-G. MARTY, *Fongibilité et volonté individuelle*, LGDJ, 2004, préf. Ph. DELEBECQUE, n°139.

¹⁶⁷² P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz-Action, 2008-2009, n°816-52, P.1983.

¹⁶⁷³ En ce sens, C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 5^e éd., Montchrestien, « *Domat* », 2007, n°813.

¹⁶⁷⁴ 119. com., 15 févr. 2000, n° 97-11.670, *bull.civ* IV, n° 30 RTD com. 2000, P 709, n°08, obs. B. BOULOC ; D-2000, AJ P. 127, obs. A.LEINHARD-Com., 5 mars 2002, AJ, P. 1139, obs. A.LEINHARD ; *Act. Proc.coll.* 2002, n° 115, note D. MAINGUY, Com ; 15 mars 2005, n° 03-20.332, inédit, n° 463-F-D, D. 2005, AJ P. 1083, note A.LEINHARD.

critère retenu par la jurisprudence, pour accueillir ou non la revendication d'un bien transformé ou incorporé a été celui de savoir si le bien, en dépit de sa transformation ou de son incorporation, avait ou non conservé son identité¹⁶⁷⁵. C'est que, après avoir eu une conception assez stricte de la condition d'existence en nature, la jurisprudence, depuis 1985, a fait ensuite preuve de beaucoup plus de souplesse et a admis assez facilement que cette condition était remplie même si le bien avait fait l'objet d'une modification du moment où il n'y avait pas eu altération de la substance même du bien.

957. Ainsi, la Cour de cassation considère que le bien existe toujours en nature, bien qu'incorporé à un autre bien, lorsque son démontage est possible¹⁶⁷⁶ sans occasionner de dommage. A titre d'illustration, il est souvent cité le cas des pneumatiques montés sur des véhicules¹⁶⁷⁷, de batteries montées sur des charriots élévateurs¹⁶⁷⁸ ou des moteurs montés sur des navires¹⁶⁷⁹. En revanche, lorsque le démontage n'est pas possible, il doit être considéré que l'incorporation du bien empêche sa revendication, peu importe que cette incorporation intervienne dans un ensemble mobilier, solution posée par exemple pour une incorporation de matériel dans une chaîne de montage¹⁶⁸⁰, ou immobilier¹⁶⁸¹, solution retenue par exemple pour les câbles sous tension dans une usine¹⁶⁸².

958. De la même manière, il a été admis que le bien ayant bénéficié d'un travail d'amélioration peut aussi être considéré comme existant toujours en nature s'il n'y a pas de modification de substance et la jurisprudence admet difficilement l'existence d'une telle modification. C'est ainsi qu'elle a considéré que l'étuvage et le tronçonnage de plots de bois vendus sous réserve de propriété n'en avaient pas altéré la substance¹⁶⁸³. Lorsque la revendication d'un bien façonné est ainsi admise, le revendiquant doit indemniser l'acheteur pour la plus – value apportée au bien¹⁶⁸⁴.

¹⁶⁷⁵ P. CROCQ, *jurisclasseur commercial*, précité, n°78.

¹⁶⁷⁶ Cass. com., 8 décembre 1987, *Bull. civ. IV*, n° 269.

¹⁶⁷⁷ Cass. com., 7 juin 1988, *Bull. civ. IV*, n°193.

¹⁶⁷⁸ Cass. com., 20 janv. 1991, *rev. proc. coll.* 1991, p. 225, n° 11, obs B. SOINNE.

¹⁶⁷⁹ Cass. com., 11 mars 1997, *Bull. civ. IV*, n°70. ; *Dalloz Affaires*, 1997, p. 510 ; D. 2000, Som. p.72, obs. F. PEROCHON et D. MAINGUY.

¹⁶⁸⁰ Com. 6 juill. 1993, n° 90-21. 711, *Bull. civ. IV*, n°286 ; D. 1993, Som. p.293, obs. F. PEROCHON.

¹⁶⁸¹ Com. , 17 mars 1998, n°95-11. 209, *Bull. Civ. IV*, n° 108 ; *Dalloz. Affaires* 1998, p. 803.

¹⁶⁸² Com. , 10 janv. 2006, n° 04-16. 020, inédit, n° 7 F-D.

¹⁶⁸³ Cass. com. , 17 mai 1988, *Bull. civ. , n° 166*.

¹⁶⁸⁴ Cass. com. , 6 mars 1990, *Bull. civ. IV*, n° 73.

959. La jurisprudence ainsi invoquée a été en partie consacrée par l’alinéa 3 de l’article 121 de la loi du 25 janvier 1985, issu de la loi du 10 juin 1994 et devenu plus tard l’ancien article L.621-122, alinéa 3 du Code de commerce qui énonçait que « *la revendication en nature peut s’exercer dans les mêmes conditions sur les biens incorporés dans un autre bien mobilier lorsque leur récupération peut être effectuée sans dommage pour les biens eux-mêmes et le bien dans lequel ils sont incorporés* ». Pour un auteur¹⁶⁸⁵, avec cette disposition textuelle, la loi du 10 juin 1994 a donné à la jurisprudence antérieure l’assise légale qui faisait défaut. En effet, jusqu’à 1994, il était apparu que dans la plupart des cas, la jurisprudence appréciait la condition d’existence en nature du bien revendiqué sans prendre en compte les règles posées par les articles 565 et suivant du Code civil¹⁶⁸⁶, ou même en ne les respectant pas.

960. Il convient dès lors de considérer qu’en faisant de la possibilité de démontage sans détérioration le seul critère de l’existence en nature, la loi du 10 juin 1994 a implicitement apporté une exception aux règles du droit commun de l’accession mobilière. Cette exception légale a été ultérieurement reprise par la réforme du droit des procédures collectives issue de la loi du 26 juillet 2005 au sein du nouvel article L. 624-16, alinéa 3 du Code de Commerce, et par la réforme du droit des sûretés issue de l’ordonnance du 23 mars 2006.

961. A la suite de cette dernière réforme du droit des sûretés, l’alinéa 3 du nouvel article L.624-16 du Code de commerce, tout comme l’alinéa 2 dudit article, a été réécrit aux fins d’harmonisation de ce texte avec les dispositions nouvellement introduites, mais à droit constant, par l’ordonnance du 23 mars 2006 aux articles 2367 et suivants du Code civil consacrés à la « *propriété retenue à titre de garantie* ». Il en est résulté un nouvel article L.624-16, alinéa 3 du Code de commerce qui énonce que « *... la revendication en nature peut s’exercer dans les mêmes conditions sur les biens mobiliers incorporés dans un autre bien lorsque la séparation de ces biens peut être effectuée sans qu’ils en subissent un dommage* ». Quant au nouvel article 2370 du Code civil, il affirme que « *l’incorporation d’un meuble faisant l’objet d’une*

¹⁶⁸⁵ P. CROCQ, *Jurisclasseur Commercial*, précité, n° 81.

¹⁶⁸⁶ L’article 565 du Code civil applicable également dans la plupart des Etats africains francophones ayant encore en usage le Code civil français de 1810 dispose : « *le droit d’accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l’équité naturelle. Les règles suivants serviront d’exemple au juge pour se déterminer, dans les cas non prévus, suivant les circonstances particulières* »

réserve de propriété à un autre bien ne fait pas obstacle aux droits du créancier lorsque ces biens peuvent être séparés sans subir de dommage ».

962. Les articles L.624-16, alinéa 3 du Code de commerce et 2370 du Code civil ont ainsi en commun la référence à une incorporation du bien revendiqué dans un autre bien, de manière générale, et non plus seulement dans un autre « bien mobilier » comme l'affirmaient les textes antérieurs. Ces dispositions légales ont donc permis de réparer l'oubli de l'accession immobilière ayant jusqu'alors marqué le droit des procédures collectives et pour laquelle pourtant, la jurisprudence était similaire à celle relative à l'accession mobilière. Le nouvel article 2370 du Code civil a par ailleurs le mérite d'avoir étendu au droit commun le principe de la revendication des biens incorporés posé par la loi du 10 juin 1994.

963. Si la revendication des biens incorporés est possible à la condition que l'opération de démontage n'occasionne aucun dommage au bien revendiqué, encore faut-il préciser de quel dommage il s'agit. Pour la doctrine¹⁶⁸⁷, le dommage visé par le législateur doit être un dommage physique et non un dommage économique. La jurisprudence va dans ce sens¹⁶⁸⁸. En effet, économiquement, toute revendication cause un dommage et la prise en compte du dommage fonctionnel ou économique interdirait toute revendication. Il importe donc peu que la reprise du bien entraîne un dommage économique pour l'entreprise débitrice. Sur cette question, la Cour de cassation française s'en remet à l'appréciation des juges du fond. Ainsi, l'incorporation du meuble à un immeuble en fait parfois un immeuble par nature dès lors que, dans cette hypothèse, le meuble n'existe plus en nature, alors même que le démontage en serait matériellement possible¹⁶⁸⁹.

964. L'objet de la revendication est également facilité en droit français lorsque le bien a disparu. C'est d'abord la jurisprudence qui a protégé le vendeur en pareille occurrence. En effet, dans un arrêt rendu le 1^{er} octobre 1985, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que « *la disparition des biens vendus ne pouvait*

¹⁶⁸⁷ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 2008/2009, n°816.33, p.1975 ; v. également, F.PEROCHON et M.BONHOMME, *Entreprises en difficulté- Instruments de crédit et de paiement*, 7^e éd ; n° 550-1, p.539.

¹⁶⁸⁸ Com., 28 sept 2004, n°02-16. 931, inédit.

¹⁶⁸⁹ Rejet de la revendication de matériels sanitaires incorporés à l'immeuble : Com., 2 mars 1999, n°95-18643, B.50. Sur les clauses d'accession différée, v. not. Th. LAMARCHE, « *L'accession différée : une nouvelle approche des grandes classifications* », *RTD civ.* 2006.1.

préjudicier à la S.P.S (le vendeur), dès lors que les risques avaient été, de convention expresse, transféré au Club (l'acheteur) de sorte que les marchandises vendues et sinistrées n'ayant jamais appartenu à ce dernier, l'indemnité d'assurance consécutive à leur disparition n'était pas entrée dans son patrimoine (celui de l'acheteur) et se trouvait subrogée aux biens dont la S.P.S était demeurée propriétaire »¹⁶⁹⁰.

965. Il résulte de cette jurisprudence que le droit de propriété du vendeur sur le bien disparu s'est trouvé reporté sur l'indemnité d'assurance. Pourtant, à l'époque où cette décision a été rendue, seul le report sur le prix de la revente¹⁶⁹¹ avait été expressément envisagé au sein du droit des procédures collectives par la loi du 13 juillet 1967.

966. La réforme du droit des sûretés issue de l'ordonnance du 23 mars 2006 a, par la suite, consacré cette interprétation extensive en ajoutant au nouvel article L.624-18 du Code de commerce la phrase suivante : *«peut être revendiquée dans les mêmes conditions l'indemnité d'assurance subrogée au bien »*. De même, l'article 2372 du Code civil issu de la même ordonnance du 23 mars 2006, consacre au titre de droit commun de la clause de réserve de propriété, le report du droit de propriété sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien.

967. La question qu'il convient alors de se poser est celle de savoir si, en pareille circonstance, le propriétaire a l'obligation de procéder à la revendication de l'indemnité d'assurance ou s'il en est dispensé. Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, il avait été jugé que l'indemnité d'assurance n'étant jamais entrée dans le patrimoine de l'acheteur, le vendeur n'avait pas à exercer, à son propos, une action en revendication dans le délai prévu par la loi¹⁶⁹². Selon cette analyse, l'indemnité d'assurance subrogée aux biens doit donc être directement attribuée au propriétaire

¹⁶⁹⁰ Cass.com. , 1^{er} oct. 1985, *Bull. civ. IV*, n°222; D.1986, p.246, note M. CABRILLAC; D. 1986, I.R. p.169, 15^{ème} espèce, obs.F DERRIDA ; *Rev. proc. coll.* 1987 , p. 69. obs. B. SOINNE ; adde, dans le même sens, Cass. com., 6 juill. 1993, *Bull. civ. IV*, n° 282 ; J. C. P. 1993, éd. G , I 3721, n° 10, obs. CABRILLAC; D. 1994, Somm. .81, obs. A. HONORAT; *J.C.P* 1993, éd. G II, 22153, note Ch. LARROUMET; *RTD com.*, 1994, p. 370, obs. A. MARTIN.SERF.

¹⁶⁹¹ *Supra*, n°911 et s.

¹⁶⁹² Cass.com. , 22 avril 1997, *Bull. civ. IV*, n° 103 ; *Dalloz affaires*, 1997 , p. 736 ; *RD bancaire et bourse* 1997, p. 133 s. , obs. M.-J CAMPANA et J.-M. CALENDINI.

sans revendication préalable. En revanche, pour un auteur¹⁶⁹³, il y a obligation pour le propriétaire de procéder à la revendication de l'indemnité d'assurance dans les formes et délais de la revendication du bien lui – même, comme cela est le cas pour la revendication du prix. A défaut, l'indemnité d'assurance doit être attribuée à la procédure collective, sur demande de ses organes. Cette position mérite d'être approuvée parce qu'il s'agit dans cette hypothèse, comme dans l'hypothèse de la revendication du prix de revente, d'une subrogation réelle où le droit de propriété sur le bien dont disposait le vendeur est reporté sur l'indemnité d'assurance. S'agissant là d'une « *revendication de substitution* », il n'y a pas de raison qu'au plan de la technique juridique, l'on ait deux poids, deux mesures.

968. Il ressort ainsi des développements qui précèdent que, depuis la loi du 10 juin 1994, le législateur français a nettement amélioré le sort des vendeurs en apportant des tempéraments au principe d'existence en nature du bien comme condition préalable de la revendication. Un tel allègement des conditions permet de revendiquer avec des chances de succès réels des biens fongibles, des biens incorporés ou transformés, des biens sinistrés. Qu'en est-il alors du sort desdits vendeurs en droit communautaire africain ?

***B. L'APPRÉCIATION DE LA CONDITION D'EXISTENCE EN NATURE
PAR LES JUGES AFRICAINS EN CAS DE MÉLANGE,
TRANSFORMATION OU PERTE DU BIEN : ESQUISSE DE SOLUTIONS***

969. Il résulte des dispositions des articles 103 à 106 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures d'apurement du passif¹⁶⁹⁴ que certaines marchandises ne peuvent être revendiquées que si elles existent en nature.

970. Cependant, l'usus conféré à l'acheteur peut conduire celui-ci à mélanger le bien objet de revendication avec d'autres biens identiques. C'est notamment le cas lorsque, l'acheteur étant lui-même grossiste, conserve les biens dans un stock, mélangés avec d'autres biens parfois identiques achetés à d'autres fournisseurs, le temps de trouver lui-même un acheteur. L'usus conféré à l'acheteur peut également

¹⁶⁹³ P.-. M LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action 2008/2009, n° 816.34, P. 1975.

¹⁶⁹⁴ Supra, n°893.

conduire celui-ci à transformer le bien. Il en est ainsi lorsque l'acheteur doit façonner le bien avant de le revendre à ses propres clients. La question qui se pose alors est celle de savoir comment les juges africains saisis d'actions en revendication doivent-ils s'y prendre pour apprécier la condition préalable d'existence du bien en nature et statuer en toute connaissance de cause.

971. La réponse à cette question va dépendre du point de savoir si les litiges en cause dont les juges sont saisis portent sur des réserves de propriété consenties ou constituées antérieurement(1) ou postérieurement(2) à l'entrée en vigueur de la réforme du droit des sûretés issue de l'Acte uniforme du 10 décembre 2010.

1. Les procédures en revendication concernant les réserves de propriété consenties ou constituées antérieurement à l'entrée en vigueur de la réforme du droit des sûretés : le nécessaire recours aux solutions jurisprudentielles d'emprunt

972. En application des dispositions transitoires de l'article 227 de l'Acte uniforme du 10 décembre 2010, les sûretés consenties ou constituées antérieurement à l'entrée en vigueur dudit Acte sont soumises, jusqu'à leur extinction, à l'ancienne législation. Le nouvel Acte uniforme étant entré en vigueur le 16 mai 2011, il en résulte que les procédures pendantes relatives aux réserves de propriété consenties ou constituées antérieurement à l'entrée en vigueur dudit Acte restent régies, au plan du droit substantiel, par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés du 17 avril 1997. Or, le législateur communautaire africain, dans l'ancien Acte uniforme n'avait pas cru devoir légiférer sur la revendication des biens en cause. Pour solutionner donc les cas concernant les réserves de propriété nées sous l'empire de l'ancienne législation, les solutions jurisprudentielles françaises antérieures à la réforme issue de l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés sont susceptibles de constituer une source d'inspiration fiable en matière de revendication des biens fongibles(a), incorporés, transformés ou sinistrés(b).

a) Le cas des biens fongibles

973. Le droit de propriété est avant tout un droit qui suppose que son objet soit individualisé ou qu'il puisse être individualisé sans qu'il soit nécessaire de passer par

l'intermédiaire d'un autre que le titulaire du droit¹⁶⁹⁵. Dès lors que cette condition n'est pas remplie, le droit de propriété disparaît.

974. C'est pourquoi, sous le régime de la loi française de 1985, la nécessité de la preuve de l'identité entraînait l'impossibilité de toute revendication des choses fongibles¹⁶⁹⁶. Il en était ainsi notamment lorsqu'il s'agissait d'un dépôt irrégulier ou un prêt à consommation, situation dans laquelle, le débiteur étant devenu propriétaire, la revendication n'était plus admise. Il ne restait plus au propriétaire qu'à déclarer sa créance en sa qualité de créancier chirographaire. En revanche, s'il était démontré qu'il n'existait qu'un seul fournisseur de la marchandise revendiquée et qu'une seule livraison de celle-ci correspondait à la clause de réserve opposable ou encore, si plusieurs livraisons avaient été faites mais que toutes celles-ci bénéficiaient d'une clause de réserve également opposable, la revendication ne pouvait qu'être admise¹⁶⁹⁷.

975. Il en résulte que l'une des conditions d'existence du droit d'agir en revendication est, en principe, l'individualisation du bien revendiqué. La jurisprudence française antérieure à la loi du 10 juin 1994, pourrait, à cet égard, constituer une source d'inspiration pour les juges africains dans la solution des cas à eux soumis. L'on rappellera que de l'analyse de cette jurisprudence à propos des clauses de réserve de propriété ayant pour objet des choses fongibles, il ressort que celles-ci peuvent être revendiquées¹⁶⁹⁸, mais à la condition qu'elles soient individualisées et indentifiables¹⁶⁹⁹. Si les choses fongibles se trouvaient mélangées avec d'autres et, notamment avec des marchandises identiques vendues par le même fournisseur mais qui, elles, avaient été payées et étaient devenues la propriété de l'acheteur, la revendication était exclue¹⁷⁰⁰ car, le mélange avait fait disparaître le droit de propriété du créancier.

¹⁶⁹⁵ P CROCQ, *jurisclasseur commercial*, précité, n°90.

¹⁶⁹⁶ Rouen, 5 fév. 1987, *Rev. proc. coll.* 1990-3, p. 260, n° 7, obs. SOINNE ; *Rev. huiss.* 1989, 675.

¹⁶⁹⁷ Cass.com., 15 déc.1992, *Rev. proc.coll.* 1993-1, p. 127, obs, SOINNE.

¹⁶⁹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 7 fév. 1989, *Bull. civ. I*, n°57.

¹⁶⁹⁹ Ainsi, du fuel vendu sous réserve de propriété peut être revendiqué dès lorsqu'il étant établi qu'aucune livraison de combustible identique n'avait été effectuée et que la marchandise était donc demeurée individualisée : Cass .Com. , 3 JUIN 1986, *Bull.civ. IV*, n° 114 ; *D. 1988*, somm. p.10 , obs. F.DERRIDA.

¹⁷⁰⁰ En ce sens, Cass., 25 mars 1997, *Bull.civ. IV*, n° 127 s. , obs. M.- J. CAMPANA et J.-M . CALENDINI.

976. La jurisprudence inspirée sans doute par un sentiment d'équité et par la volonté que le débiteur ne puisse facilement faire échec aux droits de ses créanciers¹⁷⁰¹ s'est montrée parfois libérale dans l'appréciation de la condition d'identification. C'est ainsi que certains juges admettaient la revendication lorsque l'identification était très vraisemblable parce que le revendiquant démontrait avoir été le seul fournisseur du débiteur¹⁷⁰². D'autres arrêts, au contraire, faisaient preuve de sévérité et considéraient que le fait que le revendiquant démontre avoir été le seul fournisseur ne suffisait pas parce que, cela ne permettait pas de distinguer, au sein des différentes marchandises livrées à l'acheteur, celles qu'ils avaient payées et qui étaient devenues sa propriété et celles impayées qui étaient devenues la propriété du vendeur¹⁷⁰³. Cette variation au sein de la jurisprudence française d'antan ne saurait étonner puisque, la question de l'identification de la marchandise est principalement une question de fait sur laquelle la Cour de cassation française n'exerce qu'un contrôle limité de motivation.

977. S'inspirant des tendances jurisprudentielles ainsi développées, les juges africains, en l'absence de directives légales, se devraient de faire montre de responsabilité dans l'appréciation de la condition d'existence en nature en cas de revendication des biens fongibles en conciliant autant que faire se peut, les intérêts des créanciers propriétaires avec l'impératif de redressement de l'entreprise.

978. S'agissant d'une question de fait, l'individualisation ou l'identification des biens revendiqués devrait être faite par tous moyens et, notamment, par le rapprochement des biens revendiqués avec ceux se trouvant dans le patrimoine du débiteur à la date du jugement d'ouverture. Dès lors que des biens fongibles, même mélangés à des marchandises identiques ont fait l'objet d'une identification certaine, la revendication devrait être admise. L'équité commanderait d'admettre celle-ci à partir du moment où l'identification est vraisemblable parce que le revendiquant aura

¹⁷⁰¹ P.CROCQ, *Jurisclasseur commercial*, précité, n° 92.

¹⁷⁰² Cass. com., 15 déc. 1992, *Bull. civ. IV*, n° 412, *Cass.com.*, 12 Juill. 1994, *Rev.proc. coll.* 1994, p.403, obs. SOINNE.

¹⁷⁰³ Cass. com., 2 mai 1989, *Bull.civ. IV*, n° 142 ; *Gaz. Pal.* 1989, p..116 ; *RTD com.* 1990, p.91, n° 18, obs. B. BOULOC ; *Les Petites Affiches*, 5 fév. 1990, p. 15 s., note F. PEROCHON ; Cass. com., 23 oct. 1990, *Bull.civ.IV* .n° 246 ; *RTD com.* 1991, P.435,n°11, obs.B. Bouloc ; Cass.Com. 5oct. 1993, *Bull. civ. IV*, n°316 ; Cass.Com., 23 janv. 1996, *Rev. proc. coll.* 1997, P.215, obs.B. SOINNE. Ces différents arrêts refusaient de faire produire effet à une action en revendication au motif que le rapprochement des factures impayées et de l'inventaire ne permettait pas l'identification du matériel revendiqué et relevaient qu'il importait peu que le vendeur ait été, pour le matériel en cause le fournisseur exclusif du débiteur.

par exemple démontré qu'il a été le seul fournisseur du débiteur en rapport avec le bien revendiqué.

979. En sens inverse, la revendication devrait être rejetée lorsque le revendiquant ne parvient pas à individualiser le bien revendiqué du fait du mélange intervenu avec d'autres biens identiques, même lorsque se trouvent entre les mains de l'acheteur « *des biens de même espèce et de même qualité* ». En effet, la dérogation à la condition d'identification en matière de revendication des biens fongibles parce que exceptionnelle, ne peut résulter que de la volonté du législateur comme cela a été le cas en droit français dans le cadre de la loi du 10 juin 1994 et de l'ordonnance du 23 mars 2006.

980. La jurisprudence française antérieure à la loi du 10 juin 1994 est également d'un apport indéniable pour les juges africains confrontés à des demandes de revendication portant sur des biens transformés, incorporés ou sinistrés. Celle-ci pourrait également constituer une source d'inspiration pour tout en prenant cependant d'avantage en compte les règles de l'accession mobilière et immobilière.

b) Le cas des biens transformés, incorporés ou sinistrés

981. Les juges africains, saisis d'actions en revendication sur des biens transformés ou incorporés se doivent de nuancer les solutions par eux retenues selon que le bien revendiqué est incorporé à un bien meuble ou à un bien immeuble.

982. Lorsque le bien revendiqué est incorporé à un autre bien meuble, selon la jurisprudentielle française antérieure à la loi du 10 juin 1994 et consacré plus tard par le législateur, le critère devant permettre d'accueillir ou non la revendication est la possibilité de démontage de ce bien sans détérioration¹⁷⁰⁴.

983. Ce critère ne pourrait pourtant pas être décisif. En effet, le recours à ce critère viole les dispositions des articles 567 à 577 du Code civil telles qu'en vigueur dans la plupart des Etats parties au traité OHADA et relatives à l'accession mobilière tant

¹⁷⁰⁴ Supra, n°957.

que ce recours ne résulte pas d'une disposition légale qui constituerait alors l'exception aux règles du Code civil.

984. A titre de rappel, l'on précisera que, de manière générale, il ressort des articles 565 et suivants du Code civil que l'équité à laquelle est subordonnée le droit d'accession mobilière commande que le propriétaire du tout soit celui de qui provient la partie principale de l'ensemble¹⁷⁰⁵ à charge d'indemniser les autres sujets de droit de la perte qu'ils ont subie de ce fait¹⁷⁰⁶. En conséquence, l'adjonction du bien objet de la réserve de propriété, à un autre meuble peut faire perdre au vendeur la propriété du bien en application des dispositions des articles 565 et suivants du Code civil.

985. En l'état actuel de la législation, l'application par les juges africains des seules dispositions issues de ces articles est souhaitable pour l'appréciation de la condition d'existence en nature dans les actions en revendication des biens incorporés ou transformés. Une telle solution aurait certes l'inconvénient de vouer un grand nombre d'actions à l'échec. Mais, *a contrario*, elle aurait le mérite de favoriser le redressement de l'entreprise en limitant la dispersion des actifs mobiliers, sauf au revendiquant à déclarer sa créance résultant de la perte subie.

986. Lorsque le bien revendiqué est incorporé à un bien immobilier, les juges africains, pour apprécier la condition d'existence en nature, seraient-ils fondés à s'inspirer de la jurisprudence française antérieure à l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés ?

987. De l'analyse de cette jurisprudence française, il ressort que la solution au litige relatif à la propriété du bien immobilisé est différente selon que l'on est en présence d'une immobilisation par nature ou d'une immobilisation par destination. Si le bien revendiqué est intégré à un immeuble par nature, le vendeur perd son droit de propriété au profit du propriétaire de l'immeuble en application des dispositions des articles 551 à 564 du Code civil. Il a ainsi été jugé que le bénéficiaire d'une réserve

¹⁷⁰⁵ Selon l'article 567 du Code civil, est réputée partie principale celle à laquelle l'autre n'a été unie que pour l'usage, l'ouvrement ou le complément de la première.

¹⁷⁰⁶ V. par exemple, T. com Nice, 27 oct. 1980, D.1981, I.R., p. 9, obs.F. DERRIDA, rejetant la revendication de doublures incorporées à des vêtements au motifs que ceux-ci constituent la partie principale et qu'en application des disposition de l'article 566 du Code civil, le tout appartient au propriétaire des vêtements.

de propriété ayant pour objet des « *fils porteurs* » en aluminium ne peut plus les revendiquer une fois que ceux-ci ont été utilisés pour soutenir les dalles de faux-plafond d'un immeuble¹⁷⁰⁷. En effet, quand bien même le démontage de ces « *fils porteurs* » était possible, ceux-ci ayant été incorporés à l'immeuble, un tel démontage aurait pour conséquence la dépose de tous les faux plafonds de cet immeuble. L'immobilisation en nature exclut donc la revendication. Elle l'exclut d'autant plus que le critère de l'immeuble par nature réside dans l'attache matérielle soit à la terre, soit à l'immeuble lui-même¹⁷⁰⁸.

988. S'il s'agit en revanche d'une immobilisation par destination, en principe la revendication est possible dans la mesure où, l'article 524 du Code civil pose comme condition de l'immobilisation par destination, l'identité de propriétaire en ce sens que, le meuble et l'immeuble doivent avoir le même propriétaire. Il faut « *que l'objet mobilier fasse partie du même patrimoine que l'immeuble par nature* »¹⁷⁰⁹. Or, tel n'est pas le cas dans l'hypothèse concernée puisque le meuble appartient au vendeur alors que l'immeuble appartient à l'acheteur voire à un tiers.

989. La jurisprudence française n'a cependant pas suivi ce raisonnement et a estimé que l'immobilisation par destination ne pouvait être mise à l'écart comme l'atteste un arrêt rendu le 26 juin 1991 par la troisième chambre de la Cour de cassation¹⁷¹⁰.

990. Par la suite, la Chambre commerciale de la Cour de Cassation a opéré un revirement jurisprudentiel en approuvant un arrêt ayant admis la revendication d'une rotative mesurant 48 mètres de long et solidement fixée dans un atelier par des éléments de maçonnerie dès lors que le démontage de la rotative de son support de béton demeurait possible¹⁷¹¹. Cette nouvelle jurisprudence a été confirmée dans des arrêts ultérieurs en date du 20 octobre 1992,¹⁷¹² du 05 octobre 1993¹⁷¹³ du 5 janvier 1995¹⁷¹⁴, du 5 janvier 1995¹⁷¹⁵ et du 17 mars 1998¹⁷¹⁶.

¹⁷⁰⁷ Paris, 30 avr. 1993, D.1993, Somm., P.291, obs.F. PEROCHON.

¹⁷⁰⁸ J.cl.civ., fasc.C, ... 518 à 521, n°2 et s

¹⁷⁰⁹ Note WEILL sous trib. civ. Limoges, 18 oct 1946, D. 1947, 440.

¹⁷¹⁰ Cass. 3^e civ., 26 juin 1991, J.C.P. 1992, éd. G, II, 21825, note crit. J.-F. BARRIERI,

¹⁷¹¹ Cass. com., 12 févr. 1991, Bull. civ. IV, n° 69

¹⁷¹² Cass.com., 20 oct. 1992, Rev. proc.coll. 1992, p... 426, obs. SOINNE, dans le cas du montage provisoire d'une centrale hydraulique dans un tour en fosse pour des essais de fonctionnement

991. Ainsi la jurisprudence française relative à l'incorporation de l'objet de la réserve de propriété dans un immeuble est semblable à celle relative à son incorporation dans un meuble en ce qu'elle prend en compte le critère suivant lequel le démontage est ou non possible pour apprécier l'existence en nature du bien revendiqué.

992. Dans le silence des textes, les juges africains sont fondés à se reporter à ces solutions jurisprudentielles françaises de bon sens en matière de revendication d'un objet mobilier incorporé dans un immeuble corporel, solutions confirmées plus tard par l'ordonnance du 23 mars 2006. Ils le seront d'autant plus que ces solutions jurisprudentielles françaises sont conformes à l'application du droit commun de l'accession immobilière tel que prévu aux articles 551 à 564 du Code civil encore en vigueur dans une grande partie de l'espace OHADA.

993. En matière de revendication de biens sinistrés, faute d'existence du bien en nature, l'on pourrait conclure d'emblée à l'échec des actions engagées par le revendiquant africain bénéficiant de clauses de réserve de propriété devant les juridictions compétentes.

994. Cependant, l'arrêt rendu le 1^{er} octobre 1985 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation française¹⁷¹⁷ devrait valablement servir de directive aux juges africains. Ces derniers devraient ainsi admettre que le droit de propriété du vendeur sur le bien disparu soit reporté sur l'indemnité d'assurance. En effet, dès lors que le bien vendu et sinistré n'a jamais appartenu à l'acheteur, l'indemnité d'assurance consécutive à sa disparition n'est pas entrée dans le patrimoine de ce dernier et se trouve subrogée au bien dont le revendiquant est demeuré propriétaire.

¹⁷¹³ Cass.com., 5 oct 1993, Bull.civ., n°315, s'agissant de revendication d'une serre attachée à un immeuble.

¹⁷¹⁴ Cass.com., 5 oct. 1993, Bull.civ. IV, n) 315, s'agissant de revendication d'une senne attachée à un immeuble.

¹⁷¹⁵ Cass.com., 3 janv. 1995, Bull.civ.IV, n°3 ; JCP. 1995, éd.G, I, 3841, n° 13, obs. et ph PETEL ; D. 1996, Somm. p. 219, obs. F. PEROCHON ; Rev. proc.coll. 1995, p. 206, n°16, obs. B. SOINNE, dans le cas d'une machine montée sur une chaîne d'assemblage

¹⁷¹⁶ Cass.Com. 17 mars 1998, Bull. civ IV, n°108 ; Dalloz Affaires, 1998, p. 803 s obs. VAR ; JCP G 1998, I, 167, n° 12 et 13, obs. PH. PETEL ; D. 2000, som. P. 75, obs F. PEROCHON et D MANGUY)

¹⁷¹⁷ Supra, n°964.

995. Il faut préciser, s'agissant de cette hypothèse de la revendication du bien disparu que la protection du vendeur tient à l'effet suspensif de la clause de réserve de propriété ¹⁷¹⁸ qui autorise le vendeur à demeurer propriétaire du bien vendu jusqu'au complet paiement. Alors qu'en application de la règle « *res perit domino* », les risques de perte du bien concerné devraient lui incomber, de ce fait, dans la pratique, les contrats de vente contiennent le plus souvent une clause dérogative transférant les risques à l'acheteur auquel, la détention du bien vendu est transférée. C'est donc à ce dernier qu'il appartient de s'assurer pour son propre compte contre les risques de perte du bien qu'il détient et c'est sur l'indemnité y relative qu'est reporté le droit de propriété du revendiquant.

2. Les procédures relatives aux sûretés consenties ou constituées postérieurement à l'entrée en vigueur de la réforme du droit des sûretés : la consécration des solutions légales françaises

996. Avec la réforme du droit des sûretés par l'Acte uniforme du 10 décembre 2010, le législateur communautaire africain s'est, en grande partie, aligné sur les solutions légales françaises issues de l'ordonnance du 23 mars 2006 en matière de revendication des biens dont la propriété est réservée en cas de mélange, transformation ou perte du bien. De par la volonté du législateur communautaire africain, il s'est opéré un assouplissement de l'exigence de la condition d'existence en nature du bien revendiqué aussi bien en cas de mélange(a) qu'en cas de transformation ou de perte(b).

a) L'assouplissement légal de l'exigence de la condition d'existence en nature en cas de mélange

997. A l'identique des dispositions du nouvel article L.624-16 du Code de commerce issu de l'ordonnance du 23 mars 2006, l'article 75 de l'Acte uniforme du 10 décembre 2010 portant organisation des sûretés pose le principe général selon lequel, « *la propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même espèce et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte* ».

¹⁷¹⁸ Supra, n° 896.

998. En application de ce principe général et, en l'absence des dispositions contraires spécifiques au droit des entreprises en difficulté, le vendeur africain ayant livré, sous réserve de propriété des choses de genre dont le prix reste impayé, sera fondé à revendiquer en nature les biens de même espèce se trouvant entre les mains du débiteur ou de toute autre personne les détenant pour son compte. Il ne lui sera point demandé de démontrer que les biens retrouvés entre les mains de l'acheteur ou de toute autre personne les détenant pour son compte sont ceux là qu'il avait livrés et qui demeureraient impayés ;

999. Quant aux juges africains saisis d'actions en revendication concernant les choses de genre, leur tâche en matière d'appréciation de la condition d'existence en nature du bien revendiqué devrait s'en trouver facilitée. Il ne sera plus question pour eux de vérifier si les biens fongibles revendiqués sont ou non individualisées et identifiables pour faire droit ou rejeter l'action en revendication. Il leur appartiendra plutôt de vérifier que les biens se trouvant entre les mains du débiteur ou qui sont détenus pour son compte sont des « *biens de même espèce et de même qualité* » que les biens fongibles que le revendiquant avait livrés. Peu importera alors qu'il ait été établi que le revendiquant ne pouvait être propriétaire des biens revendiqués ou que ces biens puissent être individualisés¹⁷¹⁹.

1000. Sous ce rapport, l'interprétation donnée par la Cour de cassation française dans son arrêt du 05 mars 2002¹⁷²⁰ à propos des dispositions de l'article 121, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985 alors en vigueur relativement à la revendication des biens fongibles est valable en ce qui concerne les dispositions de l'article 75 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. L'on peut ainsi affirmer que, par cette disposition, comme en droit français, le législateur communautaire africain a énoncé « *une règle de fond attribuant au revendiquant la propriété des biens fongibles qui se trouvent entre les mains de l'acheteur dès lors que ceux-ci sont de même espèce et de même qualité que ceux qu'il a livrés* ». Il est simplement à espérer que les juges africains aient une conception harmonisée de la notion de fongibilité et que cette question ne soit pas considérée comme une question de fait laissée au

¹⁷¹⁹ Supra, n°953.

¹⁷²⁰ Supra, n°954.

pouvoir d'appréciation souverain des juges de fond, ce qui évitera les divergences apparues devant les juridictions françaises¹⁷²¹, lesquelles divergences ne concernent pas, fort heureusement, le cas des biens incorporés, transformés ou sinistrés.

b) L'assouplissement légal de l'exigence de la condition d'existence en nature en cas de biens incorporés, transformés ou sinistrés

1001. De la même manière que le nouvel article 2370 du Code civil français issu de la réforme du 23 mars 2006 et, à sa suite, en matière de procédures collectives, le nouvel article L.624-16, alinéa 3 du Code de commerce, l'article 76, alinéa 1 de l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés pose le principe général selon lequel, « *l'incorporation d'un meuble faisant l'objet d'une réserve de propriété à un autre bien ne fait pas obstacle aux droits du créancier lorsque ces biens peuvent être séparés sans subir de dommage* ».

1002. Sur la base ce texte de portée générale, le vendeur africain bénéficiaire d'une réserve de propriété est fondé à revendiquer son bien livré au débiteur contre lequel une procédure collective a été ouverte, quand bien même ledit bien a été incorporé à un autre bien. Pour le succès de son action, il n'aura pas besoin de démontrer que le bien revendiqué avait conservé son identité comme l'exigeait la jurisprudence française avant l'avènement de la loi du 10 juin 1994. Comme en droit français, il lui suffira de démontrer la possibilité de démonter les biens unis par les liens de l'incorporation sans aucun dommage pour eux. Le législateur communautaire africain a ainsi établi une présomption d'existence en nature du bien revendiqué chaque fois que le démontage est possible sans détérioration. *A contrario*, lorsqu'un tel démontage ne sera pas possible, les juges devront considérer que la revendication n'est pas possible du fait de l'incorporation du bien, que cette incorporation intervienne dans un ensemble mobilier ou dans un ensemble immobilier. Dans cette hypothèse et, conformément aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article 76 de l'Acte uniforme, le tout appartiendra au propriétaire de la chose qui forme la partie principale, à charge pour ce dernier de payer au revendiquant la valeur, estimée à la date du paiement, de la chose qui y a été unie.

¹⁷²¹ Supra n°955.

1003. L'article 76, alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, en faisant de la possibilité de démontage sans dommage pour les biens unis par le lien d'incorporation le seul critère de l'existence en nature du bien a, comme en droit français¹⁷²², implicitement apporté une exception aux règles de droit commun de l'accession mobilière. En effet, selon les dispositions des articles 565 et suivants du Code civil, en matière d'accession mobilière, le propriétaire du tout doit être celui de qui provient la partie principale de l'ensemble, sauf à indemniser celui de qui provient la partie accessoire de la perte qu'il a subie.

1004. Lorsque le bien revendiqué sera incorporé à un bien immobilier, les juges africains, pour apprécier la condition d'existence en nature, devront distinguer selon que le bien revendiqué est intégré à un immeuble par nature ou à un immeuble par destination.

1005. Lorsque le bien revendiqué sera intégré à un immeuble par nature, le vendeur devra perdre son droit de propriété au profit du propriétaire de l'immeuble en application des dispositions des articles 551 à 564 du Code civil quand bien même le démontage du bien vendu sous réserve de propriété était possible. En effet, et comme cela a déjà été relevé¹⁷²³, l'immobilisation en nature exclut la revendication dès lors même que, le critère de l'immeuble par nature réside dans l'attache matérielle soit à la terre, soit à l'immeuble lui-même.

1006. Lorsqu'en revanche, le bien revendiqué sera intégré à un immeuble par destination, la revendication devra être en principe admise dès lors que le démontage demeure possible sans dommage. Dans une telle hypothèse, le meuble appartient au vendeur alors que l'immeuble appartient à un tiers. Or, l'article 524 du Code civil pose comme condition de l'immobilisation par destination l'identité de propriétaire : le meuble et l'immeuble doivent avoir le même propriétaire¹⁷²⁴, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

¹⁷²² Supra, n°960.

¹⁷²³ Supra, n°987.

¹⁷²⁴ Supra, n° 988 et s.

1007. En matière de revendication de biens sinistrés, sur la base d'un fondement légal, il y a désormais, en droit africain, assouplissement de l'exigence de la condition d'existence en nature. Dans ce domaine, et à la faveur de la réforme du droit des sûretés, les solutions françaises ont une fois de plus été consacrées. Il résulte ainsi des dispositions de l'article 78 du nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés, à l'identique de ce qui est prévu par le nouvel article 2372 du Code civil français que « *lorsque le bien est (...) détruit, le droit de propriété se reporte(...) sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien* ».

1008. Sur la base de cette disposition de droit commun, le vendeur dont le bien objet d'une réserve de propriété a disparu est fondé à revendiquer l'indemnité d'assurance relative au bien disparu dès lors qu'en vertu de l'effet suspensif de la clause de réserve de propriété, le bien vendu et sinistré n'a jamais appartenu à l'acheteur. En effet, dans cette hypothèse, la protection du vendeur tient à l'effet suspensif de la clause de réserve de propriété qui autorise ce dernier à demeurer propriétaire du bien vendu jusqu'au complet paiement.

1009. Outre le recours aux dispositions de l'article 78 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, il est permis de penser avec un auteur¹⁷²⁵ que des textes particuliers autorisent, en droit africain, la revendication de l'indemnité d'assurance. Le premier texte de référence est l'article 109, alinéa 2 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, qui énonce que « *le droit de préférence s'exerce aussi, par subrogation, sur l'indemnité d'assurance du meuble qui a péri ou disparu, tant qu'elle n'est pas payée* ». Le second texte de référence qui vient renforcer le premier est l'article 43 du Code CIMA¹⁷²⁶ qui, bien qu'en termes généraux, énonce que « *les indemnités dues par suite d'assurance sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang* ».

1010. L'analyse de la situation des créanciers propriétaires concernés par l'ouverture d'une procédure collective au travers des techniques juridiques mises en place pour les protéger met en relief des différences notables entre le droit africain et

¹⁷²⁵J.M NYAMA, OHADA, Droit des entreprises en difficulté, précité, n° 96, p. 180.

¹⁷²⁶ Conférence Interafricaine des Marchés des Assurances.

le droit français. En revanche, le clivage paraît moins marqué sur le terrain de la situation des créanciers saisissants, gagistes ou rétenteurs.

SECTION 2 : IDENTITE DU SORT DES CREANCIERS SAISSANTS

1011. La coexistence en droit africain et en droit français des procédures civiles d'exécution et des procédures collectives forcée de recouvrement de créances¹⁷²⁷ soulève de délicats problèmes de frontière et d'articulation¹⁷²⁸. La raison en est que ces deux corps de règles sont inspirés par des préoccupations différentes. En effet, tandis que les procédures civiles d'exécution revêtent une dimension individuelle en ce qu'elles tendent à satisfaire de la façon la plus efficace le seul créancier poursuivant, les procédures collectives, au contraire, reposent sur le postulat d'une pluralité de créanciers et d'une pénurie de gage au sens des articles 2092 et 2093 du Code civil¹⁷²⁹. Mais, il n'en demeure pas moins vrai que l'émergence d'une procédure collective perturbe le fonctionnement des voies d'exécution car, celle-ci, selon un auteur, met l'ordre dans le désordre¹⁷³⁰.

1012. Sur cette question, le constat révèle que le droit africain et le droit français ont tous consacré le principe de l'arrêt des voies d'exécution (paragraphe 1). Mais l'on observe également que le principe de l'arrêt des voies d'exécution concerne essentiellement les créanciers antérieurs, les créanciers postérieurs bénéficiant quant à eux d'une relative liberté des poursuites (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : LA CONSÉCRATION COMMUNE DU PRINCIPE DE L'ARRÊT DES VOIES D'EXÉCUTION

1013. La soumission du débiteur à une procédure collective commande traditionnellement l'arrêt des poursuites individuelles. Les créanciers sont tenus de

¹⁷²⁷ J.P. SENECHAL, « *Procédures civiles d'exécution et procédures collectives* », *Les Petites Affiches*, n° 254 du 22 décembre 1999.

¹⁷²⁸ J.-P. SENECHAL, précité.

¹⁷²⁹ J.-P. SENECHAL, précité.

¹⁷³⁰ D. DEFRANCE, *Procédures collectives et voies d'exécution*, mémoire DEA de droit privé, Université de Lille II, 1997 / 1998, p. 10.

faire valoir leurs droits dans le cadre organisé de la procédure¹⁷³¹. Ainsi, postérieurement au jugement d'ouverture, toutes les voies d'exécution sont gelées car, la procédure fige le passif et entraîne une saisie collective des créanciers.

1014. Il convient de rappeler que l'arrêt des poursuites constitue une conséquence traditionnelle des procédures de concours¹⁷³². Ces dernières revêtent en effet un aspect collectif et égalitaire qui n'existerait pas si les créanciers continuaient d'agir séparément pour obtenir paiement de ce qui leur est dû¹⁷³³. Selon la jurisprudence française, la règle est d'ordre public aussi bien en droit interne qu'en droit international¹⁷³⁴. L'arrêt des poursuites a un triple but : accélérer le déroulement de la procédure en concentrant toutes les actions entre les mains du représentant des créanciers, garantir l'équité des paiements, éviter que les biens essentiels de l'entreprise ne soient vendus prématurément et permettre ainsi l'élaboration sereine d'un plan de redressement¹⁷³⁵.

1015. L'article 75 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif énonce que « *la décision d'ouverture suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à faire reconnaître des droits et des créances ainsi que toutes les voies d'exécution tendant à en obtenir le paiement, exercées par les créanciers composant la masse sur les meubles et immeubles du débiteur...* ».

1016. En droit africain et en droit français, la règle de l'arrêt des voies d'exécution n'a pas vocation à s'appliquer dans la seule hypothèse où le débiteur est en état de cessation des paiements. En droit africain, la suspension des voies d'exécution est également prévue dans le cadre de la procédure de règlement préventif¹⁷³⁶ par l'article 9, alinéa 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qui prend soin de préciser que la suspension des poursuites « *concerne aussi bien les voies d'exécution que les mesures conservatoires* ». Il faut

¹⁷³¹ F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté- Instruments de crédit et de paiement*, précité, n° 251, p.207.

¹⁷³² Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 2, précité, n° 1239, p. 267.

¹⁷³³ J.-L. VALLENS, « *L'effet du redressement judiciaire sur les instances en cours* », *Rev. trim. dr. com.*, 1991, 259.

¹⁷³⁴ Civ. 1, 8 mars 1988, D. 19989, 577, note J. ROBERT ; 5 fév. 1991, Bull.civ. I, n° 44, p.28 ; V. les obs. d' A. HUET à la Rev. jurisp. com., 1991, 177.

¹⁷³⁵ Y. GUYON, précité, n° 1239, p. 267.

¹⁷³⁶ Supra n°55 et s.

rappeler que dans cette procédure, le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements. Il connaît simplement « *une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise* »¹⁷³⁷. En droit français, il y a suspension des poursuites même dans le cas de la procédure de sauvegarde dans laquelle, le débiteur ne se trouve pas en état de cessation des paiements. De manière générale, le nouvel article L.622-21-II du Code de commerce français énonce que le jugement d'ouverture arrête ou interdit toute voie d'exécution de la part des créanciers antérieurs tant sur les meubles que sur les immeubles.

1017. La règle de l'arrêt des voies d'exécution est de portée générale que l'on se situe en français ou en droit africain. Le législateur y préconise tant l'arrêt des voies d'exécution que leur interdiction. Même si au plan de la terminologie, le législateur africain recourt à la notion de « *suspension* » alors que le législateur français recourt à celle de « *arrêt* », les deux notions traduisent en fait la même réalité. Il faut en conséquence comprendre que les voies d'exécution entamées ne peuvent plus être poursuivies. Elles sont arrêtées ou suspendues. Il faut également comprendre que les voies d'exécution nouvelles ne peuvent plus être entreprises puisqu'elles sont interdites. La règle est appliquée par les juges français¹⁷³⁸ et africain¹⁷³⁹. En application de cette règle, l'exécution de tous les titres se trouve arrêtée, qu'il s'agisse d'actes notariés, de jugements ou d'actes définitifs.

1018. L'arrêt des voies d'exécution constitue donc le corollaire naturel du principe de l'arrêt des poursuites individuelles en droit français et en droit africain. Il convient dès lors d'en préciser le champ d'application (A) et les conditions (B).

A. UN CHAMP D'APPLICATION LARGE

1019. Le champ d'application de l'arrêt des poursuites en droit africain et en droit français est considérable. Il a trait aussi bien aux créanciers visés (1) qu'aux voies d'exécution concernées (2).

¹⁷³⁷ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 2, alinéa 1.

¹⁷³⁸ TGI Fontainebleau, 8 avr. 1987, D. 1988, somm. p. 145-Adde, Kerckhove, n° 529.

¹⁷³⁹ TGI Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), ordonnance de Référé n° 68 du 6 juin 2003, Clinique centrale du Houet C/ BICIA-B, Ohadata J-04-58.

1. *Les créanciers saisissants visés*

1020. En droit africain et en droit français, sont concernés par la règle de l'arrêt des voies d'exécution tous les créanciers, y compris les créanciers salariaux¹⁷⁴⁰. Il importe toutefois de préciser qu'en droit africain, les créanciers salariaux désireux de recourir à des voies d'exécution pour recouvrer leurs créances ne peuvent se voir opposer la règle de l'arrêt des voies d'exécution que si le débiteur se trouve en situation de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. Si, en revanche, le débiteur se trouve en état de règlement préventif, le recours aux voies d'exécution ou des mesures conservatoires par les créanciers antérieurs à la décision de suspension visés dans la requête du débiteur sera fondé en application des dispositions de l'article 9, alinéa 3 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif¹⁷⁴¹.

1021. L'arrêt des voies d'exécution s'applique non seulement aux créanciers chirographaires, mais également aux créanciers dont les créances sont garanties par un privilège général ou une sûreté réelle spéciale telle que notamment, un privilège mobilier spécial, un gage, un nantissement ou une hypothèque¹⁷⁴². Pour certains, en soumettant les créanciers titulaires de sûretés réelles aux restrictions liées, entre autres, à l'arrêt des voies d'exécution, l'Acte uniforme met fin à la conception du droit antérieur qui voulait que le créancier titulaire d'une sûreté soit « *étranger à l'organisation collective des créanciers chirographaires à l'occasion de la faillite de leur débiteur commun* »¹⁷⁴³.

1022. Toutefois, la loi permet à certains créanciers saisissants, dans certaines hypothèses, de contourner l'obstacle constitué par la règle de l'arrêt des voies d'exécution. En droit africain, Il est ainsi permis aux créanciers munis de sûretés réelles d'entreprendre leurs poursuites individuelles en vue de la réalisation de leurs

¹⁷⁴⁰ En droit français, v. CA Limoges, 20 mai 1999 et CA Toulouse, 5 mai 1998, Rev. proc. coll. 1999, 107, n° 19 obs. p. CANET.

¹⁷⁴¹ Ce texte énonce en effet que la suspension ou l'interdiction des voies d'exécution et mesures conservatoires « *s'applique à tous les créanciers chirographaires et munis de privilèges généraux ou de sûretés réelles spéciales telles que, notamment, un privilège mobilier spécial, un gage, un nantissement ou une hypothèque à l'exception des créanciers de salaires* ».

¹⁷⁴² Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 75, alinéa 2.

¹⁷⁴³ D. LABITE, « *Les sûretés réelles spéciales en droit français et togolais, Leur adaptation aux exigences du droit du crédit* », thèse, Lyon III, 1993, p.204, cité par P.-G. POUGOUE et Y. KALIEU, in « *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA* », précité, n° 148, p.52.

garanties en cas d'annulation ou de résolution du concordat de redressement¹⁷⁴⁴. De même, lorsque dans le délai de trois mois suivant la décision de liquidation des biens, le syndic n'a pas retiré le gage ou le nantissement ou entrepris la procédure de réalisation du gage ou de nantissement, le créancier gagiste ou nanti peut exercer ou reprendre son droit de poursuite individuelle à charge d'en rendre compte au syndic¹⁷⁴⁵. Le même droit exercé dans les mêmes conditions appartient au Trésor public, à l'Administration des douanes ainsi qu'aux organismes de sécurité sociale en cas de non paiement de leurs créances privilégiées¹⁷⁴⁶.

1023. Le législateur français a, à quelque chose près, prévu une disposition similaire à l'article L.643-2, alinéa 1 du Code de commerce qui énonce que « *les créanciers titulaires d'un privilège spécial, d'un nantissement ou d'une hypothèque et le Trésor public pour ses créances privilégiées peuvent, dès lors qu'ils ont déclaré leurs créances même s'ils ne sont pas encore admis, exercer leur droit de poursuite individuelle si le liquidateur n'a pas entrepris la liquidation des biens grevés dans le délai de trois mois à compter du jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire* ». L'alinéa 2 du même article précise que « *lorsque le Tribunal a fixé un délai en application de l'article L.642-2, ces créanciers peuvent exercer leur droit de poursuite individuelle à l'expiration de ce délai, si aucune offre incluant ce bien n'a été présentée* ».

1024. Il faut cependant préciser que l'autorisation de reprise des poursuites personnelles n'a pas pour effet de permettre au créancier saisissant la captation du produit de la vente du bien vendu. Cette autorisation ne change rien à l'ordre de répartition à intervenir sur le produit de la vente¹⁷⁴⁷.

1025. L'interdiction des voies d'exécution affecte, même indirectement, les poursuites des créanciers du conjoint du débiteur marié sous le régime de la communauté exercées sur les biens communs. En effet, ces biens communs répondent des dettes de chacun des époux¹⁷⁴⁸ et donc des dettes du débiteur et sont, par

¹⁷⁴⁴Ibid, article 134, alinéa 4.

¹⁷⁴⁵ Ibid, article 150, alinéa 2.

¹⁷⁴⁶ Ibid, article 150, alinéa 2.

¹⁷⁴⁷ Com., 19 déc. 1995, n° 92-19.525, *Bull. civ.* IV, n° 305; D. 1996, p. 145, note CAMPANA.

¹⁷⁴⁸ V. article 1413 du Code civil français et 1409 du Code civil Napoléon en vigueur dans la plupart des Etats-Parties au Traité OHADA.

conséquent, inclus dans la procédure collective. Les créanciers du conjoint ne peuvent dès lors les appréhender que dans la mesure, nécessairement faible, « *compatible avec les règles de la procédure collective* »¹⁷⁴⁹. La solution, énoncée d'abord en droit français pour un débiteur en liquidation judiciaire¹⁷⁵⁰ est générale et vaut pour toutes les procédures collectives. Selon M. Jean-Pierre SENECHAL, « *les poursuites des créanciers du conjoint sont...arrêtées parce que les biens communs sont collectivement saisis par l'effet du jugement d'ouverture* »¹⁷⁵¹. Les créanciers du conjoint *in bonis* du débiteur soumis à la procédure collective subissent ainsi, par contrecoup, l'interdiction des voies d'exécution relatives aux biens communs.

1026. *A contrario*, pour les biens dont le débiteur est propriétaire indivis dès avant l'ouverture de la procédure collective, la solution est différente. En principe, sauf exception, les créanciers du débiteur ne peuvent pas saisir ses biens indivis¹⁷⁵². En conséquence, les rares créanciers susceptibles de le saisir, appelés « *créanciers de l'indivision* », ne se heurtent pas à l'interdiction des poursuites. Il en va ainsi du cas fréquent d'une hypothèque consentie par deux époux sur un immeuble indivis pour lequel il a été jugé que le créancier, même s'il ne l'est que d'un indivisaire, est un « *créancier de l'indivision* » : « *dès lors que l'hypothèque a été constituée par tous les indivisaires sur un bien dont le caractère indivis préexistait à l'ouverture de la procédure collective de l'un d'eux, le créancier hypothécaire, fût-il créancier de l'un seulement des co-indivisaires, peut poursuivre la saisie et la vente de ce bien avant le partage de l'indivision...* », et peut donc être payé avant tout partage¹⁷⁵³.

1027. On le voit, la typologie des créanciers susceptibles d'être affectés par la règle de l'arrêt des voies d'exécution est variée. Mais encore faut-il apporter des clarifications quant aux voies d'exécution concernées par cette règle.

¹⁷⁴⁹ F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté-Instruments de crédit*, précité, n° 257, p. 212.

¹⁷⁵⁰ Ass. plén. 23 déc. 1994, D. 1995, 145, rapp. Chartier, n. DERRIDA ; F. DERRIDA, *mél.* Colomer, p. 153 et s.

¹⁷⁵¹ J.-P. SENECHAL, *B. Joly* 1995.231.

¹⁷⁵² V. notamment en droit français, les dispositions de l'article 815-17 du Code civil. Selon cet article, les créanciers ne peuvent non plus saisir la quote-part indivise : ils ne peuvent que provoquer le partage, afin de saisir le bien ou la somme d'argent déclaré propriété exclusive de leur débiteur à l'issue du partage.

¹⁷⁵³ Com., 19 déc. 2000, B.202 ; Defr. 2001. 943, obs. THERY ; RPC 2001, 8, obs. MACORIG-VENIER.

2. Les voies d'exécution concernées

1028. La règle de l'arrêt des voies d'exécution s'applique en premier lieu à toutes les saisies mobilières réglementées par le droit français et le droit africain issu de l'OHADA. Sont notamment concernées par la règle : la saisie-vente¹⁷⁵⁴, la saisie-attribution des créances¹⁷⁵⁵, la saisie- appréhension¹⁷⁵⁶, la saisie-revendication¹⁷⁵⁷, la saisie des véhicules par déclaration à la préfecture¹⁷⁵⁸.

1029. Par ailleurs, en droit français, la règle de l'arrêt des voies d'exécution est étendue aux procédures d'ordre en Cours. L'article R.622-19 du Code de commerce issu de l'article 94 du décret du 28 décembre 2005, modifié par le décret du 27 juillet 2006, relatif à la réforme des saisies immobilières, prévoit désormais que, *«conformément au II de l'article L.622-21, les procédures de distribution du prix de vente d'un immeuble et les procédures de distribution du prix d'un meuble ne faisant pas suite à une procédure d'exécution ayant produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture, en Cours au jour de ce jugement, sont caduques. Les fonds sont remis au mandataire judiciaire, le cas échéant par le séquestre qui, par cette remise, est libéré à l'égard des parties(...)»*. Ce texte de la sauvegarde est également applicable en redressement judiciaire¹⁷⁵⁹ et en liquidation judiciaire¹⁷⁶⁰. Dans ce dernier cas, les fonds sont remis au liquidateur judiciaire¹⁷⁶¹.

1030. Comme l'a si bien rappelé si bien M. ROUSSEL-GALLE¹⁷⁶², il importe de relever que ce texte avait eu pour effet de mettre fin à la jurisprudence de la Cour de cassation faisant échapper les fonds séquestrés à la procédure collective¹⁷⁶³. Cependant, certains auteurs avaient estimé que les séquestres conventionnels

¹⁷⁵⁴ La saisie-vente est réglementée en droit français par les articles 50 à 55 de la loi du 9 juillet 1991 sur les voies d'exécution et par les articles 81 à 138 du décret d'application du 31 juillet 1992 et en droit africain, par les articles 91 à 146 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

¹⁷⁵⁵ La saisie-attribution des créances est réglementée en droit français par les articles 42 à 47 de la loi du 9 juillet 1991 et 55 à 79 du décret du 31 juillet 1992 et en droit africain, par les articles 153 à 172 de l'AUVE.

¹⁷⁵⁶ La saisie-appréhension est réglementée en droit français par les articles 56 de la loi du 9 juillet 1991 et 140 à 154 du décret du 31 juillet 1992. Elle est réglementée en droit africain par les articles 219 à 226 de l'AUVE.

¹⁷⁵⁷ Cette procédure est réglementée en droit français par les articles 155 à 163 du décret du 31 juillet 1992 et en droit africain par les articles 227 à 235 de l'AUVE.

¹⁷⁵⁸ Cette procédure spécifique au droit français est régie par les articles 57 et 58 de la loi du 9 juillet 1991 et 165 à 177 du décret du 31 juillet 1992.

¹⁷⁵⁹ Décret du 28 décembre 2005, article 189, nouvel article R.631-20 du Code de commerce.

¹⁷⁶⁰ Ibid., article R.641-23 du Code de commerce.

¹⁷⁶¹ Ibid., article 235, nouvel article R.641-24 du Code de commerce.

¹⁷⁶² Ph. ROUSSEL-GALLE, note sous CA Paris, 2 juin 2009, RG n° 08/1415, *Gaz.proc.coll.* du 26 au 28 juill. 2009, p. 28 et s.

¹⁷⁶³ Cass. com., 20 juin 1995, pourvoi n° 92-16.647, *Bull. civ. IV*, n° 186.

résistaient à la procédure collective, au motif que l'expression « les procédures de distribution » utilisée par le texte réglementaire ne semblait concerner que les distributions s'inscrivant dans le cadre d'une mesure d'exécution¹⁷⁶⁴.

1031. L'administration fiscale est également concernée par l'arrêt des voies d'exécution. En effet, l'« avis à tiers détenteur »¹⁷⁶⁵ ne peut être délivré, après jugement d'ouverture, pour des créances antérieures.

1032. La règle de l'arrêt des voies d'exécution s'applique ensuite aux saisies conservatoires¹⁷⁶⁶. En matière de voies d'exécution, les mesures conservatoires sont par essence provisoire de telle sorte que, si elles échouent en tant que moyens de pression, elles sont appelées à être converties en mesures d'exécution¹⁷⁶⁷. Il en est ainsi, en droit français et en droit africain, de la saisie conservatoire des biens mobiliers corporels qui est convertie en saisie-vente. Il en est ainsi également de la saisie conservatoire des créances qui, elle, est convertie en saisie-attribution. Si donc, le créancier saisissant n'a pas procédé à la conversion suivant les formes appropriées au jour du jugement d'ouverture, peut-il encore le faire après le jugement d'ouverture ?

1033. A cette question, la jurisprudence française, à plusieurs reprises, a apporté une réponse négative. Ainsi par exemple, dans un arrêt rendu le 4 janvier 2000¹⁷⁶⁸, la chambre commerciale de la Cour de cassation affirme : « Une saisie conservatoire signifiée au tiers saisi avant la date de cessation des paiements qui n'a pas été convertie en saisie-attribution avant la date du jugement d'ouverture n'emporte plus, dès lors, affectation spéciale et privilège au profit du créancier saisissant ».

¹⁷⁶⁴ En ce sens, P.- M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action 2008/2009, n° 456-32, p.797 ; J. THERON, Liquidation judiciaire et vente de fonds de commerce, Rev. proc. coll. 2/2008, p. 132, sp. n° 9.

¹⁷⁶⁵ Introduit en droit français par une loi du 12 novembre 1908, l'avis à tiers détenteur est une procédure permettant au trésor public de recouvrer les impôts dus par un contribuable en adressant une simple demande aux débiteurs de ce dernier ou, à toute personne détenant des sommes pour son compte. En raison de son efficacité, cette procédure a été reprise par certains Etats parties au Traité OHADA dans leurs législations fiscales nationales. Il en est ainsi du Cameroun qui prévoit cette procédure à l'article L.71 du livre des procédures fiscales.

¹⁷⁶⁶ La saisie conservatoire est réglementée en droit français par les articles 74 à 76 de la loi du 9 juillet 1991 et en droit africain par les articles 54 à 90 de l'AUE.

¹⁷⁶⁷ M. DONNIER et J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 7^e éd. Litec 2003, n° 522, p.211.

¹⁷⁶⁸ Com., 4 janv. 2000, *procédures*, mars 2000, comm., p. 59, obs. R. PERROT.

1034. Il découle de cette solution que, non seulement toute conversion en saisie-attribution devient impossible après le jugement d'ouverture, mais le créancier saisissant va jusqu'à perdre le privilège attaché à l'affectation spéciale, privilège prévu dans le cadre de la procédure de saisie conservatoire par l'article 75 de la loi du 9 juillet 1991 en droit français et 57 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Même du fait de la rétroactivité du jugement d'ouverture à zéro heure de sa date, la conversion effectuée le jour du jugement d'ouverture est réputée intervenue après ledit jugement et est donc inefficace¹⁷⁶⁹. De nombreuses décisions postérieures sont venues consolider ces solutions françaises¹⁷⁷⁰ qui ont toute leur place dans le contexte africain.

1035. La règle de l'arrêt des voies d'exécution s'applique enfin aux saisies immobilières. Aussi bien en droit français qu'en droit africain, les procédures de saisie immobilière engagées par les créanciers titulaires de gages immobiliers sont arrêtées soit de plein droit par la décision d'ouverture d'une procédure collective, soit par la décision ordonnant la suspension des poursuites en matière de règlement préventif selon les cas. Cette situation découle du principe général posé par les articles L.622-21-II du Code de commerce, 8 et 75 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif déjà rappelés qui visent la suspension des voies d'exécution sur les meubles et immeubles. Qu'advient-il alors des actes posés avant le jugement d'ouverture ayant entraîné la suspension des procédures de saisie immobilière ?

1036. En droit français, il faut distinguer selon que la procédure obéit au régime antérieur ou postérieur à la législation du 10 juin 1994. Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, la saisie-immobilière commencée avant le jugement d'ouverture était interrompue par l'effet du jugement. En effet, le droit commun de l'article 47 de cette loi trouvait vocation à s'appliquer et il fallait en conséquence, décider que la saisie ne pouvait prospérer, la règle de l'arrêt des voies d'exécution y faisant obstacle. Il en découle que, dans ce contexte, l'adjudication prononcée sans reprise régulière de la procédure est nulle, ce que peut faire juger le débiteur, même lorsqu'il n'a pas formé

¹⁷⁶⁹ CA Montpellier, 2^e ch. B, 20 avr. 2004, *RTD com.* 2005/4, p. 846, n° 5, obs. A. MARTIN-SERF.

¹⁷⁷⁰ V. notamment, Civ., 2^e, 20 oct. 2005, n° 04-10.870, *Bull. civ.* II, n° 267, n° 1589 F-P+B; D. 2005, AJ p. 2805, obs. A. LIENHARD; Civ. 2^e, 14 sept. 2006, n° 05-16.584, *Bull. civ.* II, n° 227, n° 1358 FS-P+B; *Act. proc. coll.* 2006/17, n° 212, note J. VALLASSAN.

des dires et observations au cours de l'audience éventuelle¹⁷⁷¹. Il est de même de l'adjudication prononcée par suite de la conversion de la saisie en saisie volontaire¹⁷⁷². La règle continue à s'appliquer, même après adjudication, dès lors que la publication du jugement d'adjudication n'est pas intervenue avant le jugement d'ouverture¹⁷⁷³. Cette solution était, à l'évidence, gênante lorsque le jugement d'ouverture du redressement judiciaire était suivi, à bref délai, d'une liquidation judiciaire, dans la mesure où, il appartenait au liquidateur d'entreprendre à nouveau la vente du bien grevé, en perdant le bénéfice de tous les actes précédemment accomplis par le créancier poursuivant.

1037. Dans le souci d'accélérer la procédure de réalisation des immeubles, la loi du 10 juin 1994 a modifié la solution au travers des dispositions de l'ancien article L.622-16, alinéa 2 du Code de commerce qui énonçait que « *lorsqu'une procédure de saisie immobilière engagée avant l'ouverture du redressement ou de la liquidation judiciaire a été suspendue par l'effet de cette dernière, le liquidateur peut être subrogé dans les droits du créancier saisissant pour les actes que celui-ci a effectués, lesquels sont réputés accomplis pour le compte du liquidateur qui procède à la vente des immeubles. La saisie immobilière peut alors reprendre son Cours au stade où le jugement d'ouverture l'avait suspendue* ». Cette solution a été reprise par la loi de sauvegarde des entreprises et résulte désormais du nouvel article L.642-18 du Code de commerce qui comporte, comme seule modification, le visa de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde qui aurait interrompu une procédure de saisie immobilière. Elle évite de renouveler les opérations de saisie déjà entreprises.

1038. La procédure sera considérée comme « *engagée* » dès lors que le commandement aux fins de saisie immobilière aura été délivré au débiteur, puisqu'il s'agit là du premier acte de procédure¹⁷⁷⁴. Si la procédure de saisie est commencée au jour du jugement d'ouverture, elle se trouve suspendue jusqu'à ce que le liquidateur la reprenne à son compte par une subrogation dans les droits du poursuivant¹⁷⁷⁵. La reprise de la procédure par le liquidateur est ordonnée par le juge-commissaire qui

¹⁷⁷¹ Com., 4 janv. 2000, n° 96-20. 805, inédit titré, *Act. proc. coll.* 2000/4, n° 38.

¹⁷⁷² Com., 24 oct. 1995, n° 93-13.888, *Bull. civ. IV*, n° 247; *Défrenois* 1996, 261, obs. J.-P. SENECHAL.

¹⁷⁷³ Civ. 2^e, 24 mars 1993, n° 90-18.559, *Bull. civ. II*, n° 128.

¹⁷⁷⁴ P.-M. LE CORRE, *Dalloz Action, Droit et pratique des procédures collectives*, 2008/2009, n° 582.29, p. 1260.

¹⁷⁷⁵ P.-M. LE CORRE, *ibid*, n° 582.29.

fixe la mise à prix, le débiteur entendu ou dûment appelé. Si la procédure de saisie avait été suspendue après les publicités, le juge-commissaire fixe les nouvelles publicités qu'il y a lieu d'effectuer¹⁷⁷⁶. Il reste alors au créancier qui avait engagé la procédure de saisie immobilière à remettre au liquidateur, contre récépissé, les pièces de la poursuite, ses frais de poursuite devant lui être restitués dans l'ordre¹⁷⁷⁷.

1039. Il faut néanmoins préciser que le texte français n'édicte pas une obligation pour le liquidateur de reprendre les poursuites initiées par le créancier saisissant. Il ne s'agit là que d'une simple faculté laissée au liquidateur par le législateur, étant entendu que ce dernier peut préférer la reprise de la procédure par le créancier poursuivant en application des dispositions de l'article L.643-2 du Code de commerce. Cette dernière option peut d'ailleurs être la mieux indiquée dans une hypothèse qui n'a pas été envisagée par l'article R.642-24 du Code de commerce. Il s'agit du cas où le juge de l'exécution a autorisé la vente amiable avant que la procédure ne soit interrompue par le jugement d'ouverture. Pour un auteur¹⁷⁷⁸, la logique voudrait que l'ordonnance du juge de l'exécution autorisant la vente amiable reçoive alors application car, étant subrogé dans les droits du créancier saisissant, le liquidateur doit nécessairement en subir les limites et pour cette raison, si l'ouverture de la procédure collective se produit à un moment où la mise à prix était déjà fixée, c'est-à-dire après l'audience d'orientation, il ne devrait pas être possible au juge-commissaire de modifier cette mise à prix.

1040. En droit des entreprises en difficulté OHADA, bien que le principe de l'arrêt des voies d'exécution ait été consacré par le législateur¹⁷⁷⁹, la question du sort des actes posés avant le jugement d'ouverture dans le cadre d'une procédure de saisie immobilière reste entière. En effet, aucune disposition semblable à celle de l'article L.642-18, alinéa 2 du Code de commerce français, de nature à régler la question de la saisie immobilière entamée avant le jugement d'ouverture n'existe en droit africain. Rien n'autorise donc le syndic à être subrogé dans les droits du créancier saisissant pour les actes que celui-ci aura effectués avant l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. La situation est semblable à celle

¹⁷⁷⁶ Décret du 28 décembre 2005, article 270, nouvel article R.642-24, alinéa 1 du Code de commerce.

¹⁷⁷⁷ Ibid, article 270, nouvel article R. 642-24, alinéa 3 du Code de commerce.

¹⁷⁷⁸ P. CROCQ « *Procédure collective et saisie-immobilière* », Lamy Droit de l'exécution forcée, 2009, Etude 334.

¹⁷⁷⁹ Supra n° 1013 et s.

qui existait en droit français avant l'avènement de la loi du 10 juin 1994. Il en résulte que le syndic doit à nouveau reprendre la vente du bien grevé, en perdant le bénéfice de tous les actes précédemment accomplis par le créancier saisissant. Cette solution est, il va sans dire, de nature à retarder la procédure de réalisation des immeubles.

1041. Même l'article 150, alinéa 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qui permet au créancier hypothécaire d'exercer ou de reprendre son droit de poursuite individuelle en cas de carence du syndic dans la réalisation des immeubles dans le délai de trois mois suivant la décision de liquidation des biens, ne dispense pas ledit créancier saisissant des actes et formalités accomplis avant le jugement d'ouverture comme c'est le cas en droit français¹⁷⁸⁰. En pareille occurrence en effet, la décision du juge-commissaire rendue à la requête du créancier poursuivant et autorisant la vente des immeubles se substitue au commandement aux fins de saisie immobilière antérieur et doit faire l'objet de publicité même si le commandement antérieur, lequel cesse de produire effet à compter de la publication de la décision du juge-commissaire, avait déjà été publié¹⁷⁸¹. Il en résulte que le créancier saisissant, même reprenant son droit de poursuite individuelle, ne tire pas avantage des actes et formalités qu'il avait accomplis antérieurement au jugement d'ouverture.

1042. Mais, au-delà du sort réservé aux actes posés avant le jugement d'ouverture ayant entraîné la suspension des procédures de saisie-immobilière, se pose une question commune au droit français et au droit africain : quelle est la force de l'entrave de la procédure collective sur une procédure de saisie-immobilière entamée avant le jugement d'ouverture ? La réponse à cette question est fonction du stade où est parvenue la saisie-immobilière au jour du jugement d'ouverture.

1043. Si la vente forcée de l'immeuble, qu'elle soit amiable ou sur adjudication, a été réalisée, au plus tard la veille du jugement d'ouverture, il faut alors considérer que l'immeuble saisi est sorti du patrimoine du débiteur avant l'ouverture de la procédure collective et cet effet de la procédure de saisie ne peut être remis en

¹⁷⁸⁰ Code de commerce, article L.643-2, alinéa 2 in fine.

¹⁷⁸¹ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, articles 151 et 152.

question¹⁷⁸². A cet égard, il convient de relever que c'est la date du transfert de propriété qu'il faut prendre en compte et non celle de la publicité de ce transfert. En effet, la chambre commerciale de la Cour de cassation française, par un arrêt rendu le 22 janvier 2002¹⁷⁸³, a précisé que le défaut de publication du transfert de propriété avant l'ouverture de la procédure collective, n'a pas d'effet sur la validité de l'adjudication et le transfert de propriété au profit de l'adjudicataire. Il en découle que lorsque la vente forcée de l'immeuble a produit son effet translatif avant l'ouverture de la procédure collective, le transfert de propriété est alors acquis et la question de l'influence de la procédure collective sur la saisie immobilière ne peut désormais se poser qu'au stade de la distribution du prix¹⁷⁸⁴.

1044. Si, en revanche, la vente forcée de l'immeuble, à l'amiable ou sur adjudication, n'a pas encore été réalisée au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective, cette vente forcée ne pourra plus, en principe, avoir lieu puisque, le jugement d'ouverture entraîne l'arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution. Une adjudication réalisée postérieurement au jugement d'ouverture serait donc nulle comme l'a du reste affirmé en son temps, la Cour de cassation française dans une espèce où l'ouverture d'une procédure collective était intervenue entre le jugement décidant la conversion d'une saisie en vente volontaire et la date de l'adjudication¹⁷⁸⁵. La procédure de saisie-immobilière se trouve donc, en principe, anéantie en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur saisi avant que la saisie n'ait produit son effet translatif. Ce principe connaît cependant une entorse dans l'hypothèse déjà évoquée¹⁷⁸⁶ en droit français et prévue à l'article L.642-18, alinéa 2 du Code de commerce, hypothèse dans laquelle, en matière de liquidation judiciaire, le liquidateur peut demander au juge-commissaire à être subrogé dans les droits du créancier saisissant pour les actes que celui-ci a effectués, la saisie-immobilière pouvant alors être reprise au stade où le jugement d'ouverture l'avait suspendue.

¹⁷⁸² P. CROCQ, « *Procédure collective et saisie immobilière* », précité.

¹⁷⁸³ Cass. com., 22 janv. 2002, Bull. civ. IV, n° 18, D.2002, p.722 et s., obs. A LIENHARD, JCP E, chr. n°763.

¹⁷⁸⁴ P. CROCQ, précité.

¹⁷⁸⁵ Cass. com., 24 oct. 1995, Bull. civ. IV, n°247.

¹⁷⁸⁶ Supra, n°1037

1045. Les solutions jurisprudentielles françaises relatives à la force de l'entrave de la procédure collective sur la saisie-immobilière apparaissent logiques. Un alignement des juges africains, le cas échéant, serait amplement justifié. Il le serait d'autant plus que, dans leur quintessence, ces solutions renferment l'idée sous-jacente selon laquelle, le principe de l'arrêt des voies d'exécution ne s'applique pas de manière automatique. Il s'agit d'un arrêt sous conditions.

B. UN ARRET CONDITIONNE DES VOIES D'EXECUTION

1046. En droit africain et en droit français, ne sont concernés par la règle de l'arrêt des voies d'exécution que les créanciers antérieurs. La règle de l'arrêt des voies d'exécution ne concerne donc que les voies d'exécution qui ont trait au recouvrement des créances ayant leur origine avant l'ouverture de la procédure (1), mais à la condition que la voie d'exécution concernée ne soit pas achevée (2).

1. L'antériorité de la créance objet d'une voie d'exécution

1047. La condition de l'antériorité de la créance donnant lieu à une voie d'exécution est bien mise en relief aussi bien dans la législation africaine que dans la législation française.

1048. Dans la législation africaine, force est de constater que l'article 75, alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif prend soin de préciser que les voies d'exécution suspendues sont celles tendant à obtenir le paiement des créances « *exercées par les créanciers composant la masse* ». Or, il résulte des dispositions de l'article 72, alinéa 2 du même Acte uniforme que « *la masse est constituée par tous les créanciers dont la créance est antérieure à la décision d'ouverture, même si l'exigibilité de cette créance était fixée à une date postérieure à cette décision...* ». Il découle ainsi de la combinaison de ces deux textes que seules les voies d'exécution exercées par les créanciers dont les créances ont une origine antérieure au jugement d'ouverture sont suspendues ou arrêtées.

1049. Dans la législation française, on rappellera que l'article L.622-17.I du Code de commerce énonce que le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L.622-17 et tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent, à la restitution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. L'article L.622-17.II ajoute que le même jugement d'ouverture « *arrête ou interdit également toute voie d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles* ».

1050. Il en résulte que les créanciers concernés par l'interruption ou l'interdiction des voies d'exécution sont les créanciers dont la créance « *n'est pas mentionnée au I de l'article 622-17* » du Code de Commerce. En visant non plus la créance qui « *a son origine antérieurement audit jugement* », mais la créance qui « *n'est pas mentionnée au I de l'article 622-17* », la loi française laisse apparaître que la règle de l'arrêt des voies d'exécution s'applique non seulement aux créanciers antérieurs, mais également aux créanciers dont la créance est née postérieurement au jugement d'ouverture mais qui ne remplissent pas les conditions posées pour bénéficier du privilège de la procédure. Il s'agit, en d'autres termes, des créances qui ne sont pas nées « *pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle pendant cette période* »¹⁷⁸⁷. Cette situation s'explique parfaitement du moment où les créances postérieures non privilégiées sont désormais traitées comme des créances antérieures soumises à déclaration¹⁷⁸⁸. On relèvera cependant, non sans étonnement, que le texte ne vise pas les créances alimentaires et les « *créances liées à la vie Courante du débiteur personne physique* » alors, qu'elles échappent à l'interdiction des paiements, et que, s'agissant des créances alimentaires, la Cour de cassation avait admis depuis 2003¹⁷⁸⁹, que le paiement pouvait intervenir sur « *les revenus dont le débiteur conserve la libre disposition* »¹⁷⁹⁰.

¹⁷⁸⁷ Infra n°1072 et s.

¹⁷⁸⁸ V. les articles L.622-7 et L.622-24 du Code de commerce.

¹⁷⁸⁹ Com. 8 oct. 2003, *Bull. civ.* IV, n° 151; D. 2003. AJ. 2637, obs. LIENHARD; D. 2004. Somm. 54, obs. F.-X. LUCAS.

¹⁷⁹⁰ V. F. PEROCHON, « *Les créanciers postérieurs à la réforme du 26 juillet 2005* », *Gaz. Pal.* 7-8 sept. 2005, p. 57, n° 68 ; P.-M. LE CORRE, « *Les nouvelles règles de fixation du passif du débiteur* », *Gaz. Pal.* 9-10 sept. 2005, p.17.

1051. Pour que les créanciers saisissants soient affectés par la règle de l'arrêt des voies d'exécution, il ne suffit pas que leurs créances aient une origine antérieure au jugement d'ouverture. Il faut en plus que les voies d'exécution en cause ne soient pas achevées au jour du jugement d'ouverture.

2. *L'inachèvement de la voie d'exécution*

1052. La règle de l'arrêt des voies d'exécution en droit français ou en droit africain, n'a pas pour but de remettre en cause les situations acquises. Les voies d'exécution terminées au jour du jugement d'ouverture n'ont pas à pâtir de cette règle. Il découle de ce postulat que la règle de l'arrêt des voies d'exécution ne sera pas applicable si la saisie a été pratiquée au plus tard la veille du jugement d'ouverture. Il faut en effet rappeler que si l'article R.621-4, alinéa 2 du Code de commerce français pose le principe général selon lequel le jugement d'ouverture de la procédure collective prend effet à compter de sa date, la jurisprudence a pris soin de préciser que la formule signifie que le jugement d'ouverture rétroagit à 0 heure de sa date¹⁷⁹¹. Par analogie, cette solution paraît également valable en droit africain. La rétroactivité du jugement d'ouverture à 0 heure de sa date conduit donc à considérer que la saisie pratiquée le jour du jugement d'ouverture est effectuée après jugement¹⁷⁹², tandis que celle pratiquée au plus tard la veille du jugement d'ouverture l'est avant jugement¹⁷⁹³.

1053. Il convient cependant de réserver l'hypothèse résultant du jeu éventuel des nullités de la période suspecte. L'article L.632-1-I, 7° issu de la loi du 26 juillet 2005, applicable aussi bien en redressement judiciaire qu'en liquidation judiciaire, frappe en effet de nullité si elle est intervenue depuis la date de cessation des paiements, « toute mesure conservatoire, à moins que l'inscription ou l'acte de saisie ne soit antérieur à la date de cessation des paiements ». La nullité a ainsi vocation, en droit français, à régir les saisies conservatoires de créance. Elle n'a pas pour effet de remettre en cause les mesures conservatoires déjà pratiquées avant la période suspecte et ne frappe que la mesure conservatoire entamée après le début de la période

¹⁷⁹¹ CA Limoges, 29 oct. 1991, *Dr. sociétés*, 1994, 204, obs. Y. CHAPUT.

¹⁷⁹² TGI Marmande, Jex, 24 sept. 1993, *Rev. huissiers* 1994, 653-CA Montpellier, 2è ch. B, 20 avr. 2004, *RD banc et fin*, 2005/2, p.28, n° 59, note F.-X. Lucas-Adde, P. CANET, « Les voies d'exécution issues de la loi du 9 juillet 1991 face au redressement et à la liquidation judiciaire », *Rev. proc. coll.* 1995, 265, spéc. p. 268.

¹⁷⁹³ Il est vrai que le contraire a également été jugé, v. CA Caen, 1ère ch., sect. civ., 29 avr. 1997, *Rev. proc. coll.* 1997, coll. 1997, 417, obs. M. CADIOU.

suspecte¹⁷⁹⁴. A cet égard, la situation de nullité ne sera pas appréciée par rapport à l'autorisation donnée par le juge de pratiquer une saisie conservatoire, mais par rapport à l'acte de saisie diligenté par l'huissier instrumentaire¹⁷⁹⁵.

1054. Cependant, il faut le reconnaître, le maintien de la validité de la saisie conservatoire pratiquée avant le début de la période suspecte en droit français présente un intérêt bien limité pour les créanciers saisissants¹⁷⁹⁶. S'il a pu être admis dans un premier temps, qu'en dépit de l'interdiction faite aux créanciers ayant pratiqué une saisie conservatoire de la faire convertir, après jugement d'ouverture, en saisie-attribution, le créancier n'en restait pas moins titulaire d'une sûreté spéciale, par application des dispositions de l'article 2350 du Code civil¹⁷⁹⁷, cette solution a par la suite été abandonnée et il a été décidé que le créancier ayant pratiqué une saisie conservatoire ne disposait plus, après jugement d'ouverture, de la qualité de créancier gagiste¹⁷⁹⁸.

1055. Si la saisie a été valablement faite avant la période suspecte, la conversion peut intervenir pendant la période suspecte¹⁷⁹⁹. Dans cette hypothèse, seule est atteinte, au titre de nullités de la période suspecte en droit français, la saisie conservatoire et non la saisie-attribution. Il faut cependant relever que des solutions divergentes ont été posées en jurisprudence¹⁸⁰⁰. Le maintien de la saisie-attribution même précédée d'une saisie conservatoire annulée au titre des nullités de la période suspecte est justifié par l'effet attributif immédiat produit par ladite saisie.

1056. Il reste que, depuis la loi du 26 juillet 2005, certaines mesures d'exécution forcée dont la saisie-attribution sont soumises aux nullités facultatives. Il résulte en effet du nouvel article L.632-2, alinéa 2 du Code de commerce¹⁸⁰¹ que « *tout avis à tiers détenteur, toute saisie-attribution ou toute opposition peut également être annulé lorsqu'il a été délivré ou pratiqué par un créancier après la date de cessation*

¹⁷⁹⁴ Com., 12 oct. 1999, n° 96-13.133, *Bull. civ. IV*, n° 166 ; Procédures 2000, n° 3, obs. R. PERROT et n° 14, obs. C. LAPORTE.

¹⁷⁹⁵ CA Versailles, 13^e ch. 28 sept. 2000, *RJDA* 2001/2, n° 199-Adde, J.-CL. COM., C. SAINT-ALARY-HOUIN et M.-H. MONSERIE-BON, fasc. 2502, (Nullités de droit et nullités facultatives), n° 88.

¹⁷⁹⁶ P.- M LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action 2008/2009, n° 653.72, p.1555.

¹⁷⁹⁷ Ancien article 2075-1 du Code civil français.

¹⁷⁹⁸ P.- M LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action 2008/2009, n° 653.72, p.1555.

¹⁷⁹⁹ E. SCHOLASTIQUE, « *Titre exécutoire et procédures collectives* », *Dr. et proc.*2005/1, p.7s. sp. n° 9.

¹⁸⁰⁰ Dans le sens exprimé, CA Douai, 8 févr. 1996, *Rev. proc. coll.* 1998, 85, n° 5, obs. p. CANET-*Contra*, invalidant l'acte de conversion intervenu en période suspecte, CA Rennes, 24 févr. 1996, *Rev. proc.* 1998, 85, n° 5, obs. P. CANET.

¹⁸⁰¹ *Loi du 26 juillet 2005, article 95.*

des paiements et en connaissance de cause ». Pour certains, et s'agissant particulièrement du cas de la saisie-attribution, cette disposition légale fait « reculer » le droit¹⁸⁰², puisque le législateur de 1991 avait voulu faire de la saisie-attribution une voie d'exécution susceptible d'échapper aux aléas de la survenance d'une procédure collective ultérieure¹⁸⁰³. Par ailleurs, pour un auteur, cette situation expose les créanciers à un sérieux risque, celui que les tribunaux tendent à déceler dans la rapidité de l'exercice des mesures d'exécution et dans le choix de saisies-attributions ou avis à tiers détenteurs, qui entraînent un effet attributif de la créance saisie, autant d'indices d'une connaissance par le saisissant de l'état de cessation des paiements¹⁸⁰⁴.

1057. Quant aux oppositions également atteintes par le jeu des nullités facultatives de la période suspecte, il faut reconnaître que la notion d' « *opposition* » semble bien vague et pourrait s'appliquer à des actes divers. Rentreraient ainsi dans ce cadre non défini légalement, l'opposition au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce ainsi que l'opposition en matière de saisie-vente sur les meubles corporels¹⁸⁰⁵. Il a par ailleurs été suggéré de placer sous le vocable « *opposition* » toutes les mesures d'exécution et les mesures conservatoires¹⁸⁰⁶. Ce vocable, en fin de compte, doit être rattaché à l'idée selon laquelle il s'agit d'empêcher la captation par un créancier des sommes destinées à être versées au débiteur¹⁸⁰⁷.

1058. En droit OHADA, les créanciers saisissants semblent mieux lotis pendant la période suspecte comprise entre la date de cessation des paiements et la date du jugement d'ouverture. En effet, à l'opposé de ce que le législateur a prévu en droit français en ce qui concerne les nullités de la période suspecte, les inopposabilités de la période suspecte édictées par les articles 68 et 69 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif ne visent ni les saisies conservatoires, ni les saisies-attributions, ni les avis à tiers détenteurs, ni les oppositions. Les seules mesures conservatoires visées par l'article 68(6°) dudit Acte uniforme au titre d'inopposabilités de droit sont les inscriptions provisoires

¹⁸⁰² A. LEINHARD, note sous nouvel article L.632-2 du Code de commerce, *code des procédures collectives commenté*, Dalloz 2008, p. 208.

¹⁸⁰³ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, Cours Dalloz, 5^e éd., 2006, n° 365.

¹⁸⁰⁴ F. VINCKEL, « *Le nouveau régime de la période suspecte dans la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 et le décret n° 2005-1677 du 26 décembre 2005 : une réforme en trompe l'œil* », *JCP E* 2006, n° 3, p.129, n° 18.

¹⁸⁰⁵ J.-P. ARRIGHI, « *Les nouveaux cas de nullités de la période suspecte* », *Gaz. Pal.* 9-10 sept. 2005, n° sp., p.9, sp. p. 15, n° 36.

¹⁸⁰⁶ P. CANET, *Rev. proc. coll.* 2005, p. 209.

¹⁸⁰⁷ P. LE CANNU, *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit- Entreprises en difficulté*, 7^e éd., n°616.

d'hypothèques judiciaires conservatoires¹⁸⁰⁸ ou de nantissements judiciaires conservatoires¹⁸⁰⁹. Il faut dès lors en déduire, en vertu du principe « *pas de nullité sans texte* », qu'en droit africain, les saisies conservatoires, les saisies-attributions, les avis à tiers détenteurs et les oppositions peuvent être pratiqués pendant la période suspecte sans que ces mesures tombent sous le coup des inopposabilités de ladite période.

1059. Une fois évacuées ces réserves liées aux nullités et inopposabilités de la période suspecte en droit français et en droit africain, se pose alors la question essentielle qui est celle de la détermination du moment où la voie d'exécution aura joué au jour du jugement d'ouverture. Autrement dit, quand peut-on considérer qu'une voie d'exécution est définitivement achevée ? La réponse à cette question varie suivant la nature de la voie d'exécution en cause. Le « point de non- retour » rendant irréversible le jeu de la saisie varie en fonction des modalités de cette dernière.

1060. En droit français et en matière de saisie-vente, l'article 52 de la loi du 9 juillet 1991 autorise le débiteur à solliciter du créancier l'autorisation de vendre à l'amiable le bien saisi. Lorsque l'accord est donné par le créancier, il y a consignation par l'acquéreur du prix entre les mains de l'huissier et c'est cette consignation qui opère transfert de propriété et délivrance des biens. La situation est quasiment la même en droit africain où l'article 115 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution permet au débiteur de vendre à l'amiable les biens saisis pour en affecter le prix au paiement du prix. Comme c'est le cas en droit français, l'article 118 du même Acte uniforme précise que la consignation du prix de la vente opère transfert de propriété et délivrance des biens. Dans les deux cas, il faut en conclure que tant que la consignation n'est pas intervenue, la saisie n'a pas joué¹⁸¹⁰, elle est inachevée. Si donc le jugement

¹⁸⁰⁸ Ces mesures sont prévues par l'article 136 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés qui énonce que « *pour sûreté de sa créance, le créancier peut être autorisé à prendre inscription provisoire d'hypothèque sur les immeubles de son débiteur en vertu d'une décision de la juridiction compétente du domicile du débiteur ou du ressort dans lequel sont situés les immeubles à saisir...* ».

¹⁸⁰⁹ Ces mesures sont prévues par l'article 71 du même Acte uniforme, lequel article dispose que « *La juridiction compétente peut autoriser un créancier à prendre une inscription de nantissement sur le fonds de commerce de son débiteur...* ».

¹⁸¹⁰ P. CANET, « *Les voies d'exécution issues de la loi du 9 juillet 1991 face au redressement et à la liquidation judiciaires* », *Rev. proc. coll.* 1995, p. 272.

d'ouverture est prononcé avant la consignation du prix, la saisie-vente se heurtera inéluctablement à la règle de l'arrêt des voies d'exécution.

1061. A défaut de vente amiable, la vente devient une vente forcée aux enchères publiques. Dans ce cas, la procédure de saisie-vente ne s'achève que par la vente des biens saisis qui fait sortir ces biens du patrimoine du débiteur¹⁸¹¹. Le principe est valable aussi bien pour le droit français que pour le droit africain en vertu des articles 110 à 116 du décret du 31 juillet 1992 et 120 à 127 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Par un arrêt rendu le 19 mai 1998¹⁸¹² par la deuxième chambre civile, la Cour de cassation française a consacré la position selon laquelle, la procédure de saisie-vente s'achève par la vente des biens saisis qui fait sortir ces biens du patrimoine du débiteur. C'est donc la vente effective des biens qui marque le terme de la procédure de saisie-vente. Il en résulte en droit français et en droit africain que, si le jugement d'ouverture intervient avant la vente effective des biens, la saisie-vente sera paralysée par la règle de l'arrêt des voies d'exécution parce qu'elle sera considérée comme inachevée.

1062. En matière de saisies conservatoires¹⁸¹³ telles qu'en vigueur dans le droit français et dans l'espace OHADA, la saisie conservatoire des biens mobiliers corporels doit être considérée comme achevée à la suite de sa conversion en saisie-vente au jour du jugement d'ouverture. De même, la saisie conservatoire des créances doit être considérée comme achevée si au jour du jugement d'ouverture, elle est convertie en saisie-attribution. Si donc, le créancier saisissant n'a pas procédé à la conversion suivant les formes appropriées au jour du jugement d'ouverture, il n'est plus fondé à le faire après ledit jugement. La saisie conservatoire sera considérée comme inachevée et se heurtera en conséquence à la règle de l'arrêt des voies d'exécution.

1063. S'agissant particulièrement de la saisie conservatoire des créances, dans un arrêt rendu le 4 janvier 2000¹⁸¹⁴, la chambre commerciale de la Cour de cassation a

¹⁸¹¹ M. DONNIER et J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec, 7^e éd., n° 808, p. 305.

¹⁸¹² Civ. 2^e, 19 mai 1998, n° 96-12.944 et 93-13.268, *Bull. civ.* II, n° 161 ; JCP E 1998, chron. 1356, n°1-c-2, obs. M. CABRILLAC ; *Rev. proc. coll.* 1999, 109, n° 21, obs. P. CANET ; *D.* 1998, p. 405, concl. P. TATU

¹⁸¹³ *Supra*, n°1032.

¹⁸¹⁴ *Com.*, 4 janv. 2000, *procédures*, mars 2000, comm., p. 59, obs. R. PERROT.

donné la solution suivante : « *Une saisie conservatoire signifiée au tiers saisi avant la date de cessation des paiements qui n'a pas été convertie en saisie-attribution avant la date du jugement d'ouverture n'emporte plus, dès lors, affectation spéciale et privilège au profit du créancier saisissant* ».

1064. Il découle de cette solution que, non seulement toute conversion en saisie-attribution devient impossible après le jugement d'ouverture, mais le créancier saisissant va jusqu'à perdre le privilège attaché à l'affectation spéciale, privilège prévu dans le cadre de la procédure de saisie conservatoire par l'article 75 de la loi du 9 juillet 1991 en droit français et 57 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Même du fait de la rétroactivité du jugement d'ouverture à zéro heure de sa date, la conversion effectuée le jour du jugement d'ouverture est réputée intervenue après ledit jugement et est donc inefficace¹⁸¹⁵. De nombreuses décisions postérieures sont venues consolider ces solutions françaises¹⁸¹⁶ qui ont toute leur place dans le contexte africain.

1065. En droit africain et en droit français, la saisie-attribution produit un effet attributif immédiat au profit du saisissant à concurrence de la créance saisie disponible entre les mains du tiers. La solution résulte en droit africain des dispositions de l'article 154, alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution aux termes desquelles, « *l'acte de saisie emporte, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée ainsi que tous les accessoires...attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie, disponible entre les mains des tiers* ». En droit français, l'alinéa 1 de l'article 43 de la loi du 9 juillet 1991 énonce pareillement que « *l'acte de saisie emporte...attribution immédiate au profit du saisissant...* ».

1066. Cet effet attributif immédiat produit par la saisie-attribution ne peut cependant jouer que s'il est réalisé au jour du jugement d'ouverture. A défaut, il se heurtera à la règle de l'arrêt des voies d'exécution parce que la saisie sera considérée comme inachevée. La loi française du 9 juillet 1991 précise d'ailleurs cette situation au

¹⁸¹⁵ CA Montpellier, 2^e ch. B, 20 avr. 2004, *RTD com.* 2005/4, p. 846, n° 5, obs. A. MARTIN-SERF.

¹⁸¹⁶ V. notamment, Civ., 2^e, 20 oct. 2005, n° 04-10.870, *Bull. civ.* II, n° 267, n° 1589 F-P+B; D. 2005, AJ p. 2805, obs. A. LIENHARD; Civ. 2^e, 14 sept. 2006, n° 05-16.584, *Bull. civ.* II, n° 227, n° 1358 FS-P+B; *Act. proc. coll.* 2006/17, n° 212, note J. VALLASSAN.

travers de l'alinéa 2 de l'article 43 qui énonce que « *la survenance d'un jugement portant ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire ne remet pas en cause cette attribution* ». En droit africain, même en l'absence d'une telle précision par l'article 154 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, la solution est une solution de bon sens. En effet, aux termes des dispositions des articles 9 et 75 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, ne sont suspendues ou interdites à compter du jugement d'ouverture que les voies d'exécution inachevées ou non encore entamées. La jurisprudence française en a déduit que si le tiers saisi (qui, en raison de l'effet attributif immédiat de la saisie-attribution devient le débiteur du créancier saisissant), fait l'objet d'une procédure collective avant que le paiement n'ait été effectué au créancier saisissant, la règle de l'arrêt des poursuites individuelles et celle de l'interdiction des paiements de créances antérieures après jugement d'ouverture paralyseront la possibilité pour ce dernier d'obtenir satisfaction¹⁸¹⁷.

1067. Par ailleurs, si le délai de contestation de la saisie-attribution ouvert au débiteur n'est pas expiré au jour du jugement d'ouverture, la saisie ne sera pas considérée comme close. Dans ce cas, la dénonciation faite avant le jugement d'ouverture sera insuffisante et une nouvelle dénonciation à l'organe compétent (administrateur judiciaire ou liquidateur en droit français et syndic en droit africain) s'imposera¹⁸¹⁸. Ainsi par exemple, en droit africain, tant que Court encore le délai d'un mois ouvert au débiteur pour contester la saisie-attribution¹⁸¹⁹, la survenance d'une procédure collective à l'encontre du saisi oblige le tiers saisi à payer entre les mains du syndic sans que le créancier ait à se prévaloir d'un quelconque droit de préférence sur les sommes saisies attribuées¹⁸²⁰. *A contrario*, lorsque le créancier a obtenu du greffe un certificat attestant qu'aucune contestation n'a été formée dans le mois suivant la dénonciation de la saisie ou une décision exécutoire de la juridiction

¹⁸¹⁷ Com., 11 juin 2002, n° 99-17.163, *Bull. civ.* IV, n° 106; D. 2002, AJ p. 2256, obs. A. LIENHARD; *Act. proc. coll.* 2002/13, n° 161, obs. J. VALLASSAN; *Act. proc. coll.* 2002/16, n° 204.

¹⁸¹⁸ Ph. THERY, « *L'incidence d'une procédure collective sur les procédures civiles d'exécution* », *Dr. et proc.* 2002/3, p. 140, spéc. p.144.

¹⁸¹⁹ V. Article 160 de l'AUVE.

¹⁸²⁰ En ce sens, J.-M. NYAMA, ouvrage précité, n° 67, p. 137.

compétente rejetant la contestation du débiteur¹⁸²¹, l'acte de saisie emporte au profit du créancier saisissant attribution exclusive des sommes saisies.

1068. Il convient de relever une difficulté apparue en jurisprudence et relative à l'efficacité de la saisie-attribution signifiée avant le jugement d'ouverture. Fallait-il limiter cette efficacité aux seules créances échues à cette date ou fallait-il l'étendre aux créances échues après jugement d'ouverture ? La question s'est notamment posée en matière de créances successives à l'exemple des loyers échus. La question était d'autant pertinente que les textes français en matière de voies d'exécution admettent la possibilité de pratiquer une saisie-attribution sur des créances à exécutions successives¹⁸²². La réponse à cette question a divisé un moment la chambre commerciale de la Cour de cassation française et la deuxième chambre civile. La chambre mixte de ladite Cour a finalement tranché en déclarant que « *la saisie-attribution d'une créance à exécution successive pratiquée à l'encontre de son titulaire avant la survenance d'un jugement portant ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire de celui-ci, poursuit ses effets sur les sommes échues en vertu de cette créance, après ledit jugement* »¹⁸²³. Cette solution est du reste conforme à l'avis émis le 16 décembre 1994¹⁸²⁴ par la Haute juridiction à la requête du Tribunal de Grande Instance de Lyon.

1069. Il résulte ainsi de cette solution jurisprudentielle française qu'en matière de créances à exécution successive, les créanciers de la faillite n'ont aucun droit de regard sur les créances échues postérieurement au jugement d'ouverture. Le législateur communautaire africain n'a pas légiféré sur la possibilité de pratiquer une saisie-attribution sur des créances à exécutions successives. Rien ne semble cependant s'opposer à ce que les juges africains, confrontés à la même problématique, adoptent la position dégagée par la Cour de cassation française sur cette question. Cette solution, bien que favorable aux créanciers saisissants titulaires de créances à exécution successive qui ont recours à la saisie-attribution pour le recouvrement de leurs créances, présente néanmoins l'inconvénient de porter atteinte au principe de

¹⁸²¹ V. article 164 d e l'AUVE.

¹⁸²² V. articles 13, alinéa 2 de la loi du 9 juillet 1991 et 69 du décret du 31 juillet 1992.

¹⁸²³ Mixte 22 nov. 2002, n° 99-13.935 ; *Bull. Mixte* n° 7 ; D. 2003, p.445, note C. LARROUMET ; JCP G 2003, II, 10033, note D. HOUTCIEFF ; *Act. proc. coll.* 2002/20, n° 262, obs. C. REGNAUT-MOUTIER ; D. 2002, AJ p. 3270, obs. A. LIENHARD.

¹⁸²⁴ JCP G 1995, II, 22409, note GRAFMEYER ; éd. E, n° 686, note R. MARTIN ; D. 1995, J, 166, note F. DERRIDA ; *Gaz. Pal.* 1995, 1, 188, note MASSONI ; *RTD civ.* 1995, p.968, obs. R. PERROT.

l'égalité entre créanciers et est susceptible de compromettre le redressement de l'entreprise par la diminution de ses actifs. Mais, encore faut-il qu'il y ait véritablement créance à exécution successive car, s'il s'agit de créances distinctes nées les unes avant le jugement ouvrant la procédure collective et les autres après ce jugement, la saisie-attribution ne peut concerner celles de la seconde catégorie qui constituent le gage des créanciers de la faillite comme ont eu à le reconnaître à juste titre les juges français¹⁸²⁵.

1070. Le problème de l'inachèvement de l'avis à tiers détenteur au jour du jugement d'ouverture se pose dans les mêmes termes qu'en matière de saisie-attribution puisque, selon un auteur, l'avis à tiers détenteur n'est rien d'autre qu'une saisie-attribution à l'usage exclusif du fisc¹⁸²⁶. Ainsi, dès notification de l'avis à tiers détenteur, celui-ci joue et produit un effet d'attribution immédiate au créancier saisissant¹⁸²⁷. En droit français, avant la réforme des voies d'exécution, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait limité l'efficacité de l'avis à tiers détenteur aux seules créances existant au jour où il est notifié, peu important en revanche qu'elles soient exigibles¹⁸²⁸. Il en découlait que l'avis à tiers détenteur délivré avant jugement d'ouverture ne pouvait frapper les créances de loyer après le jugement d'ouverture¹⁸²⁹. Suite à l'arrêt de la chambre mixte du 22 novembre 2002¹⁸³⁰ à propos de la saisie-attribution portant sur des créances à exécution successive, cette solution a été abandonnée¹⁸³¹ par souci d'alignement sur la solution dégagée par ladite chambre.

1071. En dépit de certaines situations favorables issues notamment des droits acquis au jour jugement d'ouverture, il ne fait aucun doute que la règle de l'arrêt des voies d'exécution, nonobstant la pertinence de son fondement, constitue un obstacle certain à la préservation des droits des créanciers antérieurs au jugement d'ouverture en droit français et en droit de l'OHADA. Le même sort n'est pas réservé aux créanciers

¹⁸²⁵ CA Angers, 13 févr. 1996, *Juris-Data* n° 042443.

¹⁸²⁶P.- M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action 2008/2009, n° 622.53, p.1451.

¹⁸²⁷ Com., 14 nov. 2000, n° 97-19.798, *Act. proc. coll.* 2001/1, n° 6; *RJDA* 2001/2, n° 188.

¹⁸²⁸ Com., 29 oct. 1995, *Rev. proc. coll.* 1996, 63, n° 3, obs. P. CANET.

¹⁸²⁹ Com., 3 nov. 1988, n° 85-18.275, *Bull. civ. IV*, n° 282; *JCP E* 1989, 18054.

¹⁸³⁰ *Supra*, n°1068.

¹⁸³¹ Com., 8 juill. 2003, n° 00-13.309, *Bull. civ. IV*, n° 132; *D.* 2003, *AJ* p. 2094, obs. A. LIENHARD.

postérieurs au jugement d'ouverture qui, somme toute, disposent d'une relative liberté des poursuites.

PARAGRAPHE 2 : LA RELATIVE LIBERTÉ DES POURSUITES DES CRÉANCIERS POSTÉRIEURS

1072. En droit français, le nouvel article L.622-17-I du Code de commerce issu de l'article 2 de l'ordonnance du 18 décembre 2008 applicable aussi bien en matière de sauvegarde qu'en matière de redressement judiciaire énonce que ne bénéficieront du traitement préférentiel que les seules créances nées « *pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période* ».

1073. S'agissant de la procédure de liquidation judiciaire, le nouvel article L.641-13-I du Code de commerce issu de l'article 107 de l'ordonnance du 18 décembre 2008 énonce pour sa part que « *ne sont payés à leur échéance les créances nées régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation pour les besoins du déroulement de la procédure ou du maintien provisoire de l'activité autorisé en application de l'article L 641-10 ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant le maintien de l'activité. En cas de prononcé de la liquidation judiciaire, sont également payés à leur échéance, les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture de sauvegarde ou de redressement judiciaire mentionnés au I de l'article L. 622-17* ».

1074. En droit de l'OHADA, la première catégorie des créanciers postérieurs est constituée des créanciers dont les créances sont nées de l'exécution des contrats en Cours. Il résulte des dispositions de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif que, mises à part les hypothèses liées aux contrats conclus en considération de la personne du débiteur et à ceux prévus expressément par la loi de chaque Etat Partie, « *la cessation des paiements déclarée par décision de justice n'est pas une cause de résolution et toute clause de résolution*

pour un tel motif est réputée non écrite »¹⁸³². La décision de poursuivre les contrats en Cours relève, en principe, de la seule volonté du syndic à charge pour lui de fournir la prestation promise à l'autre partie¹⁸³³. Si cette dernière s'exécute sans avoir reçu la prestation promise, elle devient créancière de la masse¹⁸³⁴. Cependant, en vue de pallier à toute inertie éventuelle préjudiciable aux intérêts du cocontractant, la loi lui donne la possibilité de mettre en demeure le syndic d'avoir à s'exécuter dans un délai de trente jours, sous peine de résolution, de plein droit, du contrat¹⁸³⁵ et, le cas échéant, de paiement de dommages-intérêts¹⁸³⁶.

1075. La seconde catégorie est constituée des créanciers dont les créances sont nées de l'exécution des nouveaux contrats conclus en cas de continuation de l'activité. En effet, la survenance d'une procédure collective ne met pas fin *ipso facto* à toute activité du débiteur. L'activité peut être continuée tant en situation de redressement judiciaire qu'en situation de liquidation des biens¹⁸³⁷. Dans l'hypothèse d'un redressement judiciaire, l'activité est continuée avec l'assistance du syndic pour une durée indéterminée, sauf décision contraire du juge-commissaire¹⁸³⁸. En cas de liquidation des biens, la continuation de l'activité ne peut être expressément autorisée par la juridiction compétente que pour les besoins de liquidation et dans la seule mesure où cette continuation ne met pas en péril l'intérêt public ou celui des créanciers¹⁸³⁹. La continuation de l'activité ou de l'exploitation ne peut alors excéder une durée de trois mois sauf renouvellement une ou plusieurs fois¹⁸⁴⁰. La continuation de l'activité donne lieu inévitablement à la conclusion de nouveaux contrats et, partant, à la naissance de nouveaux créanciers qui vont exercer leurs droits contre la masse. Ainsi, à l'exception des dettes nées de l'exploitation du locataire-gérant qui restent exclusivement à la charge de ce dernier sans solidarité avec le propriétaire du fonds, « *toutes les dettes nées régulièrement, après la décision d'ouverture, de la*

¹⁸³² Acte uniforme portant organisation des procédures collectives du passif, article 107.

¹⁸³³ Ibid., article 108, alinéa 1.

¹⁸³⁴ Ibid., article 108, alinéa 2.

¹⁸³⁵ Ibid., article 108, alinéa 3.

¹⁸³⁶ Ibid., article 109, alinéa 1.

¹⁸³⁷ La poursuite de l'activité peut, dans certains cas, prendre la forme d'une location-gérance autorisée par la juridiction compétente à la demande du représentant du Ministère public, du syndic, ou d'un contrôleur lorsque la disparition ou la cessation d'activité, même provisoire, de l'entreprise est de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale, régionale ou locale dans la production et la distribution de biens et de services.

¹⁸³⁸ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 112, alinéa 1.

¹⁸³⁹ Ibid., article 113, alinéa 1.

¹⁸⁴⁰ Ibid., article 113, alinéa 3.

continuation de l'activité et de toute activité régulière du débiteur ou du syndic, sont des créances contre la masse »¹⁸⁴¹.

1076. De la sorte, en droit français et en droit africain, les créanciers postérieurs, parce que bénéficiant d'un traitement préférentiel et échappant aux contraintes de la discipline collective, doivent être payés au fur et à mesure que leurs créances arrivent à échéance. La conséquence du droit ainsi reconnu aux créanciers postérieurs de se faire payer à l'échéance est la possibilité pour ces derniers de recourir aux poursuites individuelles et aux voies d'exécution pour faire valoir leurs droits. En cela, ils jouissent incontestablement d'une liberté qui n'est pas reconnue aux créanciers antérieurs. Si cette liberté des poursuites est consacrée (A), force est de reconnaître qu'elle est malmenée à biens des égards (B).

A. UNE LIBERTÉ CONSACRÉE

1077. L'attribution d'un traitement préférentiel aux créanciers postérieurs obéit à des « *critères téléologiques* »¹⁸⁴². En effet, le traitement de faveur réservé à ces créanciers n'a de sens que pour autant qu'il contribue à la poursuite de l'activité de l'entreprise après le jugement d'ouverture¹⁸⁴³. Le traitement préférentiel ainsi accordé aux créanciers postérieurs, participe de ce qui a été qualifié de « *privilèges de la procédure collective* »¹⁸⁴⁴. A ce propos, il y a lieu de rappeler qu'en droit français, avant la loi du 26 juillet 2005, pour bénéficier du régime de faveur institué par l'ancien article L.621-32 du Code commerce, une créance devait être née régulièrement après le jugement d'ouverture en cas de continuation de l'activité¹⁸⁴⁵. Or, la plupart des créances postérieures naissant régulièrement après le jugement d'ouverture, le critère était essentiellement chronologique et il en résultait « *une dilution de la priorité de paiement qui perd en efficacité ce qu'elle gagne en fréquence* »¹⁸⁴⁶. Suite aux critiques de la doctrine et même de la Cour de cassation, le

¹⁸⁴¹ Ibid., article 117.

¹⁸⁴² P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action 2008/2009, n° 453, p. 767.

¹⁸⁴³ A cet égard, la Cour de cassation française, dans son rapport annuel pour 2002, a indiqué que « *il serait plus favorable au redressement des entreprises que seules les créances nécessaires à la poursuite de l'activité après le jugement d'ouverture bénéficient d'un tel traitement de faveur* », v. Cour de cassation, rapport pour 2002, p.30.

¹⁸⁴⁴ M. CABRILLAC, ch. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, Litec, 8^e éd. 2007 n°653.

¹⁸⁴⁵ Ph. ROUSSEL GALLE, « *Les privilèges de procédure* », Cahiers de droit de l'entreprise, n°4, juillet-août 2009, p.43.

¹⁸⁴⁶ F. PEROCHON, « *Le sort des créances postérieures* », In La réforme des procédures collectives, colloque CRAJEFE, Nice, 27 mars 2004, les Petites Affiches, 10 juin 2004, p.16, spéc. n°1.

législateur a ajouté aux critères chronologiques des critères téléologiques conduisant à opérer un tri sélectif parmi les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture¹⁸⁴⁷. Le principe a été repris par l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui a cependant précisé et simplifié les critères téléologiques.

1078. Ce traitement de faveur conduit à la non application de la règle de l'interdiction des poursuites individuelles à l'encontre des créanciers postérieurs. Ceux-ci peuvent recourir à la justice en vue d'obtenir un titre exécutoire lorsqu'ils ne sont pas payés à échéance. Le droit d'être payé à l'échéance est en effet indissociable du droit d'exercer des poursuites, toute chose qui justifie la non application du principe de l'interdiction des poursuites au risque de privilégier « *le prix de la Course* » entre les créanciers postérieurs¹⁸⁴⁸. Corrélativement, les créanciers postérieurs ont le droit d'exécuter les décisions de justice rendues en leur faveur en recourant à toutes les voies d'exécution prévues par la loi.

1079. Ainsi, en droit de l'OHADA, si, en application des dispositions de l'article 108, alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif et dans le cadre de la continuation des contrats en Cours, le syndic ne paie pas au comptant¹⁸⁴⁹ les prestations fournies au débiteur par le cocontractant, ce dernier, en sa qualité de créancier est fondé non seulement à obtenir un titre exécutoire, mais également à pratiquer toutes les saisies indiquées. En effet, dans ce contexte, les créanciers postérieurs priment tous les créanciers dans la masse. Leurs prestations ont profité à la masse qui est engagée à travers son représentant exclusif qu'est le syndic.

1080. Le droit ainsi reconnu aux créanciers postérieurs de pratiquer exceptionnellement des saisies sur les biens du débiteur, constitue, en réalité une sanction du droit au paiement à l'échéance. Bien que des divergences soient apparues

¹⁸⁴⁷ Ph. ROUSSEL GALLE, « *Les privilèges de procédure* », précité, p.43.

¹⁸⁴⁸ Ph. ROUSSEL GALLE, précité.

¹⁸⁴⁹ Il faut cependant préciser que le paiement au comptant ne peut se concevoir que pour les contrats dont les obligations naissent instantanément tels notamment les contrats de vente. Il ne saurait se concevoir pour les contrats donnant successivement naissance à des obligations, tel le bail pour lequel, la règle du paiement à l'échéance devrait jouer. En effet, le paiement ne peut intervenir avant naissance de l'obligation.

en jurisprudence¹⁸⁵⁰, le droit d'être payé à l'échéance ouvre, en conséquence, le droit de pratiquer toute saisie. Cela peut certes paraître préjudiciable au redressement de l'entreprise. Mais pour certains, le paiement des créanciers postérieurs bénéficiant du traitement préférentiel est prioritaire au redressement de l'entreprise, celle-ci ne pouvant espérer se redresser si elle n'est pas capable de payer son passif postérieur couvert par le traitement préférentiel¹⁸⁵¹. Par ailleurs, dans le cadre de la poursuite de l'activité, il faut rassurer les partenaires de l'entreprise. Celle-ci doit se procurer du crédit et sa survie serait compromise si ses partenaires tels notamment les banques et les fournisseurs, venaient à douter de sa solvabilité.

1081. Le droit reconnu aux créanciers saisissants pour le recouvrement forcé des créances postérieures au jugement d'ouverture est indépendant de l'ordre dans lequel s'exercent les privilèges. Il ne s'agit pas en effet de savoir si le créancier postérieur prime ou non sur tel ou tel autre créancier. Sur cette question, la Cour de cassation française a jugé que l'ordre de paiement établi par la loi¹⁸⁵² ne vise qu'à « *départager les créanciers qui viendraient en concours au même moment* »¹⁸⁵³. Certains juges du fond ont résisté à ce principe en affirmant parfois que les saisies doivent faire l'objet d'une mainlevée lorsqu'elles portent sur un actif prioritairement affecté aux créances privilégiées¹⁸⁵⁴. Cette solution a été censurée par la Cour de cassation¹⁸⁵⁵.

1082. Il faut en déduire que le classement pouvant exister entre créanciers ne saurait tenir en échec l'effet attributif immédiat d'une saisie-attribution ou d'un avis à tiers détenteur. De manière générale, toutes les saisies de meubles corporels ou incorporels, les saisies conservatoires ainsi que les saisies immobilières peuvent être pratiquées indépendamment de l'ordre de classement des créanciers postérieurs. En

¹⁸⁵⁰ En ce sens, CA Poitiers, 8 mars 1995, *D.* 1996, p.256, note DERRIDA ; CA Dijon, 6 juin, 1995, *Rev. proc. coll.* 1996, 346, obs. P. CANET ; CA Toulouse, 27 févr.1996, *Rev. proc. coll.*1996, 346, obs. P. CANET-Contra CA Montpellier, 2è ch. A, 2 mai 1995, *Rev. proc. coll.* 1996, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN; CA Douai, 9 nov. 1995, *Rev. proc. coll.* 1996, 64, obs. P. CANET.

¹⁸⁵¹ P.- M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action 2008/2009, n°455.43, p. 778.

¹⁸⁵² Il faut rappeler que l'article L.622-17 du Code de commerce, après avoir posé le principe selon lequel les créances postérieures bénéficiant du traitement préférentiel sont payées à l'échéance et, à défaut, par privilège avant toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou de sûretés (à l'exception des créances y spécifiées), précise au III que le paiement se fait suivant un ordre qu'il énonce en fonction de la qualité de chaque créance. Ainsi, le paiement se fait dans l'ordre suivant : les créances de salaires dont le montant n'a pas été avancé en application des articles L.143-11 à L.143-11-3 du code de travail, les frais de justice, les prêts consentis ainsi que les créances résultant de l'exécution des contrats poursuivis conformément aux dispositions de l'article L.622-17 et dont le cocontractant accepte de recevoir un paiement différé, les sommes dont le montant a été avancé en application du 3° de l'article L. 143-11-1 du Code du travail, les autres créances selon leur rang.

¹⁸⁵³ Com., 13 mai 2003, n° 98-22.741, Bull. civ. IV, n° 72.

¹⁸⁵⁴ CA Versailles, 16è ch., 28 oct. 2004, RG n° O3/O8469.

¹⁸⁵⁵ Com., 7 mars 2006, n° 04-20.106, Gaz.proc. coll. 2006/3, p. 24, obs. L.-C. Henry.

droit de l'OHADA et, contrairement au droit français, le législateur n'a pas prévu un ordre de classement des créanciers postérieurs¹⁸⁵⁶. Les juges n'ont donc pas à statuer sur d'éventuels conflits qui pourraient opposer les créanciers saisissants à d'autres créanciers postérieurs privilégiés.

1083. La liberté ainsi reconnue aux créanciers postérieurs de pratiquer les voies d'exécution appropriées pour le recouvrement de leurs créances ne va pas sans problèmes. En effet, la jurisprudence, consciente sans doute de l'anarchie que pourrait engendrer une liberté totale des poursuites est venue encadrer les voies d'exécution des créanciers postérieurs à telle enseigne qu'il n'est pas exagéré de conclure en définitive à une liberté malmenée.

B. UNE LIBERTÉ MALMENÉE

1084. La liberté d'exercice des voies d'exécution reconnue aux créanciers postérieurs est restreinte à plus d'un titre. Ces restrictions s'articulent notamment autour des questions liées respectivement à la discrimination entre les créanciers postérieurs, à la qualité discutée de tiers saisi et au domaine circonscrit des saisies.

1085. En droit de l'OHADA, certains créanciers dits « *hors la masse* »¹⁸⁵⁷ dont les droits, nés après jugement d'ouverture, l'ont été au mépris du dessaisissement, sont concernés par cette situation. En effet, à partir du jugement d'ouverture, il devient impossible pour le débiteur de conclure des actes de disposition ou même de simples actes d'administration opposables aux créanciers. En cas de redressement judiciaire, le débiteur, pour passer un acte valable, doit être assisté du syndic¹⁸⁵⁸. En cas de liquidation des biens, l'acte doit être passé avec le seul syndic¹⁸⁵⁹. Dès lors, si de

¹⁸⁵⁶ Cette situation est d'ailleurs déplorée par P.G. POUGOUE et Y. KALIEU (Cf. *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, précité, n° 187, p. 64.) qui estiment qu'en l'absence d'un tel ordre, le droit de priorité des créanciers postérieurs est susceptible de se heurter à la clause de réserve de propriété ou au droit de rétention, ou être inefficace lorsque les fonds sont insuffisants. Ces auteurs préconisent en conséquence qu'un ordre de priorité soit établi entre les créanciers postérieurs et, à défaut de disposition particulière, ils préconisent l'application de l'ordre de préférence de droit commun prévu aux articles 166 et 167 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

¹⁸⁵⁷ V. F.M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, Bruylant Bruxelles, Collection Droit uniforme africain, 2002, n° 261, p.252.

¹⁸⁵⁸ Aux termes des dispositions de l'article 52, alinéa 1 de l'AUPC, « *la décision qui prononce le redressement judiciaire emporte, de plein droit, à partir de sa date...assistance obligatoire du débiteur pour tous les actes concernant l'administration et la disposition de ses biens, sous peine d'inopposabilité de ces actes* ».

¹⁸⁵⁹ Aux termes des dispositions de l'article 53, alinéa 2 du même acte, « *la décision qui prononce la liquidation des biens emporte, de plein droit, à partir de sa date et jusqu'à la clôture de la procédure, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la*

nouveaux contrats ont été conclus dans le cadre de la continuation de l'activité avec le débiteur, le recouvrement des créances issues de ces contrats posera problème. Ces créances étant inopposables à la masse du fait de la violation du principe de dessaisissement, les créanciers ne seront pas fondés à exercer leurs droits sur le patrimoine du débiteur tant que dure la procédure. Ils ne pourront en conséquence ni obtenir des titres exécutoires, ni exercer des voies d'exécution sur le patrimoine du débiteur.

1086. La situation est la même en droit français pour les créances nées après jugement d'ouverture et ne bénéficiant pas du traitement préférentiel. Il s'agit d'abord des créances postérieures nées régulièrement mais ne remplissant pas certains critères, c'est-à-dire, des créances non mentionnées au I de l'article L.622-17¹⁸⁶⁰. Ces créances qui ne peuvent être payées à l'échéance sont confrontées à la règle de l'arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution et sont par ailleurs assimilées à des créances antérieures. Même les créances liées aux besoins de la vie Courante lesquelles, bien que non éligibles au traitement préférentiel, ne sont pas traitées comme des créances antérieures en ce sens que, par la volonté du législateur, elles échappent à la règle de l'interdiction des paiements en application des dispositions de l'article L.622-7 du Code de commerce ne peuvent donner lieu, pour leur recouvrement, à la mise en œuvre des voies d'exécution¹⁸⁶¹.

1087. Il s'agit ensuite des créances postérieures nées irrégulièrement. Ces créances ne peuvent être payées à l'échéance dès lors que, l'article L.622-7 du Code de commerce issu de la loi de la loi de sauvegarde des entreprises, qui pose la règle de l'interdiction des paiements, interdit de payer toute créance postérieure ne bénéficiant pas du traitement réservé aux créances postérieures par l'article L.622-17 dudit Code. De même, en application des dispositions de l'article L.622-21-II du Code de Commerce, aucune voie d'exécution ne peut être engagée tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur en recouvrement forcé de ses créances.

disposition de ses biens présents et de ceux qu'il peut acquérir à quelque titre que ce soit, sous peine d'inopposabilité de tels actes, sauf s'il s'agit d'actes conservatoires ».

¹⁸⁶⁰ Supra, n°1072.

¹⁸⁶¹ En ce sens, Ph. PETEL, « Les créanciers postérieurs », *Rev. pro. coll.* 2006/2, p. 142s, sp. p.146, n° 27.

1088. La qualité discutée de tiers saisi peut également constituer une autre entrave à la liberté des poursuites des créanciers postérieurs. L'objectif pour les créanciers saisissants étant de s'appropriier le produit des réalisations intervenues dans les procédures collectives, pour que la poursuite soit efficace, il faut qu'il existe un tiers saisi qui soit débiteur et à qui on puisse notifier la saisie. Or, la question s'est posée de savoir si le mandataire de justice peut avoir la qualité de tiers saisi. Est tiers par rapport à un acte juridique, celui qui n'est pas partie à cet acte. Dans la saisie-attribution, le tiers saisi doit être extérieur au rapport de droit existant entre le créancier saisissant et le débiteur saisi¹⁸⁶². A propos de la saisie-arrêt d'antan qui occupait la place actuelle de la saisie-attribution, la doctrine française avait adopté le critère du pouvoir propre appartenant au tiers sur les fonds qu'il détient, quand bien même il les détiendrait pour le compte d'autrui¹⁸⁶³ et la jurisprudence s'était rangée à cet avis¹⁸⁶⁴. Selon ce critère, la qualité de tiers saisi est liée à l'impossibilité par le débiteur de se mettre en possession de ce qui lui est dû sans recourir à une action en justice.

1089. Il s'est ainsi posé en droit français la question de savoir si un liquidateur judiciaire peut ou non jouer le rôle de tiers saisi dans une saisie-attribution dirigée contre un débiteur en état de liquidation judiciaire. La difficulté dans cette hypothèse tient au fait que, d'une part, le liquidateur détient des biens du saisi qu'il est chargé de réaliser et, d'autre part, il est en même temps le représentant de celui-ci. Cette difficulté existe également en droit de l'OHADA où le syndic, auxiliaire unique et polyvalent représente d'abord la masse des créanciers et ensuite le débiteur en cas de liquidation des biens ou l'assiste en cas de redressement judiciaire. Peut-il, dans ces conditions, être un tiers, et donc jouer le rôle de tiers saisi, dans une procédure de saisie-attribution ou d'avis à tiers détenteur visant le débiteur saisi ? La question a embarrassé la Cour de cassation française.

1090. Dans un premier temps, la chambre commerciale de cette haute juridiction avait énoncé que le liquidateur, en dépit de sa fonction de représentation, pouvait être

¹⁸⁶² M. DONNIER et J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec, 7^e éd., n° 881, p.331.

¹⁸⁶³ V. par exemple, RAYNAUD, obs. *RTD civ.* 1955, p.716 ; 1956, p. 198, 1970, p.828.

¹⁸⁶⁴ Cass. 1^{ère}, civ., 20 juill. 1965, D. 1965, 2, 642, obs. A.B. pour un avoué de 1^{ère} instance – Cass. 2^e civ., 16 févr. 1978, JCP G 1979, II, 19005, note STEMMER et BOST pour un notaire.

tiers saisi¹⁸⁶⁵. Par la suite, dans un arrêt en date du 3 février 1998, cette même chambre commerciale a paru exclure cette solution en considérant que « *le liquidateur ne détient pas en son nom personnel, mais en qualité d'organe de la procédure les sommes d'argent appartenant au débiteur, qui lui sont remises dans l'exercice de ses fonctions* ». Il ressortait de cette décision que le liquidateur ne pouvait être destinataire d'une saisie-arrêt ou d'un avis à tiers détenteur. Ce motif vaudrait pareillement pour le commissaire à l'exécution du plan quand il détient sur son compte de dépôt puis distribue le prix de cession des biens de l'entreprise ou des biens non compris dans le plan de cession¹⁸⁶⁶.

1091. Dans deux arrêts du 5 mai et du 8 décembre 1998¹⁸⁶⁷, la même chambre a paru de nouveau changer de position en faisant état de la qualité de tiers saisi du liquidateur judiciaire. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt rendu le 5 avril 2001¹⁸⁶⁸, a ramené la clarté sur cette question en affirmant que « *le liquidateur est habilité à recevoir l'acte par lequel lui est, à la fois, signifiée la saisie-attribution en sa qualité de tiers saisi et lui est dénoncée ladite saisie en sa qualité de représentant des créanciers* », ce qui implique en conséquence que le liquidateur peut être tiers saisi. La même solution a été adoptée par la chambre commerciale dans deux arrêts rendus les 4 mars et 13 mai 2003¹⁸⁶⁹, ce dernier arrêt concernant un avis à tiers détenteur. La qualité de tiers saisi du liquidateur paraît donc désormais bien établie en droit français.

1092. *Mutatis mutandis*, en droit africain, le syndic représentant le débiteur en cas de liquidation des biens peut avoir la qualité de tiers saisi dans une procédure de saisie-attribution ou celle de tiers détenteur dans le cadre de l'avis à tiers détenteur. De plus, en tant que représentant des créanciers dans le cadre de la liquidation des biens, la dénonciation de la saisie doit lui être faite pour lui permettre de veiller au respect de l'ordre des paiements tel qu'édicté aux articles 166 et 167 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif¹⁸⁷⁰. Dans le cadre du

¹⁸⁶⁵ Cass. com., 25 juin 1996, D. 1996, p. 615, note F. DERRIDA.

¹⁸⁶⁶ SENECHAL J.-P., « *Procédures civiles d'exécution et procédures collectives* », *Les petites Affiches*, n°254 du 22 décembre 1999.

¹⁸⁶⁷ *RTD com.* 1999, p. 505, obs. A. MARTIN-SERF.

¹⁸⁶⁸ D. 2001, act. jurispr., p.1467, obs. A. LIENHARD; *Dr. et procéd.* 2001, n°5, J. 080, p.320, obs. E.. PUTMAN.

¹⁸⁶⁹ Cass. com., 4 mars 2003 ; D. 2003, act. jurispr., p.907, obs. A. LIENHARD-13 mai 2003, *procédures* 2003, n° 7, comm. 168, p.11.

¹⁸⁷⁰ En ce sens, J. GATSI, « *L'avis à tiers détenteur dans le nouveau droit des affaires de l'OHADA* » in *L'effectivité du droit de l'OHADA*, collection droit uniforme, PUA, n° 88, p.123.

recouvrement forcé des créances postérieures en période de redressement judiciaire, pour être efficace, la saisie doit être dénoncée au débiteur assisté du syndic ou au syndic seul si ce dernier détient les fonds susceptibles d'être appréhendés.

1093. Toutefois, il semble bien que, pour que la saisie-attribution ou l'avis à tiers détenteur prospèrent, il faut que la saisie n'ait pas été dirigée contre l'organe à titre personnel mais plutôt *ès qualités*¹⁸⁷¹. En conséquence, pour la Cour de cassation française, doit être ordonnée la mainlevée de la saisie pratiquée entre les mains du liquidateur pris personnellement¹⁸⁷².

1094. Constitue enfin une entrave à la liberté des poursuites des créanciers postérieurs, la restriction du domaine des saisies. En droit français, le siège de cette restriction a d'abord été l'article 173 du décret du 27 décembre 1985 qui, avant sa modification par le décret du 21 octobre 1994, disposait qu' « aucune opposition sur les sommes versées à la Caisse des dépôts et consignations n'est recevable ». Malgré l'emploi du terme « opposition », qui se référait à l'ancienne procédure de saisie-arrêt, la Cour de cassation avait estimé que l'article 173 du décret du 27 décembre 1985 interdisait toute saisie-attribution ou avis à tiers détenteur sur les sommes versées à la caisse des dépôts et consignations¹⁸⁷³.

1095. Cette solution a, à un moment, été abandonnée à la suite d'une décision du Conseil d'Etat français déclarant illégal l'article 173 du décret du 27 décembre 1985 parce que violant ouvertement les dispositions de l'article 34 de la constitution, selon lequel, la loi détermine le régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales¹⁸⁷⁴. La Cour de cassation en a tiré la conséquence qu'il était désormais impossible d'invoquer ce texte pour s'opposer à une saisie-attribution ou à un avis à tiers détenteur portant sur les sommes déposées à la Caisse des dépôts et consignations¹⁸⁷⁵. Un nouveau rebondissement est cependant intervenu avec l'édiction

¹⁸⁷¹ P.- M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action 2008/2009, n°455.43, p. 780.

¹⁸⁷² Com., 3 févr. 1998, n°96-15.773, *Bull. civ. IV*, n° 51; *Quot. jur.* 14 avr. 1998, p.2; *JCP E* 1998, chron. 654, n° 267, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL; *Rev. proc. coll.* 1999, 111, n° 23, obs. P. CANET.

¹⁸⁷³ Cass. com., 22 avr. 1997, *D.* 1997, 2, 371, note F. DERRIDA; *RD bancaire et financier* 2000, n°162, obs. F.-X. LUCAS. Solution réaffirmée par Cass.com., 17 févr.1998, *Juris-Data* n° 000860.

¹⁸⁷⁴ CE, 9 févr. 2000, *D.* 2000, A.J., p. 136, obs. LIENHARD; *JCP* 2000, II, 10314, note H. CROZE et T. MOUSSA-Adde, sur la question, B.ROLLAND, « *La lenteur de la faillite rattrapée par la rapidité de la course, réflexions sur l'annulation de l'article 173 du décret du 27 décembre 1985* », *Les Petites Affiches*, 3 oct.2000, n°197, p.9.

¹⁸⁷⁵ Com., 26 avril 2000, n° 97-16.953, *Bull. civ.IV*, n°85; *D.* 2000, *AJ* p.247, obs. A. LEINHARD.

par l'ordonnance n° 2000-912, du 18 septembre 2000 de la partie législative du nouveau Code de Commerce. L'article L.627-1 dudit Code a en effet « ressuscité » l'article 173 du décret du 27 décembre 1985 en lui conférant valeur législative¹⁸⁷⁶. Cette valeur législative a par la suite été confirmée à la suite de la ratification de l'ordonnance du 18 septembre 2000 par la loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003. La législation de sauvegarde des entreprises a repris, en partie législative, la disposition emportant insaisissabilité des sommes déposées à la Caisse des dépôts et consignations¹⁸⁷⁷.

1096. En définitive, en droit français, les sommes déposées à la Caisse des dépôts et consignations par les mandataires de justice, qui en ont du reste l'obligation sous peine de sanctions financières personnelles, sont clairement insaisissables, échappent aux poursuites individuelles des créanciers postérieurs et sont affectées au règlement des créanciers selon leur rang. La Caisse des dépôts et consignations joue ainsi le rôle de « *refuge* » pour la trésorerie de l'entreprise en difficulté et est de ce fait, selon l'expression d'un auteur, transformée en « *Fort Knox* »¹⁸⁷⁸.

1097. Le domaine des saisies des créanciers postérieurs est également restreint en droit africain. Il résulte en effet des dispositions de l'article 45, alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif que les sommes collectées par le syndic, quelle qu'en soit l'origine, doivent être versées immédiatement à un compte spécialement ouvert pour chaque procédure collective auprès d'un établissement bancaire ou postal ou au Trésor. En cas de retard, le syndic doit les intérêts des sommes qu'il n'a pas versées. L'article 147, alinéa 3 du même acte, précise que les deniers provenant des ventes et des recouvrements liés à la réalisation des actifs en matière de liquidation des biens sont également versés à un compte spécialement ouvert auprès d'un établissement bancaire ou postal ou au Trésor. L'alinéa 4 de cet article énonce par ailleurs qu'« *aucune opposition sur les deniers versés au compte spécial de la procédure collective n'est recevable* ». En donnant au terme « *opposition* » la même signification que celle donnée dans le

¹⁸⁷⁶ V. A. LIENHARD, « *La légalité retrouvée de l'article 173 du décret du 27 décembre 1985 (ou les surprises de la codification à droit constant)* », D. 2000, n° 34, Point de vue, III.

¹⁸⁷⁷ Code de commerce, article L.622-1.

¹⁸⁷⁸ F. DERRIDA, note sous Com., 22 avr. 1997, n° 94-21.412.D.1997, p.371.

contexte français¹⁸⁷⁹, il faut convenir que les sommes placées par le syndic dans le compte spécial de la procédure collective aux procédures de saisie-attribution et d'avis à tiers détenteur que peuvent initier les créanciers saisissants dans le cadre du recouvrement forcé des créances postérieures. Ces sommes n'appartenant plus véritablement au débiteur, mais potentiellement à ses créanciers, il est compréhensible qu'elles ne puissent pas faire l'objet d'une quelconque mesure d'exécution¹⁸⁸⁰.

1098. Au total, en droit français et en droit africain, seul le dépôt des sommes à la Caisse des dépôts et des consignations ou dans le compte spécial de la procédure collective ouvert par le syndic est susceptible de paralyser les saisies des créanciers postérieurs et constituer ainsi le véritable frein au prix de la Course. En revanche, les prix de réalisation des biens du débiteur peuvent être saisis avant ce dépôt par exemple entre les mains du notaire ayant reçu l'acte de cession ou même entre les mains du mandataire de justice les ayant déposés sur un compte ordinaire voire à la source, c'est-à-dire entre les mains du cessionnaire.

1099. Les créanciers propriétaires et les créanciers saisissants apparaissent, en définitive, comme des créanciers au statut particulier dont les intérêts doivent impérativement être pris en compte par le juge en charge du sauvetage de l'entreprise en difficulté.

¹⁸⁷⁹ Supra n°1094.

¹⁸⁸⁰ J. GATSI, op. cit., n° 64, p.111.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 DU TITRE 1

1100. En droit français et en droit africain, le juge de l'entreprise en difficulté ne saurait passer outre les droits reconnus aussi bien aux créanciers propriétaires qu'aux créanciers saisissants lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'égard du débiteur.

1101. Cependant, dans les deux ordres juridiques, si les créanciers propriétaires peuvent recourir aux actions en revendication et en restitution prévues par la loi, l'on constate qu'en droit français, ces créanciers connaissent un sort meilleur aussi bien au niveau du champ d'application desdites actions qu'au niveau des conditions de leur mise en œuvre.

1102. Quant aux créanciers postérieurs, en raison du traitement préférentiel dont ils bénéficient de par la loi en droit français et en droit africain, la possibilité d'exercer des voies d'exécution à l'encontre du débiteur leur est offerte bien que cette liberté soit bien encadrée.

Mais là ne sont que les obstacles d'ordre fonctionnel qui s'opposent au sauvetage de l'entreprise en difficulté en droit africain et en droit français. Le juge de l'entreprise en difficulté en connaît d'autres qui, cette fois, revêtent un caractère structurel et qu'il importe d'examiner.

TITRE 2 : LES OBSTACLES D'ORDRE STRUCTUREL

1103. Le sauvetage de l'entreprise en difficulté par le juge suppose au plan structurel la réunion d'un certain nombre de conditions préalables. Il est d'abord important que les juges qui connaissent des questions de prévention et de traitement des difficultés des entreprises soient des juges chevronnés appelés à officier au sein des juridictions dont le fonctionnement est compatible avec les attentes du monde des affaires et du monde économique. Il est ensuite important que le système soit organisé de manière à ce que le juge de l'entreprise en difficulté puisse être saisi au bon moment et sans grande difficulté par tous ceux qui y ont intérêt.

1104. Par ailleurs, au regard des missions assignées aux principaux organes dans le déroulement de la procédure, toute pesanteur dans l'accomplissement de leur rôle ne peut que compromettre le sauvetage de l'entreprise.

1105. Ainsi donc, la manière dont la justice économique est structurée (chapitre 1) autant que la qualité du personnel d'encadrement de la faillite (chapitre 2) sont autant d'obstacles structurels majeurs à la réussite du processus de sauvetage judiciaire de l'entreprise.

CHAPITRE 1 : LA STRUCTURE DE LA JUSTICE ECONOMIQUE

1106. Il n'est plus discuté de nos jours que la justice constitue un « *outil de régulation* » économique. En veillant à l'application du droit des affaires, au respect des engagements contractuels commerciaux, comme à celui de la responsabilité du dirigeant ou de ses délégataires, la justice est garante d'un ordre public, économique et social.

1107. En droit des entreprises en difficulté particulièrement, par l'obligation par exemple faite aux entreprises de fournir des informations aux greffes des Tribunaux de commerce en France, la justice est garante de plus de transparence et, partant, de sécurité dans la conduite des affaires. Par ailleurs, et comme il a été démontré en droit africain et en droit français, la justice est un outil essentiel de prévention des difficultés de l'entreprise au regard de toutes les mesures nécessaires au rétablissement de la santé de l'entreprise qui peuvent être prises sous la responsabilité du Président de la juridiction compétente.

1108. Cependant, en droit des entreprises en difficulté, la justice ne peut pleinement jouer son rôle économique de sauvetage de l'entreprise en difficulté que si elle est bien structurée. A cet égard, plusieurs obstacles s'opposent à la mission du juge. Au rang de ces obstacles figurent en bonne place le problème de la spécialisation des juridictions compétentes pour connaître du droit des entreprises en difficulté (section1) ainsi que celui de l'accès du juge de l'entreprise en difficulté (section2).

SECTION 1 : LA SPECIALISATION DES JURIDICTIONS

1109. De manière générale, les transactions commerciales caractérisées par leur répétition, leur fréquence et leur rapidité s'accrochent mal de la procédure civile. Le fonctionnement des juridictions de droit commun paraît ainsi inadapté aux exigences du monde économique qui a besoin de sécurité juridique et de rapidité.

1110. Or, il n'est plus discuté aujourd'hui que le contentieux des défaillances d'entreprises donne lieu, le plus souvent, à des décisions lourdes de conséquences économiques et sociales. Par ailleurs, l'office du juge contemporain de l'entreprise en difficulté suppose la maîtrise d'un corps de règles juridiques et complexes. Aussi, pour être plus efficace dans ce domaine, la justice économique doit être plus autonome et une telle autonomisation requiert la mise en place de juridictions spécialisées.

1111. Le problème de la spécialisation des juridictions ne se pose pas dans les mêmes termes en France et dans les Etats africains appartenant à l'espace OHADA. Pour avoir une vue comparative plus complète de la situation, il conviendra sans doute de décliner d'abord l'état respectif des lieux en la matière (paragraphe 1), avant que ne soit esquissée par la suite une approche prospective en la matière (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : L'ÉTAT RESPECTIF DES LIEUX

1112. Sur cette question de la spécialisation de la justice économique, force est de constater que si en France, la spécialisation des juridictions constitue un acquis certes encore perfectible (A), en Afrique, cette spécialisation constitue encore un défi à relever (B).

A. *LA SPÉCIALISATION DES JURIDICTIONS EN FRANCE : UN ACQUIS PERFECTIBLE*

1113. La création des tribunaux de commerce¹⁸⁸¹ constitue, en France, la principale manifestation de la spécialisation de la justice économique. Considérés comme des « *tribunaux d'exception* », les tribunaux de commerce ont été créés à une époque où ce caractère n'était pas perçu avec défaveur¹⁸⁸². En effet, ces tribunaux ont un long passé et se rattachent à la juridiction des consuls des villes italiennes du moyen âge et ont gardé de cette origine le nom de « *tribunaux consulaires* ». Ces tribunaux se rattachent également aux « *juridictions des foires* » du XIV^e siècle que les rois avaient essayé de régulariser¹⁸⁸³. L'existence légale des tribunaux de commerce en France résulte des dispositions de l'article 411-4-1^o du Code de l'organisation judiciaire. Ces tribunaux jouissent d'une légitimité affirmée (1) et ont une compétence consacrée en matière de prévention et de traitement des difficultés de l'entreprise (2).

1. *Une légitimité affirmée*

1114. Traditionnellement, l'on a souvent justifié l'institution d'une juridiction commerciale composée des juges commerciaux élus en France par deux arguments principaux : d'une part la pérennité de l'institution dans le temps, et, d'autre part, la compétence technique des juges adaptée aux réalités du commerce¹⁸⁸⁴.

1115. S'agissant de la pérennité de l'institution dans le temps, il est soutenu que de toutes les juridictions françaises, la juridiction consulaire est la seule qui ait survécu, presque en l'état, à la période révolutionnaire tout comme elle a pu s'imposer aux juridictions ordinaires¹⁸⁸⁵. Un édit de novembre 1563¹⁸⁸⁶ a établi le premier Tribunal de commerce permanent¹⁸⁸⁷. La révolution française a maintenu cette juridiction, dont

¹⁸⁸¹ Sur les tribunaux de commerce en France, v. notamment, RAVIART, les Tribunaux de commerce, 2 vol. 1992 ; PRIVART, les Tribunaux de Commerce, 1925 ; HAMONIC, la juridiction consulaire, 2 vol. 1940 ; DELEAU, COURNOT et TALANDIER, Traité formulaire des Tribunaux de commerce, 1957 ; C. CHAMPAUD, « *l'idée d'une magistrature économique* » : justices, 1995/1, P. 65 ; Ch. GAVALDA, la justice commerciale, Les Petites Affiches, 26 juin 1998.

¹⁸⁸² G. RIPERT et R. ROBLOT, traité de droit commercial, LGDJ, 14^e ed. n° 110, p. 81.

¹⁸⁸³ G. RIPERT et R. ROBLOT, précité.

¹⁸⁸⁴ V. A. MONTEBOURG et F. COLCOMBET, Les tribunaux de commerce : une justice en faillite?, éd. Michel LAFON, 1998, p. 21.

¹⁸⁸⁵ V. A. MONTEBOURG et F. COLCOMBET, op.cit, p. 21.

¹⁸⁸⁶ Pris à l'initiative de Michel de L'HOSPITAL.

¹⁸⁸⁷ Le tribunal siégeait à Paris.

l'existence a définitivement été consacrée par les auteurs du Code de commerce de 1807. Depuis la rédaction de ce Code, on peut affirmer qu'aucune réforme d'ensemble de la juridiction commerciale n'a à ce jour abouti, à l'exception de la loi du 16 juillet 1987, loi d'ordre essentiellement technique¹⁸⁸⁸.

1116. Cette résistance est due aux vertus reconnues de tout temps à cette institution dont notamment la rapidité des jugements nécessaires à la bonne marche des affaires et le faible coût financier qui en résulte en raison principalement du caractère bénévole des services rendus par les juges qui y officient.

1117. S'agissant de la compétence technique, il est souvent avancé que, parce que les juges consulaires sont d'abord des commerçants, ils ont à leur actif une bonne connaissance des pratiques commerciales. Ainsi, pour MM. François COLCOMBET et Arnaud MONTEBOURG, « *parce que l'activité commerciale s'accommode mal, par tradition, de procédures longues et d'une publicité excessive, parce qu'elle est basée essentiellement sur des relations contractuelles et interpersonnelles, l'institution des tribunaux de commerce fondée sur le principe de juges bénévoles élus par des commerçants parmi les commerçants apparaît justifiée. La célérité des jugements rendus par l'institution est l'une des qualités les plus attendues de son fonctionnement...* »¹⁸⁸⁹. Les connaissances techniques et pratiques des juges consulaires sont donc mises en avant pour légitimer la juridiction consulaire car, qui mieux qu'un commerçant peut juger un autre commerçant¹⁸⁹⁰ ?

1118. L'une des preuves de la compétence technique reconnue aux juges consulaires français réside dans le fait que les jugements rendus par les tribunaux de commerce ne font pas l'objet de réformations plus nombreuses que celles des tribunaux civils, ce qui démontrerait sans doute la science et la conscience des juges consulaires¹⁸⁹¹.

¹⁸⁸⁸ Il convient de préciser que la loi du 16 juillet 1987 poursuivait un double objectif : d'une part, donner une base légale aux règles relatives au fonctionnement des Tribunaux de commerce régies par les textes réglementaires (décret du 3 août 1961) et, d'autre part, instituer un régime disciplinaire et apporter des améliorations techniques aux dispositions relatives au recrutement et au mandat des juges consulaires.

¹⁸⁸⁹ A. MONTEBOURG et F. COLCOMBET, op.cit, p. 32.

¹⁸⁹⁰ Lors des débats du 27 mai 1790 relatifs au maintien de l'exception de la juridiction consulaire, le député LECLERC s'interrogeait : « *qui peut mieux connaître la probité et la capacité d'un marchand que des marchands ? Qui peut mieux juger des causes presque toutes appuyées sur des faits que ceux qui pratiquent journellement ces faits ?* », V. débats de l'Assemblée nationale du 27 mai 1790, archives parlementaires, première série, tome XIV.

¹⁸⁹¹ G.RIPERT et R. ROBLOT, traité de droit commercial, précité, n° 113, P. 82. A cet égard, il convient de relever qu'au titre de l'année 2007, 3 % seulement des décisions rendues par les Tribunaux de Commerce ont été infirmées, source : dossier de presse, Bicentenaire du Code de commerce, chiffres 2007, « *Les chiffres de la justice consulaire* », Les Petites Affiches, n° 183 du 12 septembre 2007.

1119. Du reste, comme le souligne remarquablement M. CHAMPAUD, à propos des décisions rendues en matière d'entreprises en difficulté par les juges consulaires, « *lorsque la décision de magistrature économique vient, par extraordinaire, devant une juridiction supérieure, les juges d'appel et encore plus que ceux de cassation, se sentent eux-mêmes en porte à faux pour substituer à celle qui leur est déférée, une autre, différente et en tout cas tardive. Immédiatement exécutoire et promptement exécutée par les heureux repreneurs, par exemple, la décision ... prise par les premiers juges a généralement produit ses principaux effets économiques et suscité l'onde de choc social des changements structurels qu'elle espère de telle sorte que l'entreprise sauvegardée par les juges consulaires ne supporterait pas le choc en retour d'une réformation ou d'une cassation*¹⁸⁹² ».

1120. Certes, cette affirmation vient quelque peu relativiser l'argument précédent en ce qu'elle laisse penser que s'il n'y a pas beaucoup de réformations des décisions rendues par les juges consulaires en matière de défaillances d'entreprises, c'est moins parce que les solutions données sont techniquement bonnes que parce qu'il y aurait plus d'inconvénients à les réformer qu'à ne pas le faire. Mais, il reste que, le contentieux se rapportant à cette matière, relève en France, pour une grande partie des tribunaux de commerce.

2. Une compétence consacrée en matière de prévention et de traitement des difficultés d'entreprises

1121. A côté du premier champ de compétence dénommé « *contentieux général* »¹⁸⁹³, les tribunaux de commerce français sont compétents pour connaître de la prévention et du traitement des difficultés d'entreprises.

¹⁸⁹² Ch. CHAMPAUD, « *l'idée d'une magistrature économique* », Justices, précité, p. 67.

¹⁸⁹³ Ce champ de compétence s'étend aux contestations relatives aux engagements, transactions entre commerçants, entre établissements de crédit et entre ceux-ci, aux litiges concernant les sociétés commerciales, aux actes de commerce conclus entre toutes personnes, aux billets à ordre signés par des commerçants et des non-commerçants (en vertu de l'article 631 de l'ancien Code de commerce), aux contentieux liés aux pratiques anti concurrentielles, aux abus de position dominante (ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la liberté des prix et de la concurrence) ou encore aux contentieux relatifs aux instruments financiers (régis par la loi n° 96- 597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières).

1122. En matière de prévention des difficultés des entreprises, le rôle du Président du Tribunal de commerce a été suffisamment relevé aussi bien en ce qui concerne le pouvoir de convocation des dirigeants dans le cadre de la procédure d'alerte¹⁸⁹⁴, qu'en ce qui concerne le pouvoir de désignation d'un mandataire ad hoc¹⁸⁹⁵ ou d'un conciliateur¹⁸⁹⁶ dont il détermine les missions.

1123. S'agissant particulièrement du pouvoir de convocation des dirigeants, il y a comme un monopole reconnu au Président du Tribunal de commerce puisque, l'article L.611-2 du Code de commerce qui lui donne ce pouvoir n'a pas d'équivalent pour le Président du Tribunal de Grande Instance, l'ancien article L. 611-5 du Code de commerce qui lui donnait un tel pouvoir n'ayant pas été repris par la loi de 2005.

1124. Pour certains¹⁸⁹⁷, en raison de l'effort de prévention poursuivi depuis plus de quinze ans par les tribunaux de commerce, le nombre de convocations initiées par le Président du Tribunal est voisin ou dépasse celui des procédures collectives¹⁸⁹⁸. Ainsi, l'effort des tribunaux de Commerce pour multiplier les entretiens avec les chefs d'entreprises contribue, selon toute vraisemblance, à limiter le nombre d'ouverture des procédures collectives.

1125. En matière de procédures collectives, il a également été relevé qu'en droit français, le Tribunal de commerce est compétent pour les commerçants et les débiteurs immatriculés au répertoire des métiers et que ce Tribunal demeure compétent en cas d'extension de la procédure à une ou plusieurs autres personnes pour cause de confusion du patrimoine avec le débiteur ou de fictivité de la personne morale.

1126. S'il est vrai que les tribunaux de commerce sont compétents pour connaître des affaires liées aux défaillances d'entreprises, il faut également constater que le législateur français a affiché, depuis 1985, sa volonté réelle de limiter cette compétence à certains tribunaux. En effet, l'article 7 de la loi n° 85-98 du 25 janvier

¹⁸⁹⁴ Supra, n° 136.

¹⁸⁹⁵ Supra, n° 155 et s.

¹⁸⁹⁶ Supra, n° 181 et s.

¹⁸⁹⁷ V. F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficultés- Instruments de crédit et de paiement*, 8è ed. précité, n° 39, p. 33

¹⁸⁹⁸ V. in *Les Petites Affiches*, 2 septembre 2005, p. 3, les chiffres de 2004 pour l'Île-de-France.

1985 avait renvoyé à un décret en Conseil d'Etat le soin de déterminer par département le ou les tribunaux de commerce appelés à connaître des procédures collectives ouvertes à l'encontre des entreprises relevant de régime général¹⁸⁹⁹. L'idée qui sous tendait cette législation qui avait pour conséquence de déroger au principe de compétence territoriale était d'éviter que les tribunaux de petites taille aient connaissance de procédures complexes de traitement des difficultés d'entreprises¹⁹⁰⁰. Cette solution établissant deux sortes de tribunaux de commerce n'avait pas manqué de soulever parmi les juridictions consulaires un sentiment de frustration à telle enseigne que les textes postérieurs sont venus étendre la « *compétence spéciale* » à beaucoup d'autres tribunaux de commerce¹⁹⁰¹.

1127. La loi du 26 juillet 2005 a repris cette idée de spécialisation des tribunaux de commerce dans la prévention et le traitement des difficultés de l'entreprise. L'article 2 de cette loi, devenue le nouvel article L. 610-1 du Code de commerce, reprenant presque à l'identique les dispositions de l'ancien article L. 621-5, alinéa 2 du Code de commerce, après avoir supprimé la distinction jadis faite entre la procédure normale et la procédure simplifiée, énonce en effet qu'un décret en Conseil d'Etat détermine, dans chaque département, le Tribunal ou les tribunaux appelés à connaître des procédures prévues par le livre VI du Code de commerce. Ce décret n°2005-1756 du 30 décembre 2005, qui a rapidement fait l'objet de deux modifications¹⁹⁰², et qui figure aux annexes 6-1 à 6-4 de la partie réglementaire du livre VI du Code de commerce, donne compétence à pratiquement tous les tribunaux pour connaître du droit des entreprises en difficulté.

1128. Certains auteurs ont regretté cet élargissement de l'assiette des tribunaux de commerce compétents pour connaître les questions liées aux défaillances d'entreprises en soutenant qu'il eût été sans doute plus indiqué de réserver cette compétence à certains tribunaux, plus importants¹⁹⁰³. C'est que, pour certains, le nouvel article L. 610-1 du Code de commerce, attestait de la volonté du législateur de

¹⁸⁹⁹ C'est-à-dire les entreprises qui employaient plus de 50 salariés et dont le chiffre d'affaire dépassait 20 millions de Francs.

¹⁹⁰⁰ P.- M LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action 2008/2009, n° 232.13, p. 339.

¹⁹⁰¹ Selon le décret du 27 décembre 1985, 96 Tribunaux de commerce étaient compétents pour connaître des procédures collectives les plus importantes. Le décret du 17 juillet 1986 a porté ce nombre à 103, le décret du 3 août 1987 à 186 (sur 22 Tribunaux de commerce à l'époque).

¹⁹⁰² D. n° 2006-185, 20 février 2006, NOR : JUSB0610010D : JO 21 févr., P. 2660, mod.D. n° 2005-1756, 30 déc. 2005- D. n° 2006-956, 31 juill. 2006, mod. le tableau annexé au code de l'organisation judiciaire, NOR : JUSB0610440D, 2 août 2006, n° 117, p. 11.466

¹⁹⁰³ Ph. ROUSSEL GALLE, Réforme du droit des entreprises en difficulté, de la théorie à la pratique, Litec, 2^e ed., 2007, n° 349, p. 182

prévoir la désignation d'un nombre restreint de tribunaux compétents et équipes pour appliquer efficacement les règles de prévention et de traitement des difficultés des entreprises et cela, quelle que soit la taille de l'entreprise¹⁹⁰⁴. D'aucuns avaient alors espéré que la volonté de spécialisation sous tendue par l'article L. 610-1 du Code de commerce sera traduite par une « véritable sélection » des tribunaux compétents pour l'application des dispositions du livre VI du Code de Commerce¹⁹⁰⁵. Il convient cependant de relever que cette situation est tempérée par la retouche de la carte consulaire¹⁹⁰⁶ ayant abouti à la suppression d'un certain nombre de tribunaux de commerce¹⁹⁰⁷. Cette initiative s'inscrit du reste dans une démarche générale ayant pour objectif la réforme de la carte judiciaire afin de permettre aux juges d'être plus spécialisés dans le domaine du droit des entreprises en difficulté¹⁹⁰⁸.

1129. Toutefois, la spécialisation des tribunaux de commerce français dans ce domaine paraît quelque peu brouillée par deux situations qu'il importe de relever. La première situation est liée à la règle de compétence d'attribution. La seconde situation est liée à l'existence de la juridiction commerciale au seul premier degré.

1130. S'agissant de la première situation, il suffit de rappeler qu'en matière de prévention et de traitement des difficultés d'entreprises, les tribunaux de commerce français n'ont pas l'exclusivité. Ainsi, pour le mandat ad hoc, la conciliation, la sauvegarde, le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire, la règle de compétence d'attribution est la même : le Tribunal de commerce n'est compétent que lorsque le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale¹⁹⁰⁹. Dans les autres cas, la compétence est celle du Tribunal de Grande Instance. Ces autres cas concernent respectivement les agriculteurs, les personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante et notamment les membres des professions libérales, et les personnes morales de droit privé non commerçantes telles les sociétés civiles, les associations etc...

¹⁹⁰⁴ A. LIENHARD, note sous article L. 610-1 du Code de commerce, code des procédures collectives commenté, Dalloz, 6è ed., 2008, p. 4

¹⁹⁰⁵ V. H. LECUYER et F-X. LUCAS, La loi de sauvegarde article par article, Les Petites Affiches, 8 février 2006, n°sp, n° 28, spéc. p. 5

¹⁹⁰⁶ La carte consulaire s'entend comme la répartition des Tribunaux de commerce sur le territoire.

¹⁹⁰⁷ 7 Tribunaux de commerce ont été supprimés par deux décrets du 27 mai 2005 (JO du 31 mai 2005).

¹⁹⁰⁸ V. infra, n°1181 et s.

¹⁹⁰⁹ Code de commerce, article L. 611-3, alinéa 2 pour le mandat ad hoc et L. 621-2, alinéa 1 pour la sauvegarde et la conciliation. Sur renvoi des articles L. 631-7 et 641-1, le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire

1131. S'agissant de la seconde situation signalée, il convient de rappeler qu'en France, la juridiction commerciale n'existe qu'au premier degré. Il en résulte que les recours contre les décisions rendues par les tribunaux de commerce en droit des entreprises en difficulté sont portées devant les juridictions de droit commun que constituent la Cour d'Appel et la Cour de Cassation, juridictions composées uniquement des juges professionnels. Afin d'assurer « *l'unité d'ensemble de la juridiction commerciale* » et d'harmoniser la spécialisation de la justice dans le domaine du droit des entreprises en difficulté, l'idéal eût été d'instaurer une spécialisation des juges aussi bien au niveau des Cours d'Appel qu'au niveau de la Cour de cassation. Dans le cadre de la réforme des tribunaux de commerce, l'échevinage ou la mixité, entendue comme « *l'association de magistrats professionnels et de juges élus dans les formations de jugement* »¹⁹¹⁰ avait paru être la solution à ce problème au niveau tout au moins des Cours d'Appel. En effet, il avait été envisagé d'introduire la mixité au niveau de ces juridictions par l'intégration de Magistrats consulaires expérimentés au sein des chambres commerciales. Cette solution aurait eu pour mérite de concilier la connaissance du monde du commerce et la compétence juridique. Ce projet est resté à ce jour lettre morte.

1132. Ces failles du système français inhérentes au fonctionnement des tribunaux de commerce pourraient s'avérer bénéfiques aux Etats membres de l'espace OHADA en vue de relever le défi de l'instauration des juridictions commerciales spécialisées, qualifiées dans la prévention et le traitement des défaillances d'entreprises.

B. LA JURIDICTION COMMERCIALE SPECIALISEE DANS L'ESPACE OHADA : UN DEFI A RELEVER

1133. La question de l'existence des juridictions commerciales spécialisées dans l'espace OHADA peut être analysée selon que l'on se situe avant ou après l'avènement du Traité OHADA. Avant l'avènement du Traité OHADA, il y avait une inexistence des tribunaux de commerce dans l'espace OHADA (1). Depuis l'avènement du Traité, l'on a constaté que de timides initiatives nationales d'instauration de juridictions commerciales autonomes ayant entre autres

¹⁹¹⁰ V. note d'orientation sur la réforme des Tribunaux de commerce, Les Petites Affiches, n° 208, 19 octobre 1999

compétences, la connaissance du contentieux lié aux difficultés d'entreprises émergent ça et là (2).

1. La quasi-inexistence des tribunaux de commerce avant l'avènement du traité OHADA

1134. Les pays africains appartenant à l'espace OHADA ont, dès leur origine, opté pour le système de l'unité juridictionnelle. En effet, il faut rappeler que le législateur colonial n'avait pas institué des tribunaux de commerce en AOF¹⁹¹¹ et en AEF¹⁹¹². Les affaires commerciales relevaient donc de la compétence des juridictions de droit commun. Certes, il existait parfois des chambres spéciales chargées des litiges commerciaux, mais rarement des tribunaux de commerce en tant que tels¹⁹¹³. La solution est restée la même après les indépendances, les affaires civiles et commerciales étant traitées par les mêmes juridictions¹⁹¹⁴ dont les appellations ont varié d'un pays à un autre¹⁹¹⁵.

1135. L'absence de spécialisation de la justice économique au sein des Etats membres de l'OHADA, laquelle conduit à affecter aux mêmes juges les affaires civiles et les affaires commerciales est de nature à remettre en cause la qualité des décisions rendues en matière de contentieux commercial et, plus particulièrement, en matière d'application judiciaire du droit des entreprises en difficulté. Par ailleurs, cette absence de spécialisation ne favorise pas l'amélioration du climat des affaires ainsi que la sécurité judiciaire des investissements nationaux et internationaux. C'est sans doute la raison pour laquelle, depuis l'avènement du traité OHADA, certains Etats membres se sont engagés dans la voie de l'instauration de juridictions commerciales spécialisées.

¹⁹¹¹ Afrique occidentale Française

¹⁹¹² Afrique Equatoriale française

¹⁹¹³ Encyclopédie juridique de l'Afrique, t.IV, p.37.

¹⁹¹⁴ Idem sur l'originalité judiciaire des pays de l'espace OHADA, V. notamment : Pour le Cameroun, A. MARTICOURIAN, « *L'organisation judiciaire du Cameroun* », Penant, 1969, p. 33 et s- Pour le Sénégal : G.D'ARBROUSSIER, « *Le Sénégal : exemple africain d'organisation judiciaire* », Penant, 1961, p. 171 et s ; K. MBAYE, « *L'organisation judiciaire du Sénégal* », Penant 1965, p. 27 et s. et p. 191 et s- Pour le Niger, J.P RAYNAL, « *la diversité dans l'unité, le système juridictionnel nigérien* », Penant 1964 ? p. 121 et s- Pour le Tchad, A. MOYRAND et A. NABIA, « *L'organisation judiciaire du Tchad* », Penant 1988, p. 75 et s- Pour le Burkina-Faso, P. MARCHAND, « *L'organisation judiciaire en Haute Volta* », Penant, 1964, p. 121 et S- Pour le Congo, A. ILOKI, « *Les Tribunaux populaires du Congo* », Penant 1985, p. 107 et S- Pour le Gabon, A. BOUMAH, « *Un nouveau Code de procédure civile gabonais* », Penant 1979, p. 373 et S- Pour la Côte d'Ivoire, M. FADIKA et R. ARTHUR, « *Commentaire du code ivoirien de procédure civile et commerciale* », Penant 1997, p. 85 et S- Pour le Bénin, M.J BEYNEL, Penant 1973, p. 149 et s.

¹⁹¹⁵ Il s'agit en général du Tribunal de Première Instance ou du Tribunal de Grande Instance (Tribunal régional pour le Sénégal)

2. Les timides initiatives nationales d'instauration de juridictions commerciales spécialisées depuis l'avènement du traité OHADA

1136. La législation communautaire de l'OHADA n'a pas touché aux différents systèmes judiciaires des Etats membres. Il en résulte que chaque Etat-Partie a, en principe, conservé ses juridictions pour ce qui concerne les premiers et seconds degrés et, partant, l'unité juridictionnelle qui s'y attache¹⁹¹⁶, bien qu'il ait été plusieurs fois proposé la nécessité de reformer l'organisation judiciaire des Etats membres comme condition d'efficacité du droit OHADA¹⁹¹⁷.

1137. Quoiqu'il en soit, c'est vraisemblablement pour tenir le compte de l'avènement de l'OHADA que certains Etats membres ont entrepris de modifier les textes relatifs à leur organisation judiciaire¹⁹¹⁸. Par ailleurs, comme pour faire écho au vœu de la doctrine suscitée, certains Etats membres ont choisi de se doter de tribunaux de commerce ou, à tout le moins, de chambres commerciales spécialisées¹⁹¹⁹.

1138. Comme dans le système français, les tribunaux de commerce institués dans ces Etats connaissent du contentieux général et de tout ce qui concerne les procédures collectives d'apurement du passif¹⁹²⁰.

¹⁹¹⁶ MAMADOU KONE, Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA, comparaison avec le droit français, op.cit, n° 359, p. 227

¹⁹¹⁷ A. ZINZINDOUHOUE, « Les juges nationaux et la loi aux prises avec le droit harmonisé », RDAI/IBLJ, n° 2, 2000, P. 227 et S ; F. ANOUKAHA, « l'OHADA en marche », annales de la Faculté des sciences juridiques et politiques de l'université de Dschang, T. 6, 2002, n° spécial, Droit OHADA- CIMA, p. 7 et s, note p. 19 et s. ; B.F CHIFFLOT, L. BEN-KEMOUN et S.THOUVENOT, « Pérenniser le succès de l'OHADA ; piste de réflexion », RDAI/IBLJ, n°2, 2006, p. 229 et s.

¹⁹¹⁸ Ainsi, en décembre 2006 et avril 2007, le Cameroun a procédé à une modification substantielle de son organisation judiciaire laquelle a intégré certaines contraintes liées à l'application du droit OHADA, V. en ce sens , les lois n° 2006/013 du 29 décembre 2006 et 2007/001 du 19 avril 2007. Il faut cependant préciser que cette dernière loi a donné lieu à une grande controverse quant à la solution trouvée par le législateur à la sensible question du juge compétent en matière de difficultés d'exécution d'un titre exécutoire : V. notamment, F. ANOUKAHA, « Commentaire de la loi du 29 décembre 2006 », Juridis Périodique, n° 68, oct-nov-déc 2006, p. 45 et S ; « Commentaire de la loi du 19 avril 2007 », Juridis Périodique, n° 70, avril-mai-juin 2007, p. 33 et S- J. FOMETEU, « Le juge de l'exécution au pluriel ou la (parturition) au Cameroun de l'article 49 de l'acte uniforme OHADA portant voies d'exécution », juridis périodique, n° 70, avril-mai-juin 2007, p. 97 et s

¹⁹¹⁹ C'est notamment le cas de la République du Mali ; (Loi n° 00-057 du 22 avril 2000 portant institution des Tribunaux de Commerce), de la République du Tchad (Loi n° 004/P 12/98 du 28 mai 1998 portant organisation judiciaire), du Burkina Faso (Loi n° 022-2009/AN du 12 mai 2009 portant création, organisation et fonctionnement des Tribunaux de Commerce au Burkina Faso), de la République du Congo (Loi du 3 juillet 2001 instituant les Tribunaux de Commerce), du Tchad (Loi n° 004/PR/98 du 28 mai 1998 portant organisation judiciaire, article 1^{er}).. En revanche, la loi camerounaise n° 2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire modifiée, a opté pour la création de chambres commerciales au sein respectivement des tribunaux de Première Instance, de Grande Instance ainsi qu' au sein des Cours d'Appel. Le Tribunal de Grande Instance est exclusivement compétent pour connaître, en premier ressort, des procédures collectives d'apurement du passif.

¹⁹²⁰ V. article 2 de la loi malienne et de la loi du Burkina Faso

1139. Quant à la composition de ces juridictions, l'on remarquera que les tribunaux de commerce africains institués jusqu'ici dans l'espace OHADA, pour l'ensemble, se sont démarqués du système français en optant d'emblée pour l'échevinage. Ces tribunaux sont ainsi composés de juges de carrière et de juges consulaires¹⁹²¹, la présidence du Tribunal de commerce étant confiée à un magistrat professionnel¹⁹²². Cette mixité permet ainsi d'associer à la compétence juridique reconnue aux magistrats professionnels, la connaissance du monde des affaires reconnu aux juges consulaires.

1140. Il est cependant regrettable de constater que les législateurs nationaux ayant décidé d'instituer des tribunaux de commerce dans l'espace OHADA n'aient pas tiré profit des critiques adressées au système français pour harmoniser la spécialisation de la justice à l'intérieur de l'ordre judiciaire en étendant celle-ci ne fût-ce qu'au niveau des Cours d'Appel comme c'est le cas dans certains pays africains n'appartenant pas à l'espace OHADA¹⁹²³. Comme en France, ils se sont limités à les instituer au niveau du seul premier degré de juridiction.

1141. La spécialisation de la justice constitue en définitive le gage d'un meilleur sauvetage judiciaire de l'entreprise en difficulté aussi bien dans le contexte français que dans le contexte africain. Cependant, cette spécialisation, telle qu'elle est organisée aujourd'hui, apparaît être un gage insuffisant. Dès lors, d'un côté comme de l'autre, il s'avère quasi impératif d'esquisser, pour l'avenir, de nouvelles perspectives organisationnelles pour une efficacité plus avancée.

PARAGRAPHE 2 : L'APPROCHE PROSPECTIVE

1142. En droit africain, la consolidation de l'instauration des juridictions commerciales dans les Etats parties au traité OHADA s'avère nécessaire (A). En droit français, l'on examinera les principaux axes saillants de la réforme amorcée des juridictions commerciales (B).

¹⁹²¹ Contrairement au système français, les juges consulaires africains ne sont pas élus mais désignés pour des périodes déterminées.

¹⁹²² Article 7 de la loi malienne et article 6 de la loi du Burkina Faso. Ce choix apparaît logique dans la mesure où le Magistrat professionnel, de par son expérience et ses connaissances juridiques est mieux placé pour rendre des ordonnances de référés ou sur requête. Par ailleurs, il paraît mieux placé pour superviser l'organisation interne du travail dans une juridiction.

¹⁹²³ Au Maroc par exemple, il existe des « Cours d'appel de commerce », V. loi du 6 janvier 1997 sur les Tribunaux de Commerce

A. LA CONSOLIDATION DE LA SPECIALISATION DE LA JUSTICE ECONOMIQUE DANS L'ESPACE OHADA

1143. La consolidation de la spécialisation de la justice économique dans l'espace OHADA en vue de la prévention et du traitement des difficultés d'entreprises suppose d'abord l'abandon du système de l'unité juridictionnelle (1). Elle suppose ensuite l'harmonisation de la justice commerciale sur l'ensemble de l'espace OHADA (2).

1. L'abandon du système de l'unité juridictionnelle

1144. Il a été souvent relevé que l'existence d'une juridiction commerciale pose un problème de compétence en ce qu'il n'est pas toujours facile de déterminer si cette compétence doit être « *réelle* » ou « *personnelle* »¹⁹²⁴. D'aucuns ont alors soutenu qu'il était alors par conséquent plus opportun d'attribuer aux seules juridictions civiles une compétence élargie en matière commerciale¹⁹²⁵.

1145. Si l'on doit admettre que la recherche de la sécurité juridique et judiciaire des activités économiques est l'un des objectifs du traité OHADA, le maintien du système de l'unité juridictionnelle dans les Etats- Parties paraît de plus en plus anachronique. Le moment est sans doute venu d'instaurer sur l'ensemble du territoire de l'OHADA des juridictions commerciales autonomes compétentes pour connaître les litiges mettant en jeu « *l'ordre public économique* » en général, la prévention et le traitement des difficultés d'entreprises en particulier. Une juridiction autonome permet une localisation et un accroissement des moyens ainsi qu'une spécialisation des personnels¹⁹²⁶ et, en tout état de cause, les avantages de l'instauration d'un tel système paraissent de loin supérieurs aux inconvénients.

¹⁹²⁴ G. RIPERT et R. ROBLOT, traité de droit commercial, 14^e ed. , précité, n° 113, p. 82

¹⁹²⁵ En ce sens, J.M NYAMA, Stratégie et perspectives du droit de la faillite au Cameroun, thèse précitée, p. 276

¹⁹²⁶ L. BENKEMOUN, « *Sécurité juridique et investissements internationaux* », Penant, n° 855, p. 193 ; Ohadata D- 06- 52. Cet article a fait l'objet d'une communication dans le cadre du colloque de Niamey sur la sécurité juridique et judiciaire dans l'espace UEMOA, du 17 au 24 mars 2006.

1146. Pour un auteur¹⁹²⁷, cet attachement des pays africains au système de l'unité juridictionnelle est fort regrettable car, non seulement les juges de droit commun n'ont pas toujours la compétence requise pour traiter des questions de plus en plus complexes du droit des affaires, mais en plus, le système de l'unité juridictionnelle a pour inconvénient de favoriser l'engorgement des tribunaux entraînant des lenteurs dans le fonctionnement du système judiciaire, toute chose incompatible avec l'impératif de célérité qui régit le monde des affaires. Selon le même auteur, « *les raisons qui, au lendemain des indépendances, ont justifié l'option des pays africains pour le système de l'unité juridictionnelle (faible volume du contentieux, manque de personnel qualifié) ont, pour la plupart disparu* » et « *il serait intéressant, dans la perspective du droit des activités économiques...de réfléchir à la création des tribunaux de droit économique* ».

1147. Aussi, les initiatives prises par certains Etats membres de l'OHADA d'intégrer les juridictions commerciales au sein de leur organisation judiciaire constituent une avancée incontestable dans le cadre de la spécialisation de la justice économique et mérite d'être encouragées et étendues dans d'autres Etats. Cependant, le système serait plus efficace si la justice commerciale, compétente pour statuer sur les difficultés d'entreprises, faisait l'objet d'une harmonisation dans tout l'espace OHADA.

2. *L'harmonisation de la justice commerciale dans l'espace OHADA*

1148. L'article 13 du traité OHADA dispose que « *le contentieux relatif à l'application des actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des Etats parties* ». Par ailleurs, aux termes des dispositions de l'article 3 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif « *le règlement préventif, le redressement judiciaire et la liquidation des biens relèvent de la juridiction compétente en matière commerciale* ».

1149. Il résulte de la combinaison de ces deux textes que l'application de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif en

¹⁹²⁷ MAMADOU KONE, op.cit, n° 361, P. 227

première instance et en appel relève de la compétence des juridictions du fond des Etats- Parties, statuant en matière commerciale.

1150. Or, dans l'espace OHADA alors que dans certains Etats parties les affaires commerciales relèvent de la compétence des tribunaux de droit commun, dans d'autres, elles relèvent de la compétence des juridictions commerciales autonomes. Il en découle que, selon les Etats, l'application judiciaire du droit des entreprises en difficulté est confié tantôt à des juridictions de droit commun, tantôt à des juridictions spécialisées suivant des procédures susceptibles de varier d'un Etat à un autre. Au demeurant, l'organisation judiciaire n'ayant pas été modifiée par tous les Etats membres à la suite de l'avènement du traité OHADA, force est de constater qu'il existe aujourd'hui autant de formes de juridictions commerciales et de procédures commerciales que d'Etats parties à telle enseigne que selon M. BENKEMOUN, « *la qualité des décisions commerciales en premier et en deuxième ressort, est tellement inégale et aléatoire sur l'étendue de l'espace OHADA qu'elle accrédite bien des préventions de la part des investisseurs internationaux* »¹⁹²⁸. Il va sans dire que cette situation va à l'encontre de la sécurité juridique et judiciaire tant recherchée.

1151. Il apparaît dès lors urgent de procéder à une harmonisation de la justice commerciale dans l'espace OHADA. Comme l'ont suggéré certains auteurs¹⁹²⁹, l'idéal consisterait à avoir dans ledit espace, une carte judiciaire relativement harmonisée notamment sur la juridiction et la procédure commerciales. La même idée est reprise et précisée par un autre auteur qui suggère que soit adopté un « *Acte uniforme portant réforme de la carte judiciaire, de la juridiction commerciale et de la procédure commerciale* »¹⁹³⁰. Enfin, pour certains, faute d'imposer une organisation judiciaire dans tous les Etats- Parties, l'OHADA pourrait intervenir sous forme de « *directives* » ou de « *recommandations* » incitant les Etats à affecter le contentieux relatif au droit des activités économiques à des juridictions spécialisées¹⁹³¹. Cette spécialisation du contentieux relatif aux activités économiques est d'autant possible que de plus en plus, les « partenaires au développement »

¹⁹²⁸ L. BENKEMOUN, article précité.

¹⁹²⁹ P.G POUGOUE et Y. KALIEU, Introduction critique à l'OHADA, précité, n° 137, p. 164.

¹⁹³⁰ L. BENKEMOUN, précité.

¹⁹³¹ MAMADOU KONE, op.cit, n° 361.

interviennent dans les Etats africains en vue du financement des réformes destinées à l'amélioration du fonctionnement de la justice¹⁹³².

1152. L'harmonisation souhaitée s'articulerait notamment autour de quelques points importants qui sont respectivement la forme des juridictions (a), leur implantation (b) et la procédure (c).

a) La forme des juridictions

1153. Une étude comparative des différents systèmes dans le monde laisse apparaître que la pratique de la justice commerciale est diverse.

1154. En Europe, la juridiction commerciale française constitue une véritable exception dès lors que seule la France dispose encore de tribunaux de commerce composés uniquement de juges non professionnels, tous les autres Etats qui avaient ce type de juridiction les ayants soit supprimés, soit transformés en profondeur¹⁹³³. Globalement, il existe aujourd'hui, à côté du modèle français, trois principales formes de justice commerciale : les tribunaux échevinés composés d'un juge professionnel et de juges consulaires¹⁹³⁴, les juges spécialisés en droit commercial appartenant à une juridiction de droit commun¹⁹³⁵, et, enfin, les tribunaux de droit commun¹⁹³⁶.

1155. De toutes ces formes, celle des tribunaux échevinés paraît la mieux appropriée pour la justice commerciale dans l'espace OHADA. En effet, comme il a déjà été relevé¹⁹³⁷, le système de l'échevinage est garant d'une justice plus objective. Comme le soulignent à juste titre, MM. MONTEBOURG et COLOMBET, « *l'échevinage apporte aux justiciables la certitude que la justice est structurellement impartiale,*

¹⁹³² Ainsi, par exemple, en date du 08 avril 2009, une convention de financement du programme d'appui au secteur de la justice, à hauteur de 11,152 milliards FCFA a été signée entre l'Etat camerounais et la Commission de l'Union Européenne au vue d'améliorer le fonctionnement de la justice commerciale et de la justice administrative au Cameroun. (v. *Justitia*, n° 003, juin 2009, p. 10)

¹⁹³³ Les Tribunaux de commerce ont été supprimés aux Pays-Bas en 1827, en Espagne en 1868, en Italie en 1888. ils n'ont jamais existé en Suisse. En Angleterre, la Commercial Court n'est qu'une division de la High Court of justice. En Allemagne, il existe une organisation qui procède du système d'échevinage, organisation adoptée également en Autriche. Dans ce système, une des chambres du tribunal civil fait office de « *chambre commerciale* ». elle est présidée par un magistrat assisté de commerçants désignés par les organismes représentatifs des professions commerciales.

¹⁹³⁴ C'est le système adopté par l'Allemagne, l'Autriche, l'Alsace-Morelle en France, la Belgique, le Burkina Faso et le Mali.

¹⁹³⁵ C'est le système pratiqué en Angleterre et aux Etats-Unis.

¹⁹³⁶ Dans ce système, il n'y a pas de distinction entre les litiges civils et les litiges commerciaux bien que les juges civils aient très souvent recouru à des experts commerciaux. C'est le système pratiqué en Italie, en Suisse, en Espagne, en Grèce, en Suède, au Luxembourg et aux Pays-Bas.

¹⁹³⁷ Supra n°1131.

non parce que le président, juge professionnel est infaillible, mais par ce qu'il est en dehors des milieux économiques. Le justiciable, chef d'entreprise, est donc convaincu qu'il ne sera pas jugé en fonction des relations amicales ou commerciales qu'il entretient avec le président de la juridiction, mais qu'il sera jugé par un magistrat étranger aux réseaux locaux d'influence et avec ainsi une plus grande objectivité »¹⁹³⁸.

1156. Par ailleurs, selon les mêmes auteurs, *« la confrontation au sein d'une même juridiction de la culture de l'entreprise et de la culture judiciaire permet l'instauration d'un dialogue constructif aboutissant à une décision équilibrée. L'échevinage apporte aux juges tant professionnels que commerciaux une véritable formation professionnelle constante et réciproque. Chacun confronte sa propre expérience à celle de l'autre. En pratique, il existe un partage des tâches ...les juges consulaires apportent dans la prise de leur décision la connaissance pratique des usages commerciaux. Le président, lui, se charge le plus souvent de la rédaction du jugement »¹⁹³⁹.* Pour certains, dans le contexte africain, la présence des juges consulaires serait non seulement un élément indispensable pour la connaissance technique des affaires due à leur expérience professionnelle, mais *« contribuerait également à renforcer le service public de la justice dont les problèmes d'encadrement, au niveau des effectifs nécessaires et suffisants ne sont pas prêts à être résolus »¹⁹⁴⁰.*

1157. Enfin, en matière d'entreprises en difficulté, le système de l'échevinage a le mérite de permettre qu'un meilleur contrôle soit exercé sur les mandataires de justice par la juridiction commerciale. En effet, sans que le rapport de force entre le juge-commissaire et le mandataire de justice soit inversé, la présence du magistrat professionnel au sein de cette juridiction représente un véritable soutien pour le juge consulaire¹⁹⁴¹. Le fait que la présidence du Tribunal soit tenue par un magistrat professionnel produit un effet dissuasif sur le comportement des mandataires car,

¹⁹³⁸ A. MONTEBOURG et F. COLOMBET, op.cit, p. 227.

¹⁹³⁹ A. MONTEBOURG et F. COLOMBET, op.cit, p. 278.

¹⁹⁴⁰ J.M NYAMA, thèse précité, P. 278.

¹⁹⁴¹ Pour M. Jean-Luc VALLENS, Magistrat et Président de la Chambre Commerciale en Alsace pendant plusieurs années, *« la présence d'un magistrat professionnel au sein de la juridiction commerciale... représente pour le juge consulaire une sorte d'assurance qualité ou de base arrière de repli lorsqu'il refuse de faire quelque chose qui lui est demandé par le mandataire. Il peut toujours en effet, répondre lorsqu'une démarche du mandataire lui paraît un peu contestable qu'il va en référer au président, ce qui lui donne le recul parfois nécessaire »* (Cf. A. MONTEBOURG et F. COLOMBET, op.cit. p. 280).

selon M. VALLENS, « (...) *les mandataires judiciaires savent que leurs contacts ne passent pas seulement par les juges consulaires mais aussi par un magistrat professionnel qui n'évolue pas dans les relations économiques de dépendance et qui devra, devant la chambre commerciale elle-même, plaider sa cause en cas de recours contre la décision obtenue d'un juge commissaire* »¹⁹⁴².

1158. Pour une meilleure recherche d'efficacité, la juridiction commerciale échevinée dans l'espace OHADA pourrait comporter en son sein une chambre de droit commun qui connaîtrait du « *contentieux général* » et une chambre spécialisée en droit des entreprises en difficulté. En outre, la spécialisation de cette juridiction, loin d'être cantonnée au premier degré, devrait être étendue aux juridictions d'appel soit par la création de « *Cours commerciales* », soit par l'intégration au sein des chambres commerciales des Cours d'appel de juges consulaires expérimentés et la création en leur sein de sections spécialisées en droit des entreprises en difficulté.

1159. Il serait de même indiqué que la spécialisation soit étendue au niveau de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Cette spécialisation se traduirait par exemple par la création d'une chambre commerciale qui comporterait en son sein une section spécialisée en droit des entreprises en difficulté¹⁹⁴³. La chambre commerciale comporterait des juges professionnels et des juges consulaires, ces derniers étant choisis parmi les ressortissants des Etats- Parties suivant des modalités à déterminer. Cependant, une spécialisation au niveau de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ne peut être envisagée que si le nombre de cette Haute juridiction communautaire aujourd'hui insuffisant¹⁹⁴⁴ est augmenté¹⁹⁴⁵.

1160. L'harmonisation de la justice commerciale dans l'espace OHADA ne concerne pas seulement la forme des juridictions. Elle concerne également l'implantation géographique des tribunaux .

¹⁹⁴² Idem.

¹⁹⁴³ L'article 9(1) du règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage énonce que la cour siège en formation plénière mais peut toutefois constituer des chambres de trois ou cinq juges.

¹⁹⁴⁴ Aux termes des dispositions de l'article 31 du Traité OHADA, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est composée de 7 juges élus pour sept ans renouvelable une fois, parmi les ressortissants des Etats parties. Le Traité révisé à Québec a fait passer ce nombre à 9.

¹⁹⁴⁵ V. F. ONANA ETOUNDI, La problématique de l'unification de la jurisprudence par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, OHADA, Traité-Règlement d'application-Actes uniformes dérivés, collection pratique et contentieux de droit communautaire, éd. 'droit au service du développement », févr. . 2008, p. 21.L 'augmentation du nombre de juges à 9 après la révision du Traité OHADA paraît , à cet égard, insignifiante.

b) L'implantation géographique des tribunaux

1161. La question de l'implantation des juridictions commerciales dans l'espace OHADA constitue l'une des facettes de la problématique relative à l'accès au juge commercial¹⁹⁴⁶.

1162. A ce propos, et bien que certains pays appartenant à l'espace OHADA aient suivi cette voie¹⁹⁴⁷, il n'est pas certain que la meilleure manière de rendre efficaces les juridictions commerciales soit de calquer leur implantation sur celle des juridictions de droit commun. Bien au contraire, la recherche de l'efficacité pourrait plutôt passer par une diminution des juridictions compétentes commercialement¹⁹⁴⁸. En effet, l'émiettement des juridictions commerciales est susceptible d'entraîner une grande hétérogénéité dans la taille et l'activité de ces juridictions. De ce fait, il est à craindre que certaines juridictions ne se situent largement en dessous du seuil d'activité critique qui puisse permettre un exercice satisfaisant de la justice rendue. Une telle situation supposerait que certains juges n'exercent pas suffisamment leurs compétences juridictionnelles, ce qui ne leur permettrait pas d'acquérir l'expérience professionnelle indispensable à un juge consulaire compétent. En outre, les différences d'activité entre les juridictions aboutiraient à une organisation très disparate dans la qualité de la justice rendue selon le ressort du Tribunal. Une telle situation ne peut garantir qu'imparfaitement le principe de l'égalité de tous les citoyens devant la justice.

1163. Aussi, le principal critère d'implantation géographique des juridictions commerciales dans l'espace OHADA devrait-il être le niveau d'activité économique des localités abritant ces juridictions. Celles-ci devraient ainsi être implantées dans les principaux bassins économiques des Etats- Parties. Ce critère économique pourrait toutefois être couplé avec le souci de rapprocher la justice commerciale des

¹⁹⁴⁶ V. infra, n°1193 et s.

¹⁹⁴⁷ Il résulte des dispositions de l'article 1 de la loi n° 022-2009/AN portant création, organisation et fonctionnement des Tribunaux de Commerce au Burkina Faso que les Tribunaux de commerce sont créés dans le ressort de chaque Tribunal de Grande Instance.

¹⁹⁴⁸ En ce sens, L. BENKEMOUN, précité.

justiciables¹⁹⁴⁹. S'agissant particulièrement des procédures collectives, à l'instar de ce qui a été fait en France¹⁹⁵⁰ et, eu égard à la complexité de la matière, seul un nombre limité de juridictions commerciales bien structurées devraient être habilitées, dans les Etats parties, à connaître des questions de prévention et de traitement des difficultés d'entreprises.

1164. Outre les questions relatives à la forme des juridictions et à l'implantation géographique de celles-ci, l'harmonisation de la justice commerciale dans l'espace OHADA concerne également l'importante question relative à la procédure.

c) La procédure

1165. Il a été dit et redit : l'inadaptation des juridictions de droit commun aux exigences du monde économique liées à la sécurité juridique et à la rapidité justifie la mise en place partout ailleurs dans le monde de juridictions spécialisées¹⁹⁵¹.

1166. Cependant, la seule instauration de règles de droit substantiel appropriées ne saurait permettre à la justice de jouer pleinement son rôle d' « *outil de régulation* » économique. Il faut en plus qu'il existe des règles de droit processuel qui puissent permettre la mise en œuvre des règles de droit substantiel. A cet égard, il est souvent relevé¹⁹⁵² que la procédure applicable devant les juridictions commerciales est plus simple et plus rapide que la procédure civile¹⁹⁵³.

1167. Dans certains Etats- Parties au Traité OHADA ayant opté pour la création des tribunaux de commerce, l'on constate que, si le législateur a souvent précisé les choses quant aux demandes pour lesquelles le Tribunal de commerce statue en premier et dernier ressort¹⁹⁵⁴, s'agissant de la procédure suivie devant lesdites

¹⁹⁴⁹ L'on pourrait par exemple imaginer au niveau des Etats- Parties, la création de tribunaux de commerce par région, dans les Etats où cette unité administrative qui, traditionnellement regroupe plusieurs départements, existe.

¹⁹⁵⁰ Supra, n° 1126 et s.

¹⁹⁵¹ Supra, n° 1109.

¹⁹⁵² Pour ce qui est tout au moins des juridictions commerciales françaises

¹⁹⁵³ G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité de droit commercial, op.cit. n° 113, p. 82.

¹⁹⁵⁴ Il ressort ainsi des dispositions de l'article 6 de la loi malienne du 22 août 2000 que les Tribunaux de commerce jugent en dernier ressort toutes les demandes dans lesquelles les parties usant de leurs droits, ont déclarés vouloir être jugées définitivement et sans appel, toutes les demandes dont le principal n'excède pas la valeur de 5.000.000 FCFA, les demandes reconventionnelles ou en compensation alors même que, réunies à la demande principale elles excèdent 5.000.000 FCFA.

juridictions, les dispositions légales ne laissent pas apparaître des préoccupations spécifiques liées à la simplicité et à la rapidité¹⁹⁵⁵.

1168. Il conviendrait donc, dans le cadre de l'harmonisation de la procédure commerciale dans l'espace OHADA, d'édicter des règles qui conduisent à une procédure simple et rapide aussi bien dans le cadre du contentieux dit général que dans le cadre du contentieux spécifique lié au droit des entreprises en difficulté. Dans ce dernier domaine, eu égard d'une part, à l'urgence de la situation financière et économique de l'entreprise en difficulté ainsi qu'à la recherche des conditions d'un redressement et, d'autre part au contentieux récurrent de l'exécution provisoire dans l'espace OHADA, il serait indiqué, en vue de clarifier de manière définitive les choses, d'instituer, dans ledit espace, des règles claires et précises relatives à l'arrêt de l'exécution provisoire des décisions rendues en droit des entreprises en difficulté. Comme il l'a déjà été relevé¹⁹⁵⁶, l'absence de règles communautaires dans ce domaine est de nature à conduire à une application anarchique des règles internes du droit de l'exécution dans les différents Etats appartenant à l'espace OHADA et, partant, constituer une entrave au sauvetage de l'entreprise en difficulté.

1169. Sur la base du contentieux relatif à l'exécution provisoire en application des dispositions de l'article 32 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution né dans les Etats appartenant à l'espace OHADA, un auteur a proposé la création d'un article 32 bis dudit acte qui permettrait au Président de la Cour d'Appel territorialement compétent ou Président de la Cour Suprême, de surseoir à l'exécution provisoire, en cas d'erreur manifeste ou de risque de dommage irréparable, ou obliger le créancier à consigner la somme reçue à titre provisoire¹⁹⁵⁷.

¹⁹⁵⁵ L'article 13 de la loi malienne dispose que « la procédure suivie devant les Tribunaux de commerce est celle prévue par le Code de procédure civile, commerciale et sociale et les Actes uniformes de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) ». Quant à l'article 12 de la loi du Burkina Faso, il pose le même principe énonçant que « la procédure suivie devant les Tribunaux de commerce est celle prévue par le Code de procédure civile en ses dispositions communes à toutes les juridictions et suivant les règles de procédures particulières établies pour les Tribunaux de Grande Instance. Les procédures prévues par les actes uniformes OHADA sont applicables devant les Tribunaux de commerce ».

¹⁹⁵⁶ Supra n°...

¹⁹⁵⁷ L. BENKEMOUN, précité.

1170. Pour pertinente quelle soit, cette proposition ne paraît pas adaptée au droit des entreprises en difficulté pour les raisons techniques qui ont déjà été évoquées¹⁹⁵⁸ : les décisions rendues en matière d'entreprises en difficulté ne relèvent pas des condamnations *in rem*. Elles sont des ordres ou des obligations de faire par définition insusceptibles de voies d'exécution. Dès lors, le recours à un critère économique pour l'arrêt de l'exécution provisoire consistant à s'interroger sur les conséquences de ladite exécution provisoire sur la situation des parties¹⁹⁵⁹ ne paraît pas indiqué. Au demeurant, l'arrêt de l'exécution provisoire emporte des conséquences d'une gravité insoupçonnée. Ainsi, par exemple, l'arrêt de l'exécution provisoire d'un jugement d'ouverture qui permet à l'appel de retrouver son caractère suspensif, a pour conséquence de mettre fin à la mainmise de la justice sur le débiteur et son patrimoine et partant, de permettre le retour du débiteur à une situation *in bonis*¹⁹⁶⁰. Pour cette raison, et, tenant par ailleurs compte du fait que le contentieux lié aux défaillances d'entreprises est un contentieux dit « *objectif* », le recours au critère juridique tiré du caractère « *sérieux* » des moyens développés paraît plus indiqué pour l'arrêt de l'exécution provisoire, comme déjà suggéré¹⁹⁶¹ par une formation collégiale de la Cour d'appel statuant en référé¹⁹⁶².

1171. Ce droit de l'exécution en matière d'entreprises en difficulté pourrait être harmonisé dans l'espace OHADA par le biais d'une modification de l'article 217 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Une telle modification consisterait par exemple à créer en son sein, un deuxième alinéa qui permettrait l'arrêt de l'exécution provisoire des décisions exécutoires de plein droit ainsi que de celles faisant l'objet d'une exécution provisoire facultative dans les conditions sus décrites à la suite des appels du débiteur ou du Ministère public. Elle consisterait également à prévoir la prise de mesures conservatoires pendant la durée de l'instance d'appel de manière à atténuer les conséquences de la disparition du dessaisissement du débiteur du fait de l'arrêt de

¹⁹⁵⁸ Supra n° 511.

¹⁹⁵⁹ C'est le critère posé par l'article 524 du Code de procédure civile français.

¹⁹⁶⁰ J. VALLANSAN, article précité, p. 36.

¹⁹⁶¹ Supra n° 529.

¹⁹⁶² Il faut relever que dans le système français, la Cour d'Appel n'est pas liée par l'ordonnance de son président prononçant l'arrêt de l'exécutoire de sorte qu'elle peut estimer que, contrairement à l'appréciation faite par celui-ci, les moyens à l'appui de l'appel ne paraissent pas sérieux et infirmer en conséquence le jugement déferé. Une telle situation est de nature à ruiner les chances de redressement de l'entreprise. D'où la proposition de faire examiner la requête tendant à l'arrêt de l'exécution provisoire plutôt par une formation collégiale de la Cour d'appel que par son Président afin de réduire les risques d'une contrariété entre les décisions.

l'exécution provisoire. Par la technique de renvoi, ces règles seraient intégrées dans les textes harmonisés relatifs à la création et au fonctionnement des juridictions commerciales.

1172. Si dans l'espace OHADA, le défi de la spécialisation des juridictions en vue d'un meilleur traitement judiciaire des défaillances d'entreprises doit être relevé en France, les dysfonctionnements observés dans le fonctionnement des tribunaux de commerce justifie la réforme déjà amorcée et dont il convient ici de cerner les principaux axes saillants.

B. LES AXES SAILLANTS DE LA REFORME FRANÇAISE

1173. L'amélioration du fonctionnement de la justice consulaire en France est un objectif qui demeure d'actualité depuis de nombreuses années¹⁹⁶³. La question a été remise sur la sellette avec un rapport parlementaire de juillet 1998 sur le fonctionnement des tribunaux de commerce.

1174. Le rapport MONGUILLAN et le rapport MONTEBOURG ont, globalement, posé le diagnostic sur le fonctionnement des tribunaux de commerce français. Il en résulte que les entraves au bon fonctionnement de ces tribunaux sont, selon les auteurs du rapport parlementaire de juillet 1998, notamment liées à l'inadaptation de la carte judiciaire, au défaut de formation des juges consulaires, aux incertitudes déontologiques de la fonction, aux faiblesses du régime disciplinaires, au problème de financement des tribunaux, à la présence insuffisante des Magistrats du parquet dans les audiences en matière de procédures collectives¹⁹⁶⁴.

1175. Les questions relatives au déficit de formation des juges consulaires et aux incertitudes déontologiques seront examinées dans le cadre du chapitre relatif à la qualité du personnel d'encadrement de la faillite¹⁹⁶⁵. Les questions relatives aux faiblesses du régime disciplinaires, au financement des tribunaux, à la présence

¹⁹⁶³ Cette question préoccupait déjà le Gouvernement français qui, en 1973, avait chargé M. MONGUILLAN qui, à cette époque était Président de la chambre commerciale de la Cour de cassation de réfléchir aux voies de réformes éventuelles. Ce dernier déposera par la suite un rapport dit « rapport MONGUILLAN ».

¹⁹⁶⁴ V. O. DUFOUR, « Réforme des tribunaux de commerce, ou l'on reparle de l'échevinage... », in Les Petites Affiches, n° 87 du 22 juin 1998.

¹⁹⁶⁵ Infra n°1400 et s., 1464 et s.

insuffisante des Magistrats du parquet dans les audiences des procédures collectives ne feront pas l'objet de développements particuliers. En revanche, parce qu'elle demeure une question centrale dans le fonctionnement des tribunaux de commerce français, la problématique de l'inadaptation de la carte judiciaire de ces juridictions sera examinée (1), ce qui permettra sans doute de comprendre la réponse apportée à cette question par la réécriture de la carte judiciaire des juridictions consulaires (2).

1. L'inadaptation de la carte judiciaire des tribunaux de commerce

1176. Il ressort d'un rapport de la Commission des lois du Sénat que la carte judiciaire consulaire française est hétérogène, ce qui en accroissait la complexité et la lisibilité¹⁹⁶⁶.

1177. Il ressort par ailleurs du même rapport les constatations suivantes : la carte judiciaire est caractérisée par une grande stabilité depuis le 19^e siècle et a fait l'objet d'une critique ancienne admise par l'ensemble du corps consulaire, l'implantation des tribunaux de commerce devenue désormais obsolète s'est organisée en dehors de toute cohérence globale, l'émiettement des juridictions a entraîné une grande hétérogénéité dans la taille et l'activité des juridictions, les différences d'activité entre les juridictions a abouti à une organisation très disparate.

1178. Deux conséquences principales résultent de cette situation. D'une part, la carte, telle qu'elle se présente, ne permet pas d'assurer l'égalité de traitement des justiciables. D'autre part, elle n'apporte pas les garanties minimales de qualité de la justice rendue¹⁹⁶⁷.

1179. S'agissant particulièrement de la rupture d'égalité de traitement des justiciables du fait de l'inadaptation de la carte judiciaire consulaire, la commission constituée en novembre 1973 sous la présidence de M. MONGUILLAN dressait déjà son constat ainsi qu'il suit : « ...*Depuis quatre siècles, l'inadaptation des tribunaux de commerce s'est faite au gré de circonstances diverses et leurs circonscriptions*

¹⁹⁶⁶ V. rapport de la Commission des lois du Sénat sur le projet de loi relatif aux Tribunaux de Commerce adopté le 28 mars 2001 par l'Assemblée nationale, [http : www.senat.fr](http://www.senat.fr)

¹⁹⁶⁷ A. MONTEBOURG et F. COLOMBET, op.cit, p. 101.

définies à l'échelle des problèmes économiques et commerciaux de l'époque. A l'heure actuelle, des mutations économiques profondes sont intervenues et des centres, autrefois importants, ont perdu de leur importance. Les tribunaux de Commerce qui s'y trouvaient ont vu leur activité diminuer pour devenir, dans certains cas symboliques... » .

« A l'inverse, les tribunaux de commerce situés dans les villes importantes, au cœur de régions en plein essor économique, connaissent du fait de l'existence d'autres tribunaux de Commerce de proximité, une assise territoriale qui nuit à leur rayonnement¹⁹⁶⁸ ».

1180. L'inadaptation de la carte judiciaire des juridictions consulaires françaises ne pouvait dès lors que donner lieu à une réécriture de celles-ci dans un contexte général de modernisation de la justice française.

2. La réécriture de la carte judiciaire des juridictions consulaires

1181. De longue date, les tribunaux de commerce français ont pris conscience de la nécessité d'une réforme. Ainsi, en 1974 et en 1984, la justice consulaire, constatant l'inadaptation de sa carte judiciaire aux besoins d'une justice économique moderne et compétitive, avait déjà proposé sa réforme aux pouvoirs publics. De nouveau, en 2004, la Conférence Générale des Juges Consulaires de France¹⁹⁶⁹ a mis en chantier un schéma directeur de réforme de sa carte judiciaire finalisé en 2005 et réactualisé au 30 septembre 2007¹⁹⁷⁰. Ce schéma directeur s'articule autour de deux points essentiels : les principes ayant présidé à son élaboration et les conditions de sa mise en œuvre.

1182. S'agissant des principes ayant présidé son élaboration, ceux-ci sont relatifs à un certain nombre d'idées fortes qu'il convient de résumer. Les auteurs de ce schéma directeur affirment d'abord que *« les tribunaux de commerce optent résolument pour une réforme qui renforcent la compétence, la déontologie et l'efficacité de la justice*

¹⁹⁶⁸ A. MONTEBOURG et F. COLOMBET, op.cit, p. 101.

¹⁹⁶⁹ En abrégé CJCF.

¹⁹⁷⁰ Ce schéma directeur a été publié sur le site du Ministère de la justice : [http : www . cartejudiciaire.justice.gouv.fr](http://www.cartejudiciaire.justice.gouv.fr).

économique française », tout en refusant de devenir des « *sections délocalisées d'un Tribunal de première instance départemental* ».

1183. Ils soutiennent ensuite que le service public rendu ainsi que la contribution des tribunaux de commerce au règlement des litiges, à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises en France, justifient le maintien de leur identité et de leur statut.

1184. Enfin, les auteurs du schéma directeur soutiennent qu'en matière de justice en France, l'usager a droit à l'égalité de traitement et qu'en conséquence, le service de la justice économique et, particulièrement celui de la prévention des difficultés des entreprises et de la sauvegarde des emplois qui en dépendent, doit respecter ce principe. Ils en déduisent que le savoir faire des juges de l'entreprise impose dès lors le transfert des activités de chambres commerciales des tribunaux de Grande Instance vers les tribunaux de Commerce.

1185. S'agissant des conditions de mise en œuvre de schéma directeur, elles concernent respectivement les juges des tribunaux de commerce réformés, les moyens et les compétences d'attribution des juridictions consulaires.

1186. Pour ce qui est des juges, il est proposé que la réforme n'entraîne pas de « *suppressions* » mais des « *regroupements* » de tribunaux, sauf à quantifier pour chaque Tribunal de regroupement, un effectif optimum lui permettant de remplir au mieux ses fonctions. Il est également proposé que la réforme de la carte judiciaire s'accompagne d'un nouveau progrès dans la formation initiale et continue des juges.

1187. Quant aux moyens, le schéma directeur suggère notamment que les budgets de fonctionnement des tribunaux de commerce soient révisés tant leur définition et leur attribution sont disparates d'un Tribunal à un autre. Il suggère par ailleurs que les budgets d'équipement tiennent compte, outre de l'adaptation des locaux des tribunaux de regroupement, de leur équipement numérique et de celui des juges. Enfin, face à l'insuffisance des moyens de l'Etat dans le financement de sa justice économique, la question est posée de savoir s'il ne peut pas être envisagé un financement

complémentaire par le monde de l'économie dans le cadre d'un partenariat public-privé.

1188. En ce qui concerne les compétences d'attribution, il est proposé que, parce que désormais tribunaux des entreprises, appliquant le droit économique, la compétence des juridictions consulaires regroupées soit mise en cohérence avec l'évolution du tissu et des acteurs économiques. Sous ce rapport, ces juridictions bénéficient d'un champ d'intervention le plus large possible en matière de droit économique. Il est ainsi proposé une compétence pour tous les contentieux relatifs aux baux commerciaux, au cautionnement des prêts aux entreprises, aux brevets et modèles communautaires et, plus généralement, toutes les affaires concernant les artisans, les agriculteurs, les professions libérales.

1189. Ces propositions de juridictions consulaires ont été largement suivies par les pouvoirs publics français. En effet, un décret du 15 février 2008 modifie profondément la carte de la justice commerciale française, à partir du 1^{er} janvier 2009¹⁹⁷¹.

1190. Ainsi, depuis le 1^{er} janvier 2009, le nombre des tribunaux de commerce a été réduit. 55 tribunaux ont été supprimés essentiellement dans les zones rurales¹⁹⁷². En revanche, 66 tribunaux de Commerce ont été créés¹⁹⁷³.

1191. A la suite de cette reconfiguration, la carte des tribunaux de commerce s'en trouve resserrée. Cependant, en l'absence de tribunaux de commerce, dans une vingtaine de ressorts, les tribunaux de Grande Instance composés de juges professionnels assurent la justice commerciale.

1192. Par ailleurs, afin d'harmoniser cette justice, la compétence commerciale exercée jadis par les tribunaux de Grande Instance a été transférée aux tribunaux de Commerce déjà existants ou créés comme le souhaitait du reste ardemment la

¹⁹⁷¹ Il s'agit du décret n° 2008-146 du 15 février 2008 modifiant le siège et le ressort des Tribunaux de commerce.

¹⁹⁷² La plupart des départements ne comptant plus qu'un seul Tribunal de commerce.

¹⁹⁷³ Il s'agit des Tribunaux d'Annecy, Bernay, Guéret, Mende, Thonon-les-Bains, ainsi que le Tribunal mixte de Saint-pierre de la Réunion.

Conférence des juges consulaires de France¹⁹⁷⁴. Il en résulte que la compétence des tribunaux de Commerce est désormais étendue à l'ensemble du territoire, à quelques exceptions près¹⁹⁷⁵, ce qui, à n'en pas douter devrait faciliter un accès qualitatif au juge de l'entreprise en difficulté.

SECTION 2 : L'ACCES AU JUGE DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE

1193. Le sauvetage de l'entreprise en difficulté ne peut être efficient que, si, entre autres conditions, l'accès au juge de l'entreprise en difficulté est facilité.

1194. De manière générale, il n'est plus discuté que le droit au juge constitue un droit fondamental. Il bénéficie aussi bien en France qu'en Afrique d'une triple protection universelle, régionale et nationale. Il convient par ailleurs de préciser que le droit d'accès à la justice implique le droit à l'exécution des décisions obtenues¹⁹⁷⁶.

1195. Au plan universel, le droit d'accès à la justice est consacré par la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 dont l'article 8 reconnaît à toute personne le « *droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi* ». De même, l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 enseigne que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un Tribunal...* ». Ces instruments juridiques internationaux ont été ratifiés aussi bien par la plupart des Etats africains que par la France.

¹⁹⁷⁴ A cet égard, M. PERRETTE REY, Président du Tribunal de commerce de Paris et président de la Conférence des juges consulaires de France, s'exprimait ainsi : « *pourquoi les Tribunaux de Commerce, réformés et modernisés n'auraient-ils pas eu vocation à connaître en premier ressort de tous les différends commerciaux ainsi que de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises ?* », V. « Les objectifs du Président de la République pour les Tribunaux de commerce », Les Petites Affiches, 12 septembre 2007, précité, p.3.

¹⁹⁷⁵ Un régime particulier est en place dans la Moselle, le Bas-Rhin et le Haut-Rhin où la justice commerciale est exercée par les chambres commerciales des Tribunaux d'instance et de Grande Instance, composées de juges professionnels et d'assesseurs élus, système de l'échevinage en place en 1877 et conservé après le rattachement de l'Alsace-Moselle à la France en 1918. Par ailleurs, dans les DOM-TOM, l'échevinage est également en vigueur et la justice commerciale relève des Tribunaux mixtes de commerce, sauf à relever que la compétence commerciale de Tribunal de Grande Instance de Saint-Pierre (de la Réunion) a été transférée à un nouveau Tribunal mixte de Commerce à Sant- Pierre.

¹⁹⁷⁶ V. R. CABRILLAC, M-A. FRISON ROCHE et Th. REVET, Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 8è ed, 2002, n° 514, p.475.

1196. Au plan régional, la Convention Européenne des Droits de l'Homme, en son article 6-1, pose le principe selon lequel, « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un Tribunal...* ». En Afrique, aux termes des dispositions de l'article 7 de la Charte africaine des droits et des peuples « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue...* », ce droit comprenant notamment « *le droit de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis par les conventions, les lois, règlements et autres coutumes en vigueur* ».

1197. Au plan national, en Afrique, les différentes constitutions des Etats et, particulièrement, celles issues du mouvement récent de démocratisation consacrent ce droit¹⁹⁷⁷, les Codes de procédure civile se chargeant de leur mise en œuvre¹⁹⁷⁸. En France, bien que le droit au juge ne figure pas comme tel dans les textes constitutionnels¹⁹⁷⁹, celui-ci est affirmé en droit procédural interne au travers des dispositions de l'article 30 du Code de procédure civile qui dispose que « *l'action est le droit (ou le pouvoir) pour l'auteur d'une prétention d'être entendue sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondé*¹⁹⁸⁰ ».

1198. En droit des entreprises en difficulté, le droit à l'accès au juge qui n'est qu'une facette du droit à un procès équitable¹⁹⁸¹ tel que garanti en France et en Afrique par les instruments juridiques suscités revêt une dimension particulière.

1199. En effet, dès lors que par essence, le droit des entreprises en difficulté poursuit des objectifs d'intérêt général et est au service de l'entreprise, soit pour assurer la sauvegarde et son redressement, soit pour organiser sa liquidation dans un cadre global propre à la défense d'intérêts multiples souvent divergents¹⁹⁸², faut-il banaliser l'accès au juge ?

¹⁹⁷⁷ Au Cameroun par exemple, ce droit est garanti par le préambule de la constitution du 18 janvier 1996 : « *la loi assure à tous les hommes le droit de se faire rendre justice* ».

¹⁹⁷⁸ R. DEGNI-SEGUI, « *L'accès à la justice et ses obstacles* », actes du colloque international des 29,30 Septembre et 1^{er} Octobre 1993 à Port-Louis, « *l'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone* », éditions Apulf-uref, Montréal, p. 243.

¹⁹⁷⁹ Encore que certains estiment qu'il est affirmé dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

¹⁹⁸⁰ V. P. COUVROT, « *L'accès à la justice et ses obstacles* », actes du colloque précité, p. 257.

¹⁹⁸¹ PH. DELMOTTE, « *L'accès du juge dans les procédures collectives* », actes du colloque de Nice précité, Les Petites Affiches, p.50.

¹⁹⁸² PH. DELMOTTE, précité, p.50.

1200. L'on ne saurait, sauf à faire preuve d'imprudence, donner une réponse tranchée à cette question. Le moins que l'on puisse en dire est que, l'on constate que tant en droit africain qu'en droit français, la réalisation d'objectifs d'intérêt général a influencé le législateur relativement à l'accès au juge à telle enseigne que cet accès est encadré par un corps de règles particulières ou dérogatoires au droit commun. Le second constat qui peut être fait est que l'accès au juge de l'entreprise en difficulté est également limité par des règles qui ont trait à la justice de manière générale ou, par des causes liées au contexte. De la sorte, l'on peut affirmer que les limites à l'accessibilité du juge de l'entreprise en difficulté se justifient d'abord par le cadre normatif et institutionnel (paragraphe 1) et, ensuite, par le contexte (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : LES LIMITES A L'ACCESSIBILITE DU JUGE DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE TENANT AU CADRE NORMATIF ET INSTITUTIONNEL

1201. Les difficultés d'accès au juge de l'entreprise en difficulté en charge de son sauvetage judiciaire peuvent résulter des textes en vigueur en France et en Afrique. Les textes concernés sont tantôt des textes comportant des exigences procédurales (A), tantôt des textes relatifs à des questions d'administration de la justice (B).

A. LES TEXTES COMPORTANT DES EXIGENCES PROCEDURALES COMME LIMITES A L'ACCESSIBILITE

1202. Le caractère restrictif des voies de recours en droit africain et en droit français a fait l'objet d'abondants développements¹⁹⁸³ tant il est vrai que, le souci du législateur d'aller vite en matière de prévention et de traitement des défaillances d'entreprises, est inconciliable avec une remise en cause des solutions judiciaires retenues. Mais, il va sans dire que cette limitation des voies de recours est susceptible d'entraver le droit d'accès au juge.

¹⁹⁸³ Supra, n° 551 et s.

1203. On rappellera cependant qu'il est soutenu que restreindre les voies de recours ne constitue pas en soi une atteinte au droit à un Tribunal¹⁹⁸⁴ car, ce droit n'est pas absolu comme le reconnaît au demeurant la Cour européenne des droits de l'Homme qui affirme que ce droit « *se prête à certaines limitations implicitement admises, notamment pour les conditions de recevabilité d'un droit reconnu, car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat qui jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation* »¹⁹⁸⁵. Toutefois, ces limitations « *ne sauraient restreindre l'accès ouvert à une justice d'une manière ou à un point tels que son droit d'accès s'en trouve atteint dans sa substance même* »¹⁹⁸⁶.

1204. Cependant, l'on observe que les exigences procédurales sont telles que les limites à l'accessibilité au juge ne sont pas seulement liées à l'exercice des voies de recours contre les décisions rendues par un juge déjà saisi. Elles sont également liées à la restriction des pouvoirs de saisir initialement le juge de l'entreprise en difficulté (1), restrictions susceptibles de constituer une entrave au sauvetage de l'entreprise (2).

1. La limitation des auteurs de la saisine du juge dans le cadre des procédures préventives

1205. Aux termes des dispositions de l'article 5 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, seul le débiteur a qualité pour saisir la juridiction compétente aux fins d'obtention d'un règlement préventif et, c'est à lui seul que revient le droit d'indiquer, dans sa requête, les créances pour lesquelles il demande la suspension des poursuites. Il en est ainsi parce que le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements et que les créanciers n'ont pas de ce fait connaissance de ses difficultés ni d'intérêt direct à provoquer l'ouverture de la procédure. Même le Ministère public, gardien de l'intérêt général n'a pas qualité pour saisir le juge préventif.

¹⁹⁸⁴ PH. DELMOTTE, article précité, p.51.

¹⁹⁸⁵ CEDH, 28 mai 1983 ; ASHINGDANE C/ Royaume Uni.

¹⁹⁸⁶ CEDH, 21 septembre 1994, Fayed C/ Royaume Uni.

1206. En droit français pareillement, les outils de prévention mis à la disposition du débiteur ou du chef d'entreprise ne relèvent pas de la coercition. Si le débiteur n'est pas en cessation des paiements, il peut demander la désignation d'un mandataire ad hoc¹⁹⁸⁷ ou encore, recourir à la conciliation¹⁹⁸⁸ ou à la sauvegarde¹⁹⁸⁹. Il convient de rappeler qu'il est le seul à pouvoir le faire. Le législateur, souhaitant favoriser le recours à ces instruments préventifs lui a en effet accordé un monopole quant à la saisine du juge¹⁹⁹⁰.

1207. S'agissant particulièrement du mandat ad hoc, contrairement aux textes anciens silencieux sur ce point, le nouvel article L.611-3 du Code de commerce prévoit expressément que la demande est adressée au Président de la juridiction compétente par le représentant légal de la personne morale ou par le débiteur personne physique. La désignation du mandataire ad hoc ne saurait donc être initiée par les salariés comme cela avait pu être évoqué tant devant l'Assemblée Nationale¹⁹⁹¹ que devant le Sénat¹⁹⁹² ou encore par des créanciers. Mais surtout, le Président du Tribunal n'a aucun pouvoir d'auto saisine¹⁹⁹³. Comme le relève fort à propos M. ROUSSEL, l'exclusivité reconnue au débiteur de demander la désignation d'un mandataire ad hoc « *participe de la volonté de conserver à ce mode de traitement des difficultés son caractère simple et volontaire et l'on voit mal l'intérêt en pratique de désigner un mandataire ad hoc sans l'adhésion du dirigeant* »¹⁹⁹⁴. Il peut tout au plus être soutenu qu'il appartient au Président du Tribunal d'informer le dirigeant de l'existence de cet instrument, mais également et surtout aux Conseils du débiteur de l'orienter, en tant que de besoin, vers ce mode de résolution de ses difficultés¹⁹⁹⁵.

¹⁹⁸⁷ Supra n° 155 et s.

¹⁹⁸⁸ Supra n° 169 et s.

¹⁹⁸⁹ Supra n° 194 et s.

¹⁹⁹⁰ Ph. ROUSSEL GALLE, « *Le droit des entreprises en difficulté après les réformes du 26 juillet 2005 et du 18 décembre 2008* », Economie, décembre 2009, p. 955 et s, n° 6.

¹⁹⁹¹ Débat AN, séance 2 mars 2005, JOAN CR, 3 mars 2005, p. 1590, amendement n° 455

¹⁹⁹² Débat Sénat, séance 29 juin 2005, JO Sénat CR, 30 juin 2005, p. 4774, amendement n° 217

¹⁹⁹³ La Commission des Lois de l'Assemblée Nationale a pensé à un moment donné, que ce pouvoir d'auto saisine pouvait présenter quelque intérêt, notamment dans le prolongement d'une convocation par le Président du Tribunal n'ayant pas abouti ou, en cas d'ignorance par le chef d'entreprise de la faculté que la loi lui reconnaît de demander la désignation d'un mandataire ad hoc¹⁹⁹³. Elle s'est par la suite ravisée en convenant qu'imposer d'office la désignation d'un mandataire ad hoc à une entreprise, avec l'obligation de le rémunérer, paraissait excessive, v. rapp. AN n° 2095, DOCAN 2005, N°2095, Commission des lois, sauvegarde des entreprises, p.127, X.DE ROUX.

¹⁹⁹⁴ V. Ph. ROUSSEL, Réforme du droit des entreprises en difficulté, précité, n° 97, p. 57.

¹⁹⁹⁵ En ce sens, G. TEBOUL, « *Petit bréviaire de la loi sur la sauvegarde pour ceux qui souhaitent une information pratique la prévention* », Les Petites Affiches, 19 oct. 2005, n° 2008, p.3.

1208. En matière de conciliation, la procédure ne peut être ouverte qu'à l'initiative du débiteur ou du dirigeant¹⁹⁹⁶. Cette exclusivité en matière de saisine paraît opportune¹⁹⁹⁷ car, comme le relève Me SAPIN, elle « *répond au souci de conserver l'exigence d'une démarche du dirigeant pour requérir une procédure de prévention. En effet, la prévention ne se décrète pas, elle nécessite l'adhésion du dirigeant* ¹⁹⁹⁸ ». Au demeurant, selon M. PETEL, toute autre solution serait « *dangereuse pour la réputation de l'entreprise* »¹⁹⁹⁹. La solution est logique puisque la demande d'ouverture d'une procédure de conciliation pouvait être sollicitée alors que l'entreprise n'est pas en cessation des paiements, il n'y a aucune obligation légale à demander l'ouverture d'une procédure de conciliation²⁰⁰⁰. Même si l'entreprise est en état de cessation des paiements depuis moins de 45 jours, il n'y a toujours aucune obligation légale pour le débiteur à solliciter l'ouverture d'une procédure de conciliation²⁰⁰¹.

1209. Cependant, dans la pratique, il apparaît que le chef d'entreprise recourt rarement de sa propre initiative à une procédure de conciliation, mais plus généralement, sur la suggestion de ses Conseils, voire de ses créanciers²⁰⁰². Le chef d'entreprise sera également incité à la conciliation par ce qu'il aura déjà sollicité les pouvoirs publics aux fins d'octroi d'aides²⁰⁰³.

1210. La situation est la même dans la procédure de sauvegarde, dans laquelle le débiteur dispose du monopole de saisine du juge²⁰⁰⁴. En effet, aux termes des dispositions de l'article L. 620-1, alinéa 1^{er} du Code de commerce, la procédure de sauvegarde est « *ouverte sur demande d'un débiteur...* ²⁰⁰⁵ ». Une réserve doit cependant être faite s'agissant des hypothèses particulières de l'extension en confusion de patrimoines ou fictivité et de la conversion de la sauvegarde en

¹⁹⁹⁶ Supra n°1206.

¹⁹⁹⁷ Ph. ROUSSEL, Réforme du droit des entreprises en difficulté, précité, n° 155, p. 84.

¹⁹⁹⁸ B. SAPIN, « *Le règlement amiable... ou la conciliation. Potion miracle ou placebo ? Conciliation et cessation des paiements* », in « *entreprises en difficulté : nouvel essai. Moins de liquidation par plus de prévention. Mythe ou réalité ?* » Colloque droit et commerce, Deauville, 3-4 avril 2004, RJ com. 2004, hors série, p. 59.

¹⁹⁹⁹ Ph. PETEL, « *Le nouveau droit des entreprises en difficulté* », JCPÉ 2005, étude 1509, spéc. N° 33.

²⁰⁰⁰ P.- M. LE CORRE, Dalloz Action 2008/2009, Droit et pratiques des procédures collectives, n° 141.32, p. 185.

²⁰⁰¹ Ibid.

²⁰⁰² En ce sens, P. REY auditionné par la Commission des lois du Sénat, le 30 mars 2005, après adoption du projet de loi par l'Assemblée Nationale, Bull. commission sénat, 2 avr. 2005, n° 22, p. 4305, spéc. P. 4307.

²⁰⁰³ P. LE CANNU, Droit commercial, instruments de paiement et de crédit - Entreprises en difficulté, 7^è ed. Dalloz, n° 87.

²⁰⁰⁴ Supra, n°1206.

²⁰⁰⁵ Pour une application, v. CA Metz, 1^{ère} ch. Civ. 17 avr. 2007, p. 24, obs. Ch. LEBEL.

redressement judiciaire, hypothèses dans lesquelles le titulaire de l'action n'est pas toujours le débiteur²⁰⁰⁶.

1211. S'agissant de la première hypothèse visée, il faut relever que le législateur du 26 juillet 2005 s'est limité à consacrer légalement les causes d'extension sans en réglementer les modalités de mise en œuvre de l'action. Les solutions jurisprudentielles antérieures à la loi de 2005, écartent le débiteur au profit notamment des mandataires judiciaires²⁰⁰⁷. Pour ce qui est de la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire, dans l'hypothèse de la conversion fondée sur le fait que le débiteur était en cessation des paiements au jour du jugement d'ouverture, l'article L.621-12, alinéa 2 du Code de commerce prévoit que le Tribunal est saisi par l'administrateur, le mandataire judiciaire ou le Ministère public. Ce texte prévoit la possibilité d'auto saisine du Tribunal. En revanche, dans l'hypothèse de la conversion faisant suite à la survenance de l'état de cessation des paiements pendant la période d'observation, l'article L. 622-10 du même Code prévoit que le Tribunal est saisi par le débiteur, l'administrateur, le mandataire judiciaire, un contrôleur, le Tribunal pouvant se saisir d'office. Il importe de relever cependant qu'en ce qui concerne le droit du Tribunal de se saisir d'office, celui-ci est désormais remis en cause depuis l'intervention de la décision rendue le 7 décembre 2012 et déclarant inconstitutionnelles les dispositions de l'article L.631-5 du Code de commerce autorisant le Tribunal à se saisir d'office aux fins d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire²⁰⁰⁸.

1212. Sous cette réserve, le principe en matière de sauvegarde est de laisser au seul débiteur l'initiative de la saisine du juge. Pour M. ROUSSEL, il aurait été peu efficace et dangereux d'octroyer ce pouvoir de saisine à un créancier par exemple ou même au Tribunal²⁰⁰⁹. Peu efficace parce que la réussite de la sauvegarde suppose la participation volontaire du débiteur. Dangereux parce que une telle hypothèse engendrerait une certaine insécurité pour ce dernier. Par ailleurs, cet auteur estime qu'au regard des difficultés traditionnellement rencontrées par les créanciers pour

²⁰⁰⁶ Le nouvel article L. 621-2 du Code de commerce applicable également en matière de redressement judiciaire, prévoit l'hypothèse dans laquelle la procédure de sauvegarde « peut être étendue à une ou plusieurs personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale ».

²⁰⁰⁷ V. Ph. ROUSSEL GALLE, Réforme du droit des entreprises en difficulté, op cit, n°345, p.181.

²⁰⁰⁸ Supra, n°415.

²⁰⁰⁹ Ph. ROUSSEL GALLE, Réforme du droit des entreprises en difficulté, précité, n°318, p.167.

prouver l'état de cessation des paiements dans la procédure de redressement judiciaire, l'on peut imaginer l'ampleur des difficultés que rencontreraient ces derniers pour rapporter la preuve de l'existence du critère légal d'ouverture de la sauvegarde.

1213. En tout état de cause, les juges du fond n'hésitent pas à mettre en application le monopole reconnu par l'article L. 620-1 du Code de commerce en matière de mise en œuvre de la procédure de sauvegarde chaque fois que l'occasion leur est donnée. Ainsi, par exemple, la Cour d'Appel de Metz a jugé que ni le Tribunal, ni le Ministère public, ni les créanciers n'ont qualité pour solliciter l'ouverture de la procédure de sauvegarde²⁰¹⁰. S'agissant particulièrement de l'exclusion des créanciers, celle-ci se comprend d'autant mieux que le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements et honore en conséquence ses engagements tant contractuels²⁰¹¹ que légaux²⁰¹².

1214. Si les raisons ayant conduit les législateurs africain et français à ne permettre qu'au seul débiteur de saisir le juge de l'entreprise en difficulté dans le cadre des procédures collectives apparaissent suffisamment justifiées, l'on ne manquera pas cependant de relever qu'une telle approche peut, à y regarder de près, constituer un handicap au sauvetage de l'entreprise.

2. Le risque de compromettre le sauvetage de l'entreprise

1215. Les exigences procédurales portant notamment sur la limitation des auteurs de la saisine du juge posent de nouveau, en droit français et en droit africain, la problématique de la nécessité d'une intervention précoce du juge comme condition d'un sauvetage de l'entreprise en difficulté²⁰¹³.

1216. En effet, le monopole réservé au seul débiteur pour saisir le juge dans le cadre du règlement préventif en droit africain, du mandat ad hoc, de la conciliation et de la

²⁰¹⁰ V. CA Metz, 1^{ère} ch. Civ, 17 avril 2007, précité.

²⁰¹¹ Rapport Xavier de ROUX, n° 295, p. 176.

²⁰¹² Tels notamment le paiement des cotisations liées à la sécurité sociale et celui des impôts.

²⁰¹³ Supra, n° 698.

sauvegarde en droit français peut conduire à une saisine tardive de celui-ci et, par voie de conséquence à la réduction des chances de sauvetage de l'entreprise. Ainsi, le chef d'entreprise peut s'abstenir de recourir à ces procédures préventives soit en raison d'une mauvaise appréciation de la situation de l'entreprise, soit du fait d'une méconnaissance du dispositif légal en vigueur²⁰¹⁴. A cet effet, il est connu de tous que, dans l'ensemble, les chefs d'entreprise connaissent mal les arcanes du droit des entreprises en difficulté.

1217. Face à cette situation, il est à se demander s'il ne serait pas indiqué dans toutes ces procédures, de permettre qu'en cas de défaillance du débiteur le Tribunal ou le Ministère public, gardien de l'intérêt général, se saisisse d'office. Cette question se pose beaucoup avec plus d'acuité en cas de recours à la procédure de conciliation durant les 45 jours qui suivent l'état de cessation des paiements. En effet, le débiteur étant déjà en état de cessation des paiements dans une telle hypothèse et, n'honorant plus, par définition, ses engagements, il ne saurait être soutenu que les créanciers n'ont pas d'intérêt direct à provoquer l'ouverture de cette procédure. Du reste, il a été relevé que, permettre aux débiteurs de recourir à une procédure de conciliation après cessation des paiements risque de conduire certains d'entre eux à se faire conforter dans une démarche attentiste et à recourir trop tardivement à la procédure de conciliation²⁰¹⁵, dans le seul but d'éviter l'ouverture du redressement judiciaire²⁰¹⁶.

1218. Quoiqu'il en soit, les textes comportant des exigences d'ordre procédural ne sont pas les seuls à limiter l'accès au juge de l'entreprise en difficulté en droit français et en droit OHADA. Certains textes relatifs aux problèmes d'administration même de la justice peuvent également constituer une limite à l'accès au juge.

B. LES TEXTES RELATIFS AUX PROBLEMES D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE COMME LIMITES A L'ACCESSIBILITE

1219. Les personnes habilitées à saisir le juge en matière de prévention ou de traitement des difficultés de l'entreprise ne peuvent facilement accéder audit juge que

²⁰¹⁴ Sur la méconnaissance du droit comme obstacle au sauvetage de l'entreprise en difficulté, v. infra n° 1246 et s.

²⁰¹⁵ B. SAPIN, article précité, p. 59.

²⁰¹⁶ Ph. ROUSSEL GALLE, Réforme du droit des entreprises en difficulté, op cit, n° 150, p. 82.

si, géographiquement, ce dernier est proche d'elles. De la même manière, elles ne peuvent accéder au juge que si elles sont en mesure d'en supporter le coût induit. Ainsi donc, l'éloignement géographique des justiciables (1) et le coût de la justice (2) tels que résultant des textes en vigueur peuvent constituer un obstacle pour accéder au juge de l'entreprise en difficulté.

1. L'éloignement géographique des justiciables

1220. L'une des premières conditions d'accessibilité à la justice est la proximité des juridictions. Le sauvetage judiciaire de l'entreprise en difficulté sera d'autant possible que le juge sera moins éloigné des personnes susceptibles de le saisir.

1221. La question de l'éloignement des justiciables en matière de prévention et de traitement des difficultés d'entreprise s'appréhende différemment selon que l'on se place dans le contexte africain (a) ou selon que l'on se réfère au contexte français (b).

a) L'éloignement géographique des justiciables en Afrique

1222. En Afrique, la difficulté d'accès au juge de l'entreprise résultant de l'éloignement géographique du justiciable peut être examinée aussi bien au plan des juridictions nationales qu'au plan de la juridiction internationale que constitue la Cour Commune de Justice et d'arbitrage d'Abidjan.

1223. De manière générale, au plan national, il est traditionnellement soutenu qu'il existe une faible implantation des tribunaux en Afrique à telle enseigne qu'il a été avancé une proportion d'un Magistrat pour 50.000 habitants²⁰¹⁷. De fait, le principal reproche généralement avancé dans les études relatives à la justice en Afrique, porte sur l'insuffisance des Cours d'Appel et des tribunaux, notamment dans les Etats à vaste superficie²⁰¹⁸. Se pose donc ainsi le problème de « *l'accessibilité spatiale* » du

²⁰¹⁷ A.D. ENGANEMBEN, Pauvreté et accès à la justice au Cameroun : l'assistance judiciaire, Mémoire de fins d'études de Master en droits de l'homme et action humanitaire, Université catholique d'Afrique Centrale, Institut catholique de Yaoundé, janvier 2003, p.10.

²⁰¹⁸ Alioune B. FALL, « *l'accessibilité à la justice en Afrique* », in Justice et Droits de l'Homme, actes du Colloque du 28^e congrès de l'IDEF tenu du 6 au 8 mars 2003 à Paris, p. 323 et s.

juge de l'entreprise en difficulté quand ce n'est pas simplement le caractère non fonctionnel des juridictions créées²⁰¹⁹.

1224. A la vérité, la question de l'éloignement géographique des justiciables en matière de prévention et de traitement d'entreprises en difficulté comme source d'inaccessibilité du juge mérite d'être relativisée²⁰²⁰ et réduite à sa juste proportion en ce qui concerne tout au moins les juridictions nationales.

1225. En effet, il faut d'abord reconnaître que, de manière générale, des efforts ont été déployés par les différents législateurs africains depuis les indépendances en vue de rapprocher la justice des justiciables²⁰²¹ par la création d'un grand nombre de juridictions aux dénominations diverses²⁰²², bien que ces efforts soient restés insuffisants²⁰²³. Les pays appartenant à l'espace OHADA sont du reste conscients de cette réalité tant et si bien qu'il ressort de la Déclaration de Paris du 14 février 2008, issue de la IV^e conférence des Ministres réunis à Paris les 13 et 14 février 2008 l'engagement de « *veiller à une répartition adaptée des juridictions tenant compte des réalités géographiques, sociales et économiques* » en vue de l'organisation et l'administration d'une justice de qualité²⁰²⁴. Il convient de relever ensuite qu'en matière de prévention et de traitement des difficultés de l'entreprise la réponse judiciaire doit reposer beaucoup plus sur la qualité des juges que sur la quantité. La chose la plus importante apparaît donc être la création des juridictions spécialisées dans les Etats appartenant à l'espace OHADA. Comme il a déjà été suggéré²⁰²⁵, l'idéal n'est pas de calquer l'implantation des juridictions commerciales spécialisées sur celle des juridictions de droit commun mais, plutôt, d'implanter un nombre limité

²⁰¹⁹ R. DEGNI-SEGUI, article précité, p. 243.

²⁰²⁰ Les données semblent avoir en effet évolué. Ainsi, il résulte des statistiques qu'en 2010, on compte 1 Magistrat pour 20500 habitants au Cameroun, 1 magistrat pour 27350 habitants au Sénégal et 1 magistrat pour 32000 habitants au Bénin, v. rapport d'étape n° 1, élaboré en mars 2010 par le Consortium SOFRECO dans le cadre de la « *mission de finalisation et d'opérationnalisation de la stratégie de la justice* » au Cameroun, p. 36.

²⁰²¹ Idem.

²⁰²² Ce sont d'abord les justices de paix créées après les indépendances, ensuite les Tribunaux populaires locaux au Bénin, Tribunaux populaires de conciliation au Burkina Faso, Tribunaux populaires au Congo, Tribunaux d'instance en Côte d'Ivoire, Cameroun etc.

²⁰²³ A titre d'illustration, au Cameroun, les prescriptions législatives (il s'agit de l'ordonnance n° 72/4 du 26 août 1972 portant organisation judiciaire remplacé par la suite par la loi du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire) ont prévu la création d'un Tribunal de Première instance par arrondissement et d'un tribunal de grande instance par département. Or, bien qu'il existe actuellement 56 Tribunaux de Grande Instance dans les 58 départements que compte le Cameroun, 44 de ces Tribunaux abritent dans leurs locaux des Tribunaux de Première Instance à telle enseigne que 12 Tribunaux de Grande Instance seulement disposent de leurs propres locaux. S'agissant des Tribunaux de Première Instance, il en existe 67 seulement sur 321 arrondissements et seuls 23 de ces Tribunaux sont installés dans leur propre locaux, v. rapport d'étape SOFRECO précité, supra n°....

²⁰²⁴ IV^e Conférence des Ministres francophones de la justice, Déclaration de Paris -14 février 2008, <http://www.ohada.com>.

²⁰²⁵ Supra, n° 1162.

de juridictions commerciales bien structurées et à même de connaître des questions de prévention et de traitement des difficultés des entreprises. Pour être une bonne justice, la justice commerciale ne doit pas être forcément une justice de proximité.

1226. Cependant, si la proximité n'est pas une valeur en soi, l'éloignement ne l'est pas non plus. Pour déterminer la bonne distance que la justice commerciale en charge de la prévention et du traitement des difficultés d'entreprises devra avoir avec les justiciables, il conviendra sans doute de tenir compte à la fois d'un certain nombre de paramètres dont notamment la facilité d'accès au juge, la protection de l'indépendance et de l'impartialité du juge, le renforcement de la spécialisation des juges²⁰²⁶ et, dans une moindre mesure, les problèmes d'aménagement du territoire et de vie locale.

1227. S'agissant de la question d'accessibilité à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, juridiction compétente pour connaître des recours en cassation dirigés contre les décisions rendues par les juridictions des Etats parties dans les affaires soulevant les questions relatives à l'application de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, elle paraît réelle. En effet, l'article 19 du règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage fixe le siège de ladite Cour à Abidjan. Ce qui est souvent évoqué comme un facteur d'éloignement²⁰²⁷ par rapport à certains Etats Parties²⁰²⁸. Face à cet éloignement géographique, quelques mesures correctives ont été proposées. Notamment, l'on a ainsi proposé l'organisation d'audiences foraines en application des dispositions de l'article 18 du règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage²⁰²⁹. L'on a également pensé à la création des chambres ou des sections de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage au niveau de chaque juridiction de cassation nationale, mais à la condition que les juges aient le même statut que celui réservé aux juges de la Cour Commune et soient suffisamment et constamment imprégnés de la jurisprudence de cette juridiction supra nationale afin d'éviter des « *dissidences locales* »²⁰³⁰. L'on a, en outre, suggéré l'institution d'une

²⁰²⁶ Infra, n° 1403 et 1404.

²⁰²⁷ ONANA ETOUNDI, La problématique de l'unification de la jurisprudence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, op cit, p. 23.

²⁰²⁸ F. ANOUKAHA, « *l'OHADA en marche* », Ohadata D-04-36.

²⁰²⁹ PG POUGOUE et Y.R KALIEU, Introduction critique à l'OHADA, précité, n° 29, P 46- F ; ONANA ETOUNDI, op cit, p. 22.

²⁰³⁰ F. ANOUKAHA, article précité.

représentation du greffe de la Cour auprès de chaque juridiction nationale de cassation des Etats- Parties qui serait chargée de recevoir les pourvois et demandes d'avis et de les transmettre²⁰³¹.

1228. Tout comme pour les juridictions nationales, on peut également relativiser la question de l'éloignement de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage en soulignant que la procédure devant cette Cour ne nécessite pas le déplacement du justiciable, le Ministère d'Avocat étant obligatoire²⁰³² bien que ce dernier soit tenu d'élire domicile au lieu du siège de la Cour, c'est-à-dire à Abidjan. Par ailleurs, eu égard d'une part au fait que les décisions rendues en matière d'entreprises en difficulté sont exécutoires de plein droit et, d'autre part, au caractère non suspensif des pourvois formés devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, il est à se demander en quoi l'éloignement de cette Haute juridiction peut nuire au sauvetage judiciaire de l'entreprise en difficulté. A ceci, on pourrait cependant rétorquer qu'en vertu du pouvoir de cassation et d'évocation reconnu à cette Cour, des situations pourtant acquises, en raison des voies de recours exercées devant cette haute juridiction peuvent être remises en cause beaucoup de temps après, compromettant ainsi le processus de sauvetage entamé. Quoiqu'il en soit, la question de l'éloignement géographique des justiciables se pose en termes différents en France.

b) L'éloignement géographique des justiciables en France

1229. Le problème de l'inadaptation de la carte judiciaire des Tribunaux de commerce a été analysé²⁰³³ et a permis de préciser les termes du débat. La problématique ici est plutôt celle de l'émiettement sur l'ensemble du territoire des juridictions commerciales chargées de connaître de la prévention et du traitement des difficultés d'entreprises avec comme conséquence une disparité dans la taille et l'activité des juridictions entraînant elle-même une rupture d'égalité de traitement des justiciables ainsi qu'une qualité approximative de la justice rendue²⁰³⁴.

²⁰³¹ P.G POUGOUE et Y.R KALIEU, précité, n° 29, p.46.

²⁰³² Règlement de procédure de la CCJA, article 23-1.

²⁰³³ Supra, n°1176 et s.

²⁰³⁴ Supra, n° 1178.

1230. La réécriture de la carte judiciaire des juridictions consulaires a permis la suppression de certains tribunaux et la création d'autres. De la sorte, les juges français auront vocation à être plus spécialisés dans le domaine des entreprises en difficulté ce d'autant plus que le nombre de tribunaux de commerce habilités à connaître de la matière est plus que jamais encadré.

1231. En dépit de cet encadrement, il apparaît difficile de soutenir aujourd'hui dans le contexte français un éloignement géographique des justiciables en matière de prévention et de traitement des difficultés d'entreprises, tant l'assiette des juridictions commerciales appelées à connaître de cette matière a été élargie de manière à ce que, dans chaque département, il y ait au moins un Tribunal compétent²⁰³⁵.

1232. Du reste, comme il a été souligné dans le cadre du rapport MONTEBOURG, « *comment... soutenir valablement que le chef d'entreprise qui effectue parfois des centaines de kilomètres quotidiennement pour aller à la rencontre de ses clients et de ses fournisseurs, serait perturbé par l'obligation d'un parcours un peu rallongé pour se rendre au siège d'une juridiction ?* »²⁰³⁶.

1233. A côté de l'éloignement géographique des justiciables, le coût même de la justice tel qu'organisé par les textes en vigueur peut également constituer un obstacle à l'accès au juge de l'entreprise en difficulté.

2. Le coût de la justice

1234. L'on a coutume d'affirmer que la justice est gratuite. Ainsi, les juges chargés de connaître des différends ne sont pas payés par les justiciables mais émargent plutôt au budget de l'Etat²⁰³⁷. Le principe de la gratuité de la justice est en réalité le corollaire de l'égalité de tous les citoyens devant les charges publiques et permet ainsi d'assurer l'égalité des citoyens devant la justice et de favoriser le libre accès aux tribunaux.

²⁰³⁵ Supra, n° 1191.

²⁰³⁶ F. COLOMBET et A. MONTEBOURG, op cit, p. 251.

²⁰³⁷ En France, la loi des 16—24 août 1790 a aboli l'usage des épices et le statut de la magistrature interdit aux juges toute rémunération autre que celle versée par l'Etat.

1235. Cependant, dans la pratique, le principe de la gratuité de la justice consacré pourtant par la plupart des constitutions²⁰³⁸ apparaît comme un leurre. En effet, la mise en œuvre des actions judiciaires génère de nombreux frais pour le justiciable. Au demeurant, de nombreux textes législatifs ou réglementaires, après avoir énoncé le principe de la gratuité de la justice s'empressent d'en dégager les exceptions²⁰³⁹. Il faut plutôt comprendre que le principe de la gratuité de la justice ne s'applique que par rapport aux frais résultant du fonctionnement de l'institution judiciaire lesquels sont, de manière permanente, supportés par le budget de l'Etat, réserve faite cependant de la matière sociale pour laquelle, la gratuité de la justice est une réalité²⁰⁴⁰.

1236. De la sorte, en matière civile et commerciale, dans la plupart des pays africains appartenant à l'espace OHADA, les différents Codes de procédure ainsi que les autres textes en vigueur énumèrent une liste de frais que doit payer le justiciable pour accéder au juge tels notamment les taxes et redevances, la rémunération des experts, les frais des juges en cas de transport judiciaire, les émoluments d'Avocats et d'Huissiers etc. Outre les émoluments, il appartient au justiciable de régler les honoraires de son Conseil. A cet égard et à titre d'illustration, l'article 8, alinéa 2 de la loi camerounaise du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire pose le principe selon lequel, *« les émoluments statutaires des défenseurs et autres auxiliaires de justice, les frais d'instruction, du procès et d'exécution des décisions de justice sont avancés par la partie au profit de laquelle ils sont engagés. Ils sont supportés par la partie qui succombe, sauf décision contraire de la juridiction »*. S'agissant d'ailleurs des frais d'enregistrement à la charge du justiciable, certaines législations africaines font défense aux juges de statuer sur des actes non enregistrés²⁰⁴¹, ce qui pose d'ailleurs un problème important au regard de la réforme

²⁰³⁸ Il en va ainsi du préambule de la constitution camerounaise du 18 janvier 1996.

²⁰³⁹ A titre d'illustration, l'article 8 de la loi camerounaise n° 2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire énonce que : *« La justice est gratuite, sous la réserve des dispositions fiscales relatives notamment au timbre et à l'enregistrement et de celle concernant la multiplication des dossiers d'appel et de pourvoi »*.

²⁰⁴⁰ Cette réalité est consacrée par l'article 138 du code du travail camerounais.

²⁰⁴¹ Il en va par exemple ainsi des dispositions de l'article 99 du code de l'enregistrement camerounais desquelles il résulte qu'il est défendu aux juges de rendre aucun jugement en faveur des particuliers, sur des actes non enregistrés à peine d'être personnellement responsable des droits.

de l'Acte uniforme OHADA sur les sûretés qui a supprimé l'enregistrement des sûretés réelles mobilières.

1237. Pour garantir le paiement des frais de justice en matière civile et commerciale, les Codes de procédure civile africains imposent le paiement préalable d'une consignation sous peine d'irrecevabilité de l'action²⁰⁴². Cette consignation préalable, exigée aussi bien en instance, qu'en appel²⁰⁴³ est considérée par un auteur comme « *un virus* » contre le droit d'accès à la justice²⁰⁴⁴.

1238. Tenant compte du fait que dans le plupart des Etats africains appartenant à l'espace OHADA, les questions relevant du droit des entreprises en difficulté sont examinées par les juridictions de droit commun²⁰⁴⁵, les frais susmentionnés sont susceptibles de constituer un obstacle sérieux à l'accès au juge de l'entreprise en difficulté ce d'autant plus que par définition, la situation financière de l'entreprise en difficulté se trouve obérée. La difficulté financière sera d'autant plus grande qu'en dépit de la relativisation de l'éloignement géographique de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, l'on ne saurait perdre de vue que du fait du ministère d'Avocat obligatoire devant cette juridiction, l'entreprise en difficulté sera tenue, comme il est de tradition en la matière, de supporter d'important frais de déplacement et de séjour de l'Avocat choisi pour défendre ses intérêts.

1239. A cet égard, la situation paraît plus préoccupante pour les entreprises individuelles dont le patrimoine se confond souvent avec celui de son promoteur ou pour les entreprises de petite taille. Il est en effet douteux que, dans un contexte traditionnellement caractérisé par la rareté des ressources, ces entreprises en difficulté, harcelées de toutes parts par leurs créanciers, soient capables de faire face à tous les frais de justice sus énoncés et, plus spécialement, qu'elles s'acquittent des

²⁰⁴² Ainsi, l'article 24 du Code de procédure civile et commerciale du Cameroun énonce que « *hormis le cas d'assistance judiciaire, le demandeur est tenu avant toute instance de consigner au greffe de la juridiction qu'il entend saisir, une somme suffisante pour garantir le paiement des frais, enregistrement y compris. Il devra compléter cette provision si en cours d'instance, elle se révèle insuffisante... à défaut de provision dont le montant sera, en cas de difficulté fixé par ordonnance du président de la juridiction sur simple requête du greffier, il ne sera donné aucune suite à l'instance* ».

²⁰⁴³ Aux termes des dispositions de l'article 23 de la loi camerounaise du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire, « *dans la huitaine de la déclaration d'appel ou du dépôt d'un certificat d'appel au greffe, le président de la juridiction dont émane la décision attaquée, fixe par ordonnance, la somme à consigner par l'appelant* »

²⁰⁴⁴ R. ASSONTA « *Un virus en pleine expansion contre le droit d'accès à la justice civile au Cameroun : la consignation* », *Juridis périodique*, n° 81, janv-fevr-mars 2010, p. 111.

²⁰⁴⁵ *Supra*, n°1135.

frais de consignation au greffe ou des honoraires d'Avocats dont la constitution, sans être toujours obligatoire, apparaît indispensable en raison de la subtilité et de la complexité de la procédure²⁰⁴⁶. A supposer même que des décisions judiciaires favorables soient obtenues, il n'est pas exclu que ces entreprises manquent de ressources nécessaires pour faire exécuter les décisions ainsi obtenues.

1240. L'assistance judiciaire introduite en Afrique noire francophone par le législateur colonial²⁰⁴⁷ et reprise dans la plupart des législations aurait pu constituer la solution idoine pour un accès facile au juge de l'entreprise en difficulté. Malheureusement, cette assistance apparaît de peu d'efficacité pour plus d'une raison.

1241. D'abord dans la plupart des pays d'Afrique noire francophone, il y a comme des insuffisances de réglementation de l'assistance judiciaire à telle enseigne que les critères de son attribution sont imprécis et laissent ainsi une marge de discrétion assez large aux structures chargées de l'accorder²⁰⁴⁸. Cette situation est susceptible d'entraîner l'exclusion de l'assistance judiciaire d'entreprises véritablement indigentes susceptibles d'être sauvegardées par voie judiciaire. Ensuite, l'assistance judiciaire se limite à l'aide juridictionnelle à l'exclusion d'une aide à l'accès au droit comme c'est le cas en France depuis 1991²⁰⁴⁹. Pourtant, dans le domaine des entreprises en difficulté et plus qu'en France certainement, les chefs d'entreprises africains ont besoin d'être informés et conseillés sur les possibilités légales qui leur sont offertes de recourir au sauvetage judiciaire. De même, on ne peut que regretter le fait que les textes en vigueur en matière d'assistance judiciaire dans les pays relevant de l'espace OHADA ne traitent que du cas des justiciables indigents personnes physiques à l'exclusion des personnes morales. Or, beaucoup de nombreuses entreprises en difficulté sont des personnes morales qui ne peuvent pas accéder au juge de l'entreprise en difficulté du fait de l'insuffisance des ressources financières. Enfin, quand bien même l'entreprise en difficulté serait éligible au bénéfice de l'assistance judiciaire, les lenteurs de la procédure d'accès à cette assistance, dues en

²⁰⁴⁶ Infra n° 1246 et s.

²⁰⁴⁷ Lois des 22 janvier 1851 et 10 juillet 1910.

²⁰⁴⁸ R.DEGNI-SEGUI, article précité, p. 247.

²⁰⁴⁹ La loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 a institué l'aide juridique comprenant une aide juridictionnelle consistant en une prise en charge partielle ou totale des frais du procès et une aide à l'accès au droit consistant en informations et conseils, notamment sur les modes non judiciaires de résolution des conflits.

grande partie au caractère bureaucratique des structures en charge de la gestion de celle-ci²⁰⁵⁰, sont incompatibles avec l'urgence que requiert traditionnellement la situation de l'entreprise, si bien que seul l'institution d'un régime spécial d'aide juridique pour les entreprises en difficulté qui tienne compte des spécificités qui s'y attachent apparaît comme une solution idoine.

1242. En France, la question du coût de la justice comme obstacle à l'accès au juge de l'entreprise en difficulté se pose peu. En effet, et on l'a rappelé²⁰⁵¹, l'une des vertus reconnues traditionnellement aux juridictions consulaires françaises en charge de la prévention et du traitement des difficultés d'entreprises est son faible coût financier dû principalement au caractère bénévole des services rendus par les juges consulaires. Le faible coût financier devant ces juridictions résulte également du fait que les Avocats n'y ont pas le monopole de représentation, ce qui dispense le justiciable du paiement d'honoraires. Cependant, cette situation peut conduire à un déséquilibre s'agissant d'un domaine complexe lorsque, devant le juge de l'entreprise en difficulté, l'Avocat a pour contradicteur un justiciable n'ayant pas de son côté, constitué Avocat. Même lorsqu'un Avocat est constitué par un justiciable devant les juridictions consulaires, les fourchettes d'honoraires paraissent assez mesurées.

1243. Il apparaît en définitive que les textes constituant le cadre normatif et institutionnel sont, à bien des égards, un obstacle à l'accès au juge de l'entreprise en difficulté. Mais, plus que les textes, le contexte dans lequel est mis en œuvre le droit des entreprises en difficulté est susceptible de constituer une véritable entrave à cet accès et compromettre en conséquence le sauvetage de l'entreprise en difficulté.

PARAGRAPHE 2 : LES LIMITES A L'ACCESSIBILITE DU JUGE DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE TENANT AU CONTEXTE

1244. En France et dans les pays africains de l'espace OHADA, de nombreux facteurs liés à l'environnement sont de nature à justifier l'inaccessibilité du juge de

²⁰⁵⁰ R. ASSONTA, article précité, à propos de la commission d'assistance judiciaire prévue par la loi camerounaise n° 2009/004 du 14 avril 2009 portant organisation de l'assistance judiciaire.

²⁰⁵¹ Supra, n° 1116.

l'entreprise en difficulté. A ce propos, bien que des spécificités propres au droit africain existent (B), certains facteurs sont communs aux deux systèmes (A).

A. LES FACTEURS COMMUNS

1245. L'on peut ranger parmi les facteurs d'inaccessibilité au juge de l'entreprise en difficulté communs à la France et aux pays de l'espace OHADA la méconnaissance et la technicité du droit des entreprises en difficulté⁽¹⁾, étant entendu que cette situation nécessite un travail de vulgarisation (2).

1. La méconnaissance et la technicité du droit des entreprises en difficultés

1246. En vertu de l'adage « *nemo legen ignorare censetur* », selon lequel les citoyens sont censés connaître leurs droits, l'on pourrait être tenté d'exclure la méconnaissance du droit en général et du droit des entreprises en difficulté ou sa technicité en particulier des causes d'inaccessibilité au juge. Pourtant, la réalité est toute autre, d'où d'ailleurs l'importance de la décision du Conseil Constitutionnel français du 16 décembre 1999 qui affirme en substance que l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi constituent désormais un objectif à valeur constitutionnelle²⁰⁵². Il faut donc en déduire que l'accessibilité à la justice englobe non seulement la notion Courante d'accès aux tribunaux, mais également la notion plus subtile de l'accès à l'intelligibilité des textes.

1247. En effet, de manière générale, l'on observe que les chefs d'entreprises ne sont pas toujours au fait des différents dispositifs législatifs de prévention des difficultés de l'entreprise ou les découvrent trop tard. Il en est de même des autres personnes habilitées par la loi à déclencher l'ouverture d'une procédure collective et notamment les créanciers.

²⁰⁵² M-A FRISON-ROCHE et BARANES, « *Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligence de la loi* », D. 2000, chrono, pp. 253-267.

1248. S'il doit être admis que le droit est souvent proprement inaccessible, de plus difficile à connaître, à comprendre et à mettre en application²⁰⁵³, force est de reconnaître que la situation est encore plus compliquée en droit des entreprises en difficulté. La matière est particulièrement complexe du fait notamment de son caractère pluridisciplinaire où sont respectivement mis à rude épreuve le droit des obligations, le droit processuel, le droit de la concurrence, le droit du travail, le droit des sociétés pour ne citer que ces disciplines²⁰⁵⁴. Se pose alors de nouveau la question de l'accès au droit, du « *droit au droit* ».

1249. La question ne se limite pas seulement à la méconnaissance du droit substantiel. Elle reste valable pour le droit processuel. En effet, si l'organisation des règles de procédure constitue une garantie pour les justiciables et participent de la bonne administration de la justice, il demeure aussi vrai que ces règles constituent parfois un langage dont les subtilités et les mécanismes restent parfois ignorés du commun des mortels. Cette technicité est suffisante pour dissuader le chef d'entreprise, voire les créanciers²⁰⁵⁵ à saisir le juge de l'entreprise en difficulté. Mieux, même les auxiliaires de justice présumés maîtriser la règle de droit ne sont pas aussi aptes que l'on pourrait le penser²⁰⁵⁶. Si donc, de manière générale, pour le justiciable moyen, la justice est d'un abord difficile parce qu'il faut d'abord déterminer la juridiction compétente, ensuite comprendre le déroulement du procès et enfin comprendre le déroulement des actes judiciaires²⁰⁵⁷, la situation est plus préoccupante dans les pays de l'espace OHADA où les difficultés d'accès au droit sont accentuées par l'analphabétisme²⁰⁵⁸. Dans ces conditions, l'inaccessibilité des textes légaux, la complexité des conditions de recevabilité des recours contentieux sont d'autant d'obstacles qui jonchent le chemin qui mène au juge de l'entreprise en difficulté. Il en découle que la vulgarisation du droit des entreprises en difficulté

²⁰⁵³ V. G. NICOLA, « *Inaccessible droit !* », RRJ 1998, pp. 15-49.

²⁰⁵⁴ Y. GUYON, Droit des affaires, op.cit, n° 1006, p. 7.

²⁰⁵⁵ C'est ainsi que la demande d'un créancier, personne morale, tendant à l'ouverture d'une procédure collective a été déclarée irrecevable faute pour le demandeur d'avoir rapporté la preuve de son immatriculation au registre de commerce et du crédit mobilier qui, seule, lui confère la qualité pour ester en justice, v. TGI Nkongsamba, jugement n° 49/civ du 19 août 2004 ohadata J-05-119 ; Répertoire quinquennal OHADA, 2000-2005, p.500.

²⁰⁵⁶ Aussi bien en France qu'en Afrique, le constat est que peu d'Avocats maîtrisent les arcanes du droit des entreprises en difficulté. Pour le cas français, v. entretien accordé par J.P MATTEI, Les Petites Affiches, n° 39 du 1^{er} avril 1998, précité

²⁰⁵⁷ P. COUVROT, « *L'accès à la justice et ses obstacles* », article précité.

²⁰⁵⁸ Il est soutenu que l'Afrique compte encore plus de 80% d'analphabètes ou de personnes très peu scolarisées, sur la question, v. R. DEGNI-SEGUI, article précité.

auprès des justiciables apparaît comme une exigence incontournable si l'on tient à promouvoir le sauvetage judiciaire de l'entreprise en difficulté.

2. *L'exigence de vulgarisation du droit des entreprises en difficulté*

1250. Le sauvetage judiciaire de l'entreprise en difficulté ne peut être efficace que si l'information juridique en rapport avec la matière est suffisamment diffusée auprès des personnes susceptibles de déclencher le processus de sauvetage. En effet, le défaut d'information ne permet pas de recourir de manière précoce au juge lorsque les premières difficultés apparaissent.

1251. Les procédures d'alerte mises en place en droit français et en droit africain ne sauraient combler ce déficit dès lors qu'elles ne peuvent être mises en œuvre que de manière ponctuelle et ne concernent que les seuls dirigeants de l'entreprise. Il en va de même des groupements de prévention agréés qui existent en France²⁰⁵⁹ ou des cellules de prévention existant auprès des tribunaux de commerce. En effet, les groupements de prévention agréés qui ont une mission d'« *analyse financière* » des informations qui leur sont communiquées par leur adhérents se prolongeant en une obligation d'information du chef d'entreprise sont, pour l'instant, demeurés très discrets²⁰⁶⁰ encore que l'adhésion à ces groupements n'est nullement obligatoire. Quant aux cellules de prévention instituées auprès des tribunaux de commerce, nombreux sont les tribunaux qui n'en disposent pas encore et parmi ceux qui en ont créés une, les moyens manquent pour qu'elles soient véritablement efficaces.

1252. Dans ces conditions, la mise en place tant en France que dans l'espace OHADA des réseaux d'information et de prévention en collaboration avec les organisations patronales et les chambres de commerce pourrait contribuer à une meilleure information sur les solutions que le droit des entreprises en difficulté offre. Par ailleurs, l'organisation des conférences, rencontres scientifiques, colloques et séminaires autant que le recours aux fascicules, dépliants, médias, le recours à l'informatique par la création de banques de données juridiques et judiciaires etc. sont

²⁰⁵⁹ Ce sont des associations auxquelles, aux termes des dispositions de l'article L.611-1 du Code de commerce, peut adhérer « toute personne immatriculée au RCS ou au répertoire des métiers ainsi que toute personne morale de droit privé ».

²⁰⁶⁰ F. PEROCHON et R. BONHONNE, *Entreprises en difficulté* - op. cit, n°40, p.34.

autant de mesures susceptibles de contribuer à la vulgarisation du droit des entreprises en difficulté. De même, l'organisation de cycles de formation des dirigeants d'entreprise privées et publiques en matière d'entreprise en difficulté à l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) qui est une institution spécialisée de l'OHADA basée à Porto-Novo au Bénin chargée de la formation des Magistrats et autres personnels judiciaires et para-judiciaires serait de nature à combler le déficit d'informations déploré.

1253. Enfin, la mise en place tant en France qu'en Afrique d'un système d'aide juridique spécifique aux droits des entreprises en difficulté et comportant un volet accès au droit et un volet contentieux contribuerait également à une meilleure information en la matière.

1254. S'il est vrai qu'il existe des facteurs communs d'inaccessibilité au juge liés au contexte, il existe également des facteurs d'inaccessibilité spécifiques à l'Afrique qu'il convient à présent d'examiner.

B. LES FACTEURS SPECIFIQUES AU CONTEXTE AFRICAIN

1255. Comme l'écrit si bien M.ALIOUNE, B.FALL, la société africaine est une société « *essentiellement relationnelle dans laquelle, le juge n'est sollicité qu'en dernier recours, lorsque les moyens de régulation et de négociation sont épuisés* »²⁰⁶¹.

1256. D'un autre côté, la longue durée de d'instance judiciaire et la non exécution des décisions de judiciaires constituent une préoccupation récurrente dans le contexte africain. Il convient dès lors de s'attarder respectivement sur les facteurs socio-culturels (1) et les lenteurs judiciaires (2) comme facteurs d'inaccessibilité au juge en Afrique.

²⁰⁶¹ ALIOUNE B. FALL, op. cit, p. 329.

1. Les pesanteurs socio-culturelles

1257. En Afrique, la modernité n'a pas fait totalement disparaître la tradition de sorte que le juge se trouve parfois isolé du fait du phénomène de « *l'arbre à palabre* » susceptible de constituer un palliatif à la faillite de la justice moderne. Ainsi, « *ce mode ancestral de règlement des conflits permet tour à tour, discussion, négociation et conciliation dans le but de trouver un compromis entre les parties, là où en occident, l'une d'entre elles a nécessairement gain de cause et l'autre condamnée*²⁰⁶² ».

1258. Pour un autre auteur, « *les populations africaines vivent en marge du droit moderne et, conformément à leurs coutumes respectives*²⁰⁶³ », les Codes civils ou successoraux continuant d'être boudés au profit des coutumes locales telles que celles régissant le mariage, la dot, la polygamie, les successions...²⁰⁶⁴

1259. Selon le professeur ALLIOT, « *il n'y a pas plus de 1% des affaires qui sont soumises à la justice des tribunaux traditionnels, le reste étant réglé par les chefs selon des procédés ancestraux en dehors de toute intervention d'Etat*²⁰⁶⁵ ».

1260. Il s'avère en définitive qu'en Afrique, l'un des obstacles majeurs à l'accès de la justice réside dans le conflit permanent des droits traditionnels et du droit moderne. Dès lors, on peut aisément comprendre comme le souligne le M. SAWADOGO que « *beaucoup d'entreprises commerciales en état de cessation des paiements ou même d'insolvabilité vivent, végètent et disparaissent sans qu'une procédure collective ait été ouverte en raison... de ce que beaucoup de citoyens répugnent à recourir à la justice*²⁰⁶⁶ ».

1261. Toutefois, s'agissant particulièrement de l'application du droit des entreprises en difficulté, on peut relativiser quelque peu la thèse du rejet du juge étatique du fait des pesanteurs socio-culturelles précités. En effet, l'on ne saurait perdre de vue qu'à

²⁰⁶² Idem.

²⁰⁶³ R. DEGNI-SEGUI, op. cit, p. 253.

²⁰⁶⁴ Idem.

²⁰⁶⁵ M. ALLIOT, « *Les résistances traditionnelles* », in R. J. I.C ; 1967, 247.

²⁰⁶⁶ F.M SAWADOGO, Droit des entreprises en difficulté, op.cit n° 7, p. 5.

la faveur du phénomène de mondialisation et des nouvelles technologies de l'information, les chefs d'entreprises africains s'ouvrent de plus en plus à la modernité. Par ailleurs, force est de constater que dans la plupart des pays de l'espace OHADA, les économies nationales sont entre les mains des filiales des sociétés multinationales dirigées en grande partie non pas par des africains mais plutôt par des expatriés enclins naturellement à recourir, le cas échéant, au juge étatique pour la résolution des difficultés d'entreprises. Mais, encore faut-il que ce recours au juge étatique ne soit pas phagocyté par les lenteurs judiciaires qui constituent l'une des grandes plaies de la justice en Afrique.

2. Les lenteurs judiciaires

1262. On l'a répété à maintes reprises, en droit des entreprises en difficulté, l'urgence de la situation commande que le juge soit saisi le plus tôt possible et prenne les mesures qui s'imposent le plus rapidement possible. Il est en effet question de sauvegarder à la fois le patrimoine du débiteur, l'intérêt de l'entreprise et l'emploi²⁰⁶⁷.

1263. A la vérité, traiter de la question des lenteurs judiciaires en matière d'entreprises en difficulté revient à poser le problème général des rapports entre la durée de la justice et le temps économique. Il semble bien que le temps du droit soit voué à ne jamais rencontrer celui de la justice car, alors que la justice œuvre dans la durée, « *les marchés fonctionnent dans le domaine de l'instantanéité, où le moyen terme n'est jamais qu'une généralisation du court terme*²⁰⁶⁸ ».

1264. Certes, la justice, parce qu'elle demeure un « *lieu de la vérité* », doit prendre le temps de la réflexion. Mais en matière d'entreprises en difficulté, il importe de synchroniser le temps de la justice en raison de l'exigence de solutions urgentes. C'est bien au nom de cette urgence et dans un souci d'accélération de la procédure qu'aussi bien en droit français qu'en droit africain, les décisions rendues en la matière

²⁰⁶⁷ Supra, n° 497.

²⁰⁶⁸ V. « *La durée de la justice et le temps économique* », conférence donnée par J.M COULON, Président du Tribunal de Grande Instance de Paris, <http://www.confparis.org/textes/tempsjustice.htm>.

sont exécutoires immédiatement²⁰⁶⁹ et les voies de recours limitées ou supprimées²⁰⁷⁰. C'est également au nom de cette urgence que de nombreuses dispositions légales limitent la durée des phases de la procédure à l'instar de la durée de la période d'observation en droit français²⁰⁷¹.

1265. Comme le relève si bien un auteur, « *le prononcé du jugement et son exécution dans un temps limité sont des objectifs majeurs dans les procédures collectives*²⁰⁷² ». C'est fort de cette conception qu'il est prévu en droit français que « *si le juge n'a pas statué dans un délai raisonnable, le Tribunal peut se saisir d'office ou être saisi à la demande d'une partie ou du ministère public*²⁰⁷³ ». En droit OHADA, lorsque passé le délai de huit jours après sa saisine, le juge-commissaire n'a pas statué, il est réputé avoir rendu une décision de rejet de la demande²⁰⁷⁴.

1266. Le souci d'accélération de la procédure en droit des entreprises en difficulté est donc en conformité avec les exigences du procès équitable, étant entendu que l'intégration des procédures collectives dans le champ du procès équitable prévu par l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas sujette à contestation²⁰⁷⁵. Comme l'a affirmé la Cour européenne des droits de l'homme, les justiciables ont droit à ce que leurs causes soient jugées dans un délai raisonnable²⁰⁷⁶. En effet, comme le relèvent certains auteurs, « *une justice lente ne remplit aucun de ses objectifs : d'un point de vue économique, social, la solution des conflits doit être trouvée dans un temps utile, sous peine de discréditer le service public de la justice*²⁰⁷⁷ ». En droit des entreprises en difficulté, les juridictions françaises ont eu l'occasion de faire application des dispositions de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme s'agissant du droit

²⁰⁶⁹ Supra, n°489 et s.

²⁰⁷⁰ Supra, n°551 et s.

²⁰⁷¹ V. la loi du 26 juillet 2005, article 16, nouvel article L.621-3 du Code de commerce ou encore les délais de vérification du passif en droit français (Code de commerce, nouvel article L.624) et en droit africain (AUPC, article 78 et s).

²⁰⁷² N. FRICERO, « *Les procédures collectives à l'épreuve du procès équitable* », in procédures collectives et droit des affaires, mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat, op.cit, n° 10, p.22.

²⁰⁷³ Code de commerce, article R. 621-21, alinéa 2.

²⁰⁷⁴ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 40, alinéa 1.

²⁰⁷⁵ N.FRICERO, article précité.

²⁰⁷⁶ CEDH, 31 mars 1998, Mme Reinhardt et Slimane Kaid C/ France, RTD civ. 1998, 512, obs. MARGUENAUD et RAYNARD ; procédures, juillet 98, n° 177, obs. BUISSON.

²⁰⁷⁷ PH. PEDROT et N. FRICERO, « *Les droits fondamentaux spécifiques au procès civil* », in Libertés et droits fondamentaux, op.cit, n° 656, p. 621.

au prononcé d'une décision judiciaire dans un délai raisonnable²⁰⁷⁸. Il apparaît ainsi indiscutable que les lenteurs judiciaires sont susceptibles de constituer un véritable handicap au sauvetage judiciaire de l'entreprise en difficulté. A quoi sert-il en effet d'obtenir une décision judiciaire tendant au sauvetage de l'entreprise si, au moment où cette décision est rendue ou est susceptible d'exécution, du fait des lenteurs accusées, il n'est plus possible de sauvegarder ni le patrimoine de l'entreprise, ni les emplois ?

1267. En France, le problème des lenteurs judiciaires semble se poser avec beaucoup moins d'acuité, ce d'autant plus que les décisions rendues par les tribunaux de commerce sont exécutoires de plein droit nonobstant toutes voies de recours²⁰⁷⁹. On peut cependant douter de ce que, devant les juridictions supérieures essentiellement composés de Magistrats professionnels, cette rapidité soit la même²⁰⁸⁰. Cette inquiétude peut être tempérée par le caractère exécutoire de plein droit sus évoqué des décisions rendues par les juridictions inférieures que sont les tribunaux de commerce. D'une manière générale, il semble bien que le phénomène des lenteurs judiciaires dans les pays occidentaux est de plus en plus tempéré sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme qui n'hésite pas à condamner les Etats dans lesquels les juridictions tardent à rendre leurs décisions²⁰⁸¹.

1268. En revanche, en Afrique et, plus spécifiquement dans les pays appartenant à l'espace OHADA, les lenteurs judiciaires constituent un véritable fléau et sont susceptibles d'entraver lourdement le sauvetage judiciaire des entreprises en difficulté. Devant certaines juridictions de droit commun des pays membres de l'espace OHADA, il est arrivé qu'entre le début du procès et son jugement définitif,

²⁰⁷⁸ V. CA Paris, 7 nov. 1997, D. 1997, IR 262, qui applique l'article 6, paragraphe 1 de la convention européenne des droits de l'homme et considère comme manifestement déraisonnable la décision d'un Tribunal de commerce statuant sur l'application de l'article 180 de la loi de 1985 à un dirigeant, rendue après un délibéré de près de 6 ans dans une affaire qui ne présentait aucune complexité particulière.

²⁰⁷⁹ Selon M. MATTEI, les décisions rendues devant les Tribunaux de commerce le sont dans un délai moyen de 5,6 mois, v. Les Petites Affiches, n° 39 du 1^{er} avril 1998, précité ; v. également sur le caractère rapide de la procédure devant les Tribunaux de commerce, G. RIPERT et R. ROBLOT, op.cit, n° 113, p.82.

²⁰⁸⁰ Il convient de préciser que, bien que les autres chambres rendent un nombre plus ou moins important des décisions intéressant la matière, l'essentiel des décisions de la Cour de cassation, en matière de redressement et de liquidation judiciaires émane de la chambre commerciale. S'agissant des Cours d'appel, les plus importantes ont en leur sein, des chambres spécialisées en droit des entreprises en difficulté. C'est notamment le cas des Cours d'appel de Paris et de Versailles. Les autres Cours d'appel disposent de chambres connaissant des affaires commerciales, au sein desquelles est traité l'essentiel du contentieux de la matière. Sur la question, v. P.-M. LE CORRE, Dalloz Action 2008/2009, n° 021-11 et s., p.6.

²⁰⁸¹ Alioune B. FALL, article précité, p. 326.

25 années se soient écoulées²⁰⁸². Dans certains de ces Etats, la Cour Constitutionnelle, au travers d'une jurisprudence conforme à celle de la Cour européenne des droits de l'homme a même eu à sanctionner un « *délai anormalement long* » en l'absence d'une décision devant une juridiction d'instance saisie depuis 14 ans²⁰⁸³. Les dysfonctionnements sont susceptibles d'intervenir à tous les stades de la procédure, c'est-à-dire de l'instruction à l'exécution de la décision en passant par le jugement ou affecter toute la procédure²⁰⁸⁴. Les dysfonctionnements de l'appareil judiciaire dans l'espace OHADA en termes de lenteurs sont dus à plusieurs causes. Certaines sont endogènes au système judiciaire et d'autres exogènes.

1269. Comme causes endogènes de lenteurs judiciaires, on peut citer respectivement les procédures qui requièrent de longues instructions, le traitement de dossiers par plusieurs Magistrats successifs, l'insuffisance quantitative du personnel judiciaire, le déficit infrastructurel, la corruption etc. Les causes exogènes sont notamment liées à l'intervention des pouvoirs publics et, plus précisément, des ministères en charge de la justice dans les différents Etats, lesquels procèdent à des mutations et déplacements fréquents des Magistrats en charge des dossiers. Cette situation a souvent pour conséquence de retarder l'issue des procédures judiciaires, les nouveaux juges devant au préalable s'imprégner des dossiers dont ils viennent de prendre connaissance.

1270. Les lenteurs judiciaires ne concernent pas seulement le déroulement de la procédure. Elles concernent également l'exécution des décisions rendues par les juridictions saisies. En effet, le justiciable a droit non seulement au prononcé par la juridiction saisie d'un jugement dans un délai raisonnable, mais il a également droit à l'exécution du jugement dans le même délai raisonnable car, comme l'a si bien proclamé la Cour européenne des droits de l'homme, « *l'exécution d'un jugement ou arrêt de quelque juridiction que ce soit doit... être considéré comme faisant partie intégrante du procès...*²⁰⁸⁵ ». A cet égard, bien que les articles 23 et 217 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif

²⁰⁸² V.F.M SAWADOGO, « *L'accès à la justice en Afrique francophone : problèmes et perspectives. Le cas de Burkina Faso* », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, op.cit. p. 302.

²⁰⁸³ CC Bénin, DCC 97-011 des 2 juin et 12 août 1996 et 6 mars 1996. A travers ces décisions, la Cour constitutionnelle du Bénin a jugé inconstitutionnelle une procédure devant le Tribunal de Première Instance de Porto-Novo pour méconnaissance du droit à être jugé dans un délai raisonnable.

²⁰⁸⁴ R. DEGNI-SEGUI précité, p. 244.

²⁰⁸⁵ CEDH, 19 mars 1997, arrêt Hornsbycl Grèce, AJDA 1997, n° 986, obs. F/Auss ; JCP 1997 ; II, 22949, note DUGRIP et SUDRE, RTD Civ. 1997, 1009, obs. MARGUENAUD et RAYNARD ; D.1998, p.74, note FRICERO.

posent le principe du caractère exécutoire par provision des décisions rendues en matière de règlement préventif, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, nonobstant toutes voies de recours, dans la pratique, il se peut que l'exécution de la décision ne soit pas aussi immédiate que l'aurait voulu le législateur communautaire.

1271. Les lenteurs dans l'exécution des décisions exécutoires de plein droit sont généralement dues à plusieurs raisons. Tout d'abord la décision rendue peut n'avoir pas été rédigée par le juge l'ayant rendue à telle enseigne qu'il ne soit pas matériellement possible de délivrer des grosses exécutoires²⁰⁸⁶. Ensuite, bien que la décision ait été rédigée et la grosse exécutoire de ladite décision délivrée, il pourrait se poser le problème de la signification dès lors que le principe en matière civile ou commerciale est que, préalablement à toute exécution, la décision judiciaire doit être signifiée à la partie adverse. Le problème peut se poser en termes de frais de signification et d'exécution car, il a souvent été constaté que les liquidités propres du débiteur apparaissent insuffisantes pour faire face aux dépenses urgentes résultant de l'ouverture d'une procédure collective. Va se poser alors le problème de l'avance de fonds. Il résulte des dispositions de l'article 50 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, qu'en pareille occurrence, l'avance des frais est faite sur décision du juge-commissaire par le Trésor public qui en sera remboursé, par privilège, sur les premiers recouvrements. Ce texte s'applique également à la procédure d'appel de la décision prononçant le redressement ou la liquidation des biens. Bien que cette solution soit opportune, il n'est pas certain que le Trésor public s'exécute aussi promptement qu'il aurait été souhaitable, surtout lorsque la procédure collective a été ouverte à l'encontre d'entreprises véritablement insolvable et pour lesquelles, en dépit du privilège reconnu au Trésor public, le remboursement des sommes avancées par ce dernier paraît improbable²⁰⁸⁷. Enfin, l'exécution de la décision rendue peut être retardée du fait de l'absence de règles communautaires spécifiques relatives à l'arrêt de l'exécution provisoire de plein droit attachée aux décisions rendues en matière

²⁰⁸⁶ Il peut arriver que plus d'une année s'écoule entre le prononcé de la décision et sa rédaction effective, v. F.M SAWADOGO, « L'accès à la justice en Afrique francophone : problèmes et perspectives. Le cas de Burkina Faso », précité, p. 302. A cet égard, la loi camerounaise n° 2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire au Cameroun en son article 6(4) fait obligation aux juges de rédiger les décisions judiciaires avant leur prononcé. Le texte n'ayant cependant pas prévu de sanction à la violation de cette obligation légale, on peut douter de son efficacité.

²⁰⁸⁷ F.M SAWADOGO, Droit des entreprises en difficulté, op.cit, n° 130, p. 123.

d'entreprises en difficulté et, partant, du recours aux règles internes en matière de droit à l'exécution dans chaque Etat- Partie.

1272. Les lenteurs judiciaires susceptibles d'entraver un accès efficient au juge de l'entreprise en difficulté et, par voie de conséquence au sauvetage de celle-ci, peuvent se manifester tout aussi bien devant les juridictions spécialisées que devant les juridictions de droit commun que sont les juridictions d'instance et les Cours d'appel nationales. Il se peut aussi que ce soit devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage d'Abidjan. L'insuffisance des juges devant cette Cour ne peut en effet être que source de lenteurs judiciaires comme cela a déjà été souligné²⁰⁸⁸. La situation est fort bien décrite par M. ONANA ETOUNDI lorsqu'il écrit à ce propos qu' « *à ce jour, le volume sans cesse croissant des affaires soumises à la Cour entraîne de plus en plus un encombrement des rôles. Les juges se trouvent pratiquement débordés au fur et à mesure que les Cours Suprêmes de cassation nationales consentent à se dessaisir des pourvois contre les décisions rendues dans les matières relevant des actes uniformes dont elles sont saisies à tort et à les renvoyer immédiatement devant la CCJA* ²⁰⁸⁹ ». La remise en cause du fait de l'exercice des voies de recours devant les juridictions supérieures des situations considérées comme déjà acquises ne peut que mettre à mal le processus de sauvetage judiciaire de l'entreprise en difficulté²⁰⁹⁰.

1273. Même devant les juridictions commerciales spécialisées existantes ou à créer, il est à craindre que le phénomène des lenteurs judiciaires soit pas facilement conjuré. Si l'une des raisons de la spécialisation de ces juridictions est précisément la recherche de l'accélération des procédures judiciaires à impact économique, force est de constater que la réalité pourrait être toute autre chose, les causes de lenteurs judiciaires déjà évoquées²⁰⁹¹ pouvant aussi être valables devant lesdites juridictions. En effet, en raison de la traditionnelle faiblesse considérable de la part du budget national que les pays du sud en général et les pays membres de l'espace OHADA

²⁰⁸⁸ Le législateur communautaire OHADA a initialement fixé le nombre de juges à 7. Ce nombre a été porté à 9 lors de la révision du Traité OHADA le 17 octobre 2008 à Québec. Il est douteux que le passage de 7 juges à 9 juges décidé soit de nature à accélérer le traitement des procédures contentieuses, même si l'article 31 (nouveau) du Traité OHADA prévoit que « *le Conseil des Ministres peut, compte tenu des nécessités de service et de possibilité financière, fixer un nombre de juges supérieur à celui prévu ...* » .

²⁰⁸⁹ F. ETOUNDI ONANA, « *La problématique de l'unification par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage* », op.cit, p.20.

²⁰⁹⁰ Supra n°1264.

²⁰⁹¹ Supra, n°1269.

consacrent à la distribution de la justice²⁰⁹² et, sauf financement dans le cadre de la coopération multilatérale²⁰⁹³ ou bilatérale²⁰⁹⁴, Il n'est par exemple pas certain que ces juridictions spécialisées soient mieux loties que les juridictions de droit commun en personnel judiciaire et para judiciaire et, de manière générale, en moyens au point de rendre des décisions avec toute la célérité souhaitée. Du reste, conscientes des obstacles susceptibles d'entraver le fonctionnement effectif des juridictions commerciales créées, certaines législations africaines ont pris soin d'aménager dans les textes qui les instituent, des mesures transitoires permettant aux juridictions de droit commun en place de continuer à connaître des affaires commerciales en attendant la mise en place des juridictions commerciales nouvellement créées²⁰⁹⁵.

²⁰⁹² V. Mohamed ALI BATHILY, « *L'efficacité et l'effectivité de la justice* », in Justice et droits de l'homme, op.cit, p. 197. A titre d'illustration, le budget alloué au Ministère de la justice au Cameroun en 2010 représente 1,02% du budget total de l'Etat, v. rapport d'étape n° 2 sur « *la finalisation et opérationnalisation de la stratégie de la justice* » au Cameroun, précité, p.45.

²⁰⁹³ Il s'agit des projets habituellement négociés et signés par les pays membres de l'espace OHADA avec certains partenaires au développement tels que notamment la BAD, le Commonwealth, la Francophonie, le PNUD, la Banque Mondiale etc.

²⁰⁹⁴ Les pays de l'espace OHADA reçoivent régulièrement des aides multiformes notamment des pays comme la France, le Canada ou la Grande Bretagne dans le secteur de la justice.

²⁰⁹⁵ A titre d'illustration, la loi du 12 mai 2009 portant organisation et fonctionnement des Tribunaux de commerce au Burkina Faso énonce en son article 19 que « *les Tribunaux de Grande Instance conservent leur compétence en matière commerciale jusqu'à la mise en place effective des Tribunaux de Commerce* ». De même, la loi tchadienne du 28 mai 1998 énonce en son article 86 qu' « *en attendant la mise en place des Tribunaux de Commerce, les Tribunaux de Première Instance continuent de connaître des affaires commerciales* ».

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 DU TITRE 2

1274. La spécialisation de la justice économique aussi bien en Afrique qu'en France constitue un gage certain d'atteinte d'un des objectifs contemporains du droit des entreprises en difficulté, à savoir le sauvetage de l'entreprise.

1275. Le mouvement de spécialisation des juridictions amorcé en Afrique depuis l'avènement du Traité OHADA par l'abandon progressif du système de l'unité juridictionnelle dans les Etats parties ne peut qu'être encouragé et ouvre des perspectives nouvelles pour une mise en œuvre plus efficace du droit des entreprises en difficultés. Cependant, l'efficacité souhaitée ne sera véritablement possible que si la justice commerciale, dans ses diverses composantes est harmonisée dans l'espace OHADA.

1276. Du côté français, la réécriture amorcée de la carte judiciaire des juridictions consulaires permettra sans nul doute d'assurer l'égalité de traitement des justiciables en matière de droit des entreprises en difficulté autant qu'elle apportera des garanties minimales de la qualité de la justice rendue pour ce qui est, tout au moins, des tribunaux de commerce.

1277. Il n'empêche que, exerçant dans une juridiction spécialisée ou non, le juge de l'entreprise en difficulté en Afrique et en France apparaît souvent comme un juge inaccessible, inaccessibilité multidimensionnelle qui ne saurait cependant occulter la nécessaire évaluation des principaux acteurs impliqués dans le déroulement des procédures collectives.

CHAPITRE 2 : LA QUALITE DU PERSONNEL D'ENCADREMENT DE LA FAILLITE

1278. La réussite du sauvetage judiciaire des entreprises en difficulté dépend en grande partie de la qualité du personnel qui encadre les procédures ouvertes. Certes, plusieurs acteurs interviennent dans le déroulement des procédures collectives. Il y a d'abord les organes judiciaires représentés par le Tribunal, le Président du Tribunal, le juge commissaire et, dans une moindre mesure, le Ministère public. Il y a ensuite les mandataires de justice, à savoir l'administrateur et le mandataire judiciaire en France, le syndic et l'expert en diagnostic dans l'espace OHADA. Il y a également les acteurs désignés par les tiers dans le système français à savoir le représentant des salariés et les contrôleurs. Il ya enfin les auxiliaires de justice classiques que sont les avocats, les greffiers et les huissiers de justice qui interviennent chacun dans son domaine de compétence.

1279. Toutefois, de tous ces différents acteurs, les organes judiciaires et particulièrement le Tribunal et le juge-commissaire ainsi que les mandataires de justice occupent une place de choix dans l'encadrement des procédures ouvertes à l'occasion des défaillances d'entreprises. De la qualité de ce personnel dépend donc le succès du processus de sauvetage judiciaire de l'entreprise en difficulté. A cet égard, des préoccupations communes aux pays appartenant à l'espace OHADA et à la France existent (section 2), préoccupations du reste justifiées par le poids des missions assignées par la loi au personnel concerné (section 1).

SECTION 1 : LE POIDS DES MISSIONS LEGALES ASSIGNEES AU PERSONNEL D'ENCADREMENT DE LA FAILLITE

1280. Les missions assignées au personnel d'encadrement de la faillite par la loi dans le déroulement de la procédure collective en droit français et en droit de l'OHADA

sont nombreuses et diverses. Elles prennent du relief lorsqu'elles concernent particulièrement le sauvetage de l'entreprise en difficulté. Ces missions varient selon qu'elles sont assignées aux organes judiciaires (paragraphe 1) ou selon qu'elles sont dévolues aux mandataires de justice (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : LES MISSIONS ASSIGNEES AUX ORGANES JUDICIAIRES

1281. En droit de l'OHADA et en droit français, dans le cadre du déroulement de la procédure les missions confiées aux organes judiciaires par les textes en vigueur, l'on constate qu'il y a similitude en ce qui concerne les missions dévolues aux organes de décision (A) alors qu'il y a rupture quant au rôle confié au Ministère Public (B).

A. LA SIMILITUDE DES MISSIONS DEVOLUES AUX ORGANES DE DECISION.

1282. A la faveur du jugement d'ouverture, une répartition des rôles s'instaure entre les différents organes de décision en fonction de l'importance des décisions à prendre, étant entendu que le Tribunal est seul compétent pour décider du sort de l'entreprise²⁰⁹⁶. Il convient d'examiner succinctement d'une part les missions dévolues au Tribunal et à son Président (1) et, d'autre part, les missions dévolues au juge-commissaire (2).

1. Le Tribunal et son Président

1283. Tant en droit africain qu'en droit français, le Tribunal joue une fonction de « *haute administration de la procédure* »²⁰⁹⁷ et assure la direction générale de la procédure²⁰⁹⁸. On lui reconnaît classiquement trois séries d'attributions : la désignation des principaux organes de la procédure, la prise des décisions les plus importantes, la connaissance de toutes les questions connexes à la procédure collective. Quant au Président du Tribunal, il faut reconnaître qu'en droit des

²⁰⁹⁶ Supra, n°272 et s.

²⁰⁹⁷ F.M SAWADOGO, Droit des entreprises en difficulté, op.cit, n° 143, p. 139.

²⁰⁹⁸ Interv. Gérard Bapt, Toan CR, 1^{ère} séance, 2 mars 2005, p. 1559.

procédures collectives, il n'est pas véritablement un organe majeur²⁰⁹⁹ et ne rend que quelques décisions. En droit de l'OHADA, son rôle est plus important dans la procédure de règlement préventif²¹⁰⁰. Il faut par ailleurs préciser que l'un des rôles classiques du Président de la juridiction commerciale ou civile, à savoir la juridiction des référés est, en droit des entreprises en difficulté, dévolue au juge-commissaire qui est donc le juge de l'urgence²¹⁰¹.

2. Le juge-commissaire

1284. Le juge-commissaire est, en droit de l'OHADA et en droit français, le « *chef d'orchestre* » de la procédure. En droit de l'OHADA, les attributions du juge-commissaire sont nombreuses. Il n'est plus un juge « *parapheur* » des décisions prises par le syndic²¹⁰² et surveille plutôt l'action de ce dernier. Sous l'autorité de la juridiction compétente, le juge-commissaire veille au déroulement rapide de la procédure et aux intérêts en présence²¹⁰³. De manière indicative et, s'agissant des aspects liés au sauvetage de l'entreprise en difficulté, en droit africain, le juge-commissaire, en redressement judiciaire, peut décider que la continuation de l'activité pour une durée indéterminée qui est en principe automatique, ne se fera pas²¹⁰⁴. Il peut également décider de mettre à tout moment un terme à la continuation de ladite activité²¹⁰⁵.

1285. En cas de redressement judiciaire, il autorise le syndic à accomplir seul les actes nécessaires à la sauvegarde du patrimoine de l'entreprise si le débiteur ou les dirigeants de la personne morale refusent d'y procéder²¹⁰⁶, autorise les licenciements envisagés ou certains d'entre eux s'ils s'avèrent nécessaires au redressement de l'entreprise²¹⁰⁷. Il nomme les contrôleurs et pourvoit à leur remplacement en cas de

²⁰⁹⁹ En ce sens, P.-M LE CORRE, *Droit et Pratique des Procédures Collectives*, Dalloz Action, op. cit, n° 311.21, p. 386.

²¹⁰⁰ *Supra*, n°59 et s.

²¹⁰¹ Com. 1^{er} oct. 1991, JCP, 1992, II, 21854, note M. JEANIN.

²¹⁰² DERRIDA, GODE et SORTAIS, cité par F.M SAWADOGO, in *Droit des entreprises en difficultés*, op.cit, n° 147, p. 142.

²¹⁰³ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 39, alinéa 1.

²¹⁰⁴ *ibid.*, article 112, alinéa 1.

²¹⁰⁵ *ibid.*, article 112, alinéa 2.

²¹⁰⁶ Acte *ibid.*, article 52.

²¹⁰⁷ *ibid.*, article 111.

révocation de ceux-ci par le Tribunal sur sa proposition²¹⁰⁸ et arrête l'état définitif des créances²¹⁰⁹.

1286. Par ailleurs, le juge-commissaire en droit africain dispose d'un droit à l'information assorti des pouvoirs d'investigation que lui confèrent les alinéas 2 et 3 de l'article 39 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif²¹¹⁰.

1287. De la même manière, le juge-commissaire a le droit d'être informé par le syndic. Ainsi, dans le mois de son entrée en fonction, ce dernier doit remettre au juge-commissaire « *un rapport sommaire de la situation apparente du débiteur, des causes et caractères de cette situation faisant apparaître un bilan économique et social de l'entreprise et les perspectives de redressement résultant des propositions concordataires du débiteur*²¹¹¹ ». D'une manière générale, la loi fait obligation au syndic de rendre compte au juge-commissaire de sa mission et du déroulement de la procédure collective « *selon une périodicité définie par ce magistrat. A défaut, il doit rendre compte une fois par mois et, dans tous les cas, chaque fois que le juge-commissaire le lui demande*²¹¹² ».

1288. Parce qu'il est chargé de surveiller et d'accélérer les opérations de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, le juge-commissaire est tenu de faire un « *rapport à la juridiction compétente de toutes les contestations nées de la procédure collective* »²¹¹³.

1289. En droit français, de la même manière qu'en droit africain, « *le juge-commissaire est chargé de veiller au déroulement de la procédure et à la protection des intérêts en présence* »²¹¹⁴. Il y a lieu de préciser que le juge-commissaire est choisi en principe parmi les membres du Tribunal totalisant au moins deux ans

²¹⁰⁸ Ibid., article 48.

²¹⁰⁹ Ibid., article 86.

²¹¹⁰ Supra, n°401.

²¹¹¹ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 99, alinéa 1.

²¹¹² Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 43, alinéa 4.

²¹¹³ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 39, alinéa 4.

²¹¹⁴ Code de commerce, article L. 621-9.

d'ancienneté²¹¹⁵, étant entendu qu'en cas de nécessité, le Tribunal peut en désigner plusieurs²¹¹⁶.

1290. Tout comme son homologue africain, le juge-commissaire français, dans l'exercice de ses missions est titulaire d'un droit à une exacte information de la situation économique et financière de l'entreprise ainsi que du déroulement des opérations²¹¹⁷. A cet égard, il résulte des dispositions de l'article L. 621-8 du Code de commerce que : *« le juge-commissaire est tenu informé, par l'administrateur et le mandataire judiciaire du déroulement de la procédure. A tout moment, il peut requérir communication des actes et documents qu'ils détiennent »*.

1291. Par ailleurs, comme en droit africain²¹¹⁸, le juge-commissaire, en droit français, *« peut nonobstant toute décision législative ou réglementaire contraire, obtenir communication par les commissaires aux comptes, les experts comptables, les membres et représentants du personnel, par les administrations et organismes publics, les organismes de prévoyance et de sécurité sociale, les établissements de crédit, ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique, financière, sociale et patrimoniale du débiteur²¹¹⁹ »*.

1292. Dans le cadre de ce droit de communication, le juge-commissaire ne peut se voir opposer le secret professionnel et s'il se voit opposer un refus, il peut, par voie d'ordonnance, ordonner la communication des documents sollicités. L'on a coutume de préciser cependant que ce droit de communication n'est orienté que vers les opérations de redressement de l'entreprise²¹²⁰ et ne saurait, en conséquence, être utilisé pour caractériser les fautes des tiers à l'égard des créanciers²¹²¹.

²¹¹⁵ Code de l'organisation judiciaire, article 412-4. Cet article permet cependant d'écarter, par ordonnance du premier président de la Cour Suprême, cette condition d'ancienneté.

²¹¹⁶ Code de commerce, article L. 621-4.

²¹¹⁷ A. LEINHARD, Le nouveau droit des entreprises en difficulté, op.cit, n° 824, p. 110.

²¹¹⁸ Supra, n°401.

²¹¹⁹ Code de commerce, article L. 623-2.

²¹²⁰ E. KERCHKHOVE, Traité de droit commercial de Juglart et Ippolito, t VI, procédures collectives de paiement, 3è ed., Montchrestien, 1990, n° 298 .

²¹²¹ CA Paris, 2 arr. 1991 et T. com. Nice, 17 sept. 1991, D. 1992, somm.p.10, obs. DERRIDA-CA Reims, 3 juin 1991, rev. proc. coll. 1992, p. 55, obs. B. DUREUIL-CA paris, 17 janv.1995, rev. proc. coll. 1995, p. 286, n° 2, obs. B. DUREUIL.

1293. Du reste, pour se forger son opinion, le juge-commissaire est fondé à recueillir l'avis de personnes qualifiées, ou, demander à des tiers de recueillir des informations²¹²². Le cas échéant, il peut diligenter l'établissement d'un rapport²¹²³. Cette demande interviendra le plus souvent dans le cadre de sanctions pécuniaires²¹²⁴ ou dans le cadre des opérations de vérification des créances²¹²⁵ ou dans la détermination de la date de cessation des paiements²¹²⁶.

1294. La réforme du 26 juillet 2005 prévoit que, dans le cadre de sa mission de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence, le juge-commissaire est seul habilité à procéder à la désignation d'un technicien en vue d'une mission qu'il détermine²¹²⁷. Le texte de l'article L. 621-9, alinéa 2 du Code de commerce applicable en sauvegarde, en redressement judiciaire²¹²⁸ et en liquidation judiciaire²¹²⁹ a pour objectif de clarifier la situation de sous-traitance des tâches d'expertise. En effet, par le passé, seuls les administrateurs et mandataires pouvaient demander au Tribunal cette désignation. Désormais, cette désignation appartient au juge-commissaire qui, d'une part, peut se saisir lui-même, et, d'autre part, peut être saisi par toute personne intéressée²¹³⁰, et non plus seulement par les mandataires de justice. Avant de désigner un technicien, le juge-commissaire a l'obligation de recueillir les observations du débiteur²¹³¹. Il appartient au juge-commissaire de définir exactement la mission de ce technicien et, dès l'achèvement de celle-ci, le juge-commissaire arrête sa rémunération en fonction notamment des diligences accomplies, du respect des délais impartis et de la qualité du travail fourni.

1295. Suffisamment informé, le juge-commissaire se doit, à son tour, d'informer le Tribunal par voie de rapports. Ainsi, aux termes des dispositions de l'article R. 662-12, alinéa 1 du Code de Commerce, « *le Tribunal statue sur rapport du juge-commissaire sur tout ce qui concerne la sauvegarde, le redressement et la liquidation*

²¹²² Com., 3 janv. 1995, Bull. Joly-1995, 432, note A. COURET.

²¹²³ Com., 12 juillet 1993, n° 89-13. 432, Bull. civ. IV, n° 305-com., 15 mai 2001/10, n° 991.

²¹²⁴ Il a été ainsi jugé que l'article 921-12 du Code de commerce(anc^l: L-25 janv. 1985, art. 14) autorise le juge-commissaire à désigner une personne qualifiée afin de mener des investigations en vue de rechercher des fautes susceptibles d'établir la qualité de dirigeant de fait et de révéler des fautes de gestions (com. 24 mars 2004, n° 01-11.856, inédit).

²¹²⁵ Com. 22 janv. 2002, n° 99-12. 912, act. Proc. Coll. 2002/8, n° 94.

²¹²⁶ Com. , 19 mars 2002, n° 99-14.147, act. Proc. Coll. 2002/10, n° 132.

²¹²⁷ P.-M LE CORRE, Dalloz Action, op.cit, n° 331, p. 424.

²¹²⁸ Code de commerce, article L. 631-9.

²¹²⁹ Code de commerce, article L. 641-11.

²¹³⁰ Rapport Xavier de Roux, n° 2095, p. 193.

²¹³¹ Code de commerce, article R.621-23, alinéa 1. Anc. D. 28 déc. 2005, art. 69, alinéa 1.

judiciaires, y compris l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ou en obligation aux dettes sociales, la faillite personnelle ou l'interdiction prévue à 'article L. 653-8 ». L'alinéa 2 de ce texte ajoute cependant qu' « *il n'est pas fait de rapport lorsque le Tribunal statue sur un recours formé contre une ordonnance de ce juge* ». Hormis cette exception, il faut en déduire que, désormais, toute décision du Tribunal dans le domaine du droit des procédures collectives doit être précédée d'un rapport du juge-commissaire²¹³².

1296. Le rapport du juge-commissaire, qu'il soit écrit ou oral, est une formalité substantielle dont l'absence peut emporter nullité du jugement²¹³³. Cependant, ce rapport n'est exigé qu'en première instance²¹³⁴, la Cour d'Appel pouvant statuer sur la base de l'effet dévolutif de l'appel, sans rapport du juge-commissaire²¹³⁵.

1297. De manière générale, le juge-commissaire français comme d'ailleurs le juge-commissaire africain est omniprésent²¹³⁶ au Cours de la procédure dans la mesure où toutes les décisions de quelque importance²¹³⁷ lui incombent ou, tout au moins, requièrent son autorisation. En somme, « *il bénéficie donc, indirectement, du même domaine élargi de compétence que le Tribunal sur toutes les questions qui concernent la procédure et qui ne sont pas réservées au Tribunal ou à un autre juge*²¹³⁸ ». Comme l'écrit si bien le Pr. HONORAT, « *finalement, la règle d'interprétation de l'étendue des pouvoirs du juge-commissaire doit se modeler sur celle de la compétence du Tribunal dont ce dernier n'est que l'émanation*²¹³⁹ ».

1298. Tout comme le juge-commissaire africain, le juge-commissaire français bénéficie d'une « *compétence de principe* » dans l'exercice de sa mission et peut être considéré « *comme une juridiction à part entière*²¹⁴⁰ ». Dans le but sans doute d'accélérer la procédure, le juge-commissaire statue par voie d'ordonnances

²¹³² En ce sens, Ph. ROUSSEL GALLE, Réforme du droit des entreprises en difficulté, op.cit., n° 382, p. 202.

²¹³³ CA Dijon, 2 avr. 1996, Rev. proc. coll. 1998, p. 62, n° 3, obs. B.DUREUIL-CA Paris, 5è ch. B, 28 juin 2006, RG n° 05/20964.

²¹³⁴ V. sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, com. 24 oct. 1978, n° 77-11.659, Bull. civ.IV, n° 236. D. 1979, 89, note F. DERRIDA com.17 juillet 1981, n° 79-14. 392, bull. civ. IV, n° 322 ; D.1981, IR.P 548.

²¹³⁵ CA Paris, 5è ch. B, 28 juin 2006, RG. N° 05-20964 ; CA. DIJON, 19 avr. 1994, rev. Huissiers 1994, 1286, Rev. Proc. Coll. 1996, p. 52, n° 2, obs. B. DUREUIL.

²¹³⁶ F. PEROCHON et R. BONHOMME, op. cit, n° 206, p. 180.

²¹³⁷ Autres que les plus importantes réservées au Tribunal.

²¹³⁸ F. PEROCHON et R. BONHOMME, op.cit, n° 206, p. 184.

²¹³⁹ A.HONORAT, Obs. sous com. 6 juin 1995, D. 1996. Somm. 86.

²¹⁴⁰ F. DERRIDA, n. D. 1994.510, n° 8. L'arrêt fondamental est com., 8 dec. 1978, D. 1998.52, 1^{ère} esp. , N. DERRIDA, RPC 1998.177, obs. CADIET.

gracieuses ou contentieuses²¹⁴¹ revêtant en principe la nature d'actes juridictionnels sur les demandes relevant de sa compétence et susceptibles de recours.

1299. Ce pouvoir décisionnel du juge-commissaire dans les procédures collectives n'est pas reconnu au Ministère public, lequel ne joue d'ailleurs pas exactement le même rôle en France et en Afrique.

B. LA RUPTURE QUANT AU ROLE DEVOLU AU MINISTERE PUBLIC

1300. En droit des procédures collectives, le Ministère public ²¹⁴² a toujours joué un rôle certain du moment où celles-ci pouvaient révéler l'existence d'infractions²¹⁴³. Bien que ce rôle existe encore en dépit d'une certaine dépenalisation des procédures collectives, force est cependant de constater que de nos jours, le Ministère public intervient également en dehors de toute poursuite d'infractions, dès lors que les procédures collectives ne mettent plus seulement en jeu des intérêts particuliers mais, également, l'ordre public économique et social²¹⁴⁴. Si en droit de l'OHADA, l'implication du Ministère public dans le déroulement de la procédure apparaît discret (1), il n'en est pas de même en droit français où cet organe dispose d'un véritable pouvoir d'action (2).

1. L'implication discrète du Ministère public en droit de l'OHADA

1301. En Afrique, l'institution du représentant du Ministère public apparaît comme la principale innovation de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif²¹⁴⁵ en matière d'organes de la procédure.

1302. De quel poids le ministère public peut-il peser dans le processus de sauvetage judiciaire de l'entreprise en difficulté ?

²¹⁴¹ Sur la dualité de nature des ordonnances du juge-commissaire, v. P.-M LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 2008-2009, n° 331-41, p. 426.

²¹⁴² Ce terme vise à la fois le Procureur de la république qui intervient devant les tribunaux d'instance et le Procureur Général qui intervient devant la Cour d'Appel.

²¹⁴³ Y. GUYON, *Droit des affaires*, op.cit, n° 1167, p. 189.

²¹⁴⁴ B.SOINNE, « *L'intervention du Ministère public dans les procédures collectives* », D. 1983, 11.

²¹⁴⁵ En ce sens, P-G POUGOUE et Y. KALIEU, op.cit, n° 118, p. 42.

1303. En droit africain, et à l'analyse des textes, force est de constater que sur ce terrain, le rôle du Ministère public est discret pour ne pas dire effacé. En tout cas, le Ministère Public est moins doté en prérogatives que son homologue français²¹⁴⁶.

1304. Le représentant du Ministère public africain, contrairement à son homologue français, ne dispose pas du pouvoir de saisir la juridiction compétente aux fins d'ouverture de la procédure collective. Cependant le Ministère public peut susciter l'ouverture de la procédure collective. En effet, il résulte des dispositions de l'article 29-10 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif que le Tribunal peut se saisir d'office sur la base des informations données par le représentant du Ministère public. Le droit d'être informé est sa principale prérogative. Ainsi, sans être impliqué directement dans le déroulement de la procédure, le représentant du Ministère public est informé de celle-ci par le juge-commissaire et « *peut, à toute époque, requérir communication de tous actes, livres ou documents relatifs à la procédure collective*²¹⁴⁷ ». De même, le greffier est tenu de lui adresser immédiatement un extrait du jugement d'ouverture mentionnant les principales dispositions de la décision²¹⁴⁸, le juge-commissaire tenu de lui transmettre immédiatement avec ses observations le rapport établi par le syndic dans le mois de son entrée en fonction sur la situation du débiteur et ses perspectives²¹⁴⁹ et le syndic tenu de lui communiquer son rapport aux fins d'autorisation de la procédure d'activité en cas de liquidation des biens ainsi que les résultats de l'exploitation²¹⁵⁰.

1305. Cependant, bien que de manière non déterminante, l'exercice de certains droits reconnus au représentant du Ministère public africain, peut contribuer au sauvetage de l'entreprise. Il en va notamment ainsi du droit d'informer la juridiction compétente aux fins de saisine d'office pour l'ouverture d'une procédure collective²¹⁵¹ ainsi que du droit d'assister à l'assemblée concordataire et d'y être entendu en ses conclusions orales ou écrites avant qu'il ne soit procédé au vote²¹⁵² En tout état de cause, et

²¹⁴⁶ F.M SAWADOGO, Droit des entreprises en difficulté, op.cit. ,n° 149.

²¹⁴⁷ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 47, alinéa 1.

²¹⁴⁸ Ibid. article 35.

²¹⁴⁹ Ibid. article 66.

²¹⁵⁰ Ibid. article 113.

²¹⁵¹ Ibid. article 29, alinéa 1. Saisine d'office encore en vigueur en droit africain.

²¹⁵² Ibid. articles 123 et 124.

comme l'écrit un auteur, « *bien que moins doté en prérogatives que son homologue français le Ministère public peut contribuer, directement ou indirectement, à accélérer la procédure, à la rendre plus efficace et à assurer sa moralisation*²¹⁵³ ». Il reste cependant et de loin moins actif que le Ministère public français.

2. *La reconnaissance d'un pouvoir d'action certain au Ministère public en droit français*

1306. En France, la fonction du Ministère public dans les procédures a connu une évolution certaine. En effet, l'on s'aperçoit qu'à la mesure du passage du droit des faillites au droit des procédures collectives de paiement, puis au droit des entreprises en difficulté, l'aspect répressif a régressé, alors que les pouvoirs du Ministère public n'ont cessé de progresser²¹⁵⁴. Alors que sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, les pouvoirs du Ministère public étaient assez limités, la loi du 15 octobre 1981 les a sensiblement élargis tandis que la loi du 25 janvier 1985 est venue accroître ce mouvement en faisant du Ministère public un véritable organe de la procédure. Les pouvoirs du Ministère public ont, par la suite, été renforcés successivement par les lois du 10 juin 1994, la réforme du 26 juillet 2005²¹⁵⁵ et l'ordonnance du 18 décembre 2008 conformément à la loi d'habilitation prescrivant de « *renforcer le rôle du Ministère public et accroître ses facultés de recours*²¹⁵⁶ ».

1307. Cependant, en pratique, il s'avère qu'en même temps que le législateur français augmente de manière continue les pouvoirs du Ministère public, ce dernier dispose de moins en moins de moyens pour les mettre en œuvre²¹⁵⁷. Ses prérogatives resteront bien souvent lettre morte d'autant plus que la présence du parquet n'est pas rendue obligatoire par le Code de commerce²¹⁵⁸.

²¹⁵³ F.M SAWADOGO, Droit des entreprises en difficulté, op.cit, n° 149, p. 145.

²¹⁵⁴ P.-M LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action, op.cit, n° 340.11, p. 449.

²¹⁵⁵ V. HOULETTE, « *Le rôle du Ministère public dans la loi de sauvegarde* », JCP E. 2005, 1514, et obs. in Les Petites Affiches, 16 mars 2006, p. 27 ; SALA, « *Rôle et pouvoirs du Ministère public...* », Les Petites Affiches, 17 février 2006, p. 121.

²¹⁵⁶ Article 74, I, 12° LME 4 août 2008, v. not. STAES, « *Aspects de procédure et voies d'exécution* », rev. proc. coll. 2009-1, p. 44, n° 51.

²¹⁵⁷ V. J.P TRIAULAIRE, « *Le rôle du Ministère public* », Rev. Proc. Coll. 2006/2, p. 212 et s., sp. p.215.

²¹⁵⁸ La circulaire de la chancellerie en date du 18 avril 2006 relative à l'action du Ministère public dans les procédures du livre IV du Code de commerce en conséquence de la loi de sauvegarde des entreprises, [Civ. 2006-08 D4/18-04-2006, Nor : JUSC00620263 C, BO min. justice n° 103 (1^{er} avril au 30 juin 2006) traduit cet état de fait lorsqu'elle invite les magistrats du parquet à intervenir dans les procédures « *dans la mesure où cela vous est possible* »].

1308. En droit français, le Ministère public est plus qu'un organe de contrôle. Doté d'un véritable pouvoir d'action, son intervention dans la procédure est de nature à influencer sérieusement le sauvetage de l'entreprise en difficulté.

1309. Afin de mieux exercer les prérogatives qui lui sont reconnues, le Ministère public français à l'instar du juge-commissaire, bénéficie d'un large droit à l'information. Les informations que le Ministère public est susceptible de recevoir sont aussi nombreuses que variées. Sans que la liste soit exhaustive, on peut énumérer quelques unes dont l'exploitation est de nature à contribuer au sauvetage de l'entreprise. Il faut d'abord préciser que de manière générale, le Ministère public doit avoir communication²¹⁵⁹ des procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire, des causes relatives à la responsabilité pécuniaire des dirigeants sociaux et des procédures de faillite personnelle ou relatives aux interdictions de gérer²¹⁶⁰. Le Ministère public doit être avisé de la date d'audience relative à ces procédures²¹⁶¹. L'obligation de communication au Ministère public constitue une formalité substantielle dont l'absence entraîne nullité d'ordre public du jugement²¹⁶².

1310. Ensuite, en amont de l'ouverture de la procédure, le Ministère public doit être tenu informé de certains faits. Ainsi, l'ouverture d'une procédure collective à l'égard d'un débiteur ayant bénéficié d'un mandat ad hoc ou d'une procédure de conciliation dans les dix huit mois qui précèdent doit être examinée en présence du Ministère public qui en est préalablement informé²¹⁶³.

1311. De même, le Ministère public peut être informé par le comité d'entreprise ou les délégués du personnel de tout fait révélant la cessation des paiements de l'entreprise²¹⁶⁴. Pareillement, lorsqu'un juge est commis pour recueillir des renseignements, son rapport est communiqué au Ministère public²¹⁶⁵.

²¹⁵⁹ A. PEDRIAU, « *La communication au Ministère public des affaires de faillite* », JCP 1986, doctr. 3233.

²¹⁶⁰ Code de procédure civile, article 425 mod. Par Décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005, article 357 non codifié.

²¹⁶¹ Code de commerce, article R. 662-10, alinéa 1, anc. D. 28 décembre 2005, art. 346, alinéa 1.

²¹⁶² Ch. Mixte, 21 juillet 1978, n° 75-14-14731, bull. mixte n° 5 ; Gaz. pal 1978, II, 579, note VIATTE, RTD Civ 1979, p. 192, obs.R. PERROT.

²¹⁶³ Code de commerce, article L. 621-1 (sauvegarde) auquel renvoient les articles L. 631-7 et L. 641-1.

²¹⁶⁴ Code de commerce, articles L. 631-6 et L. 640-6.

²¹⁶⁵ Code de commerce, article R. 621-3, alinéa 2, anc. D. 28 déc.2005, article 52, alinéa 2

1312. Enfin, après le prononcé du jugement d'ouverture, plusieurs informations doivent être communiquées au Ministère public. Il s'agit notamment de la communication par le mandataire judiciaire dans les deux mois qui suivent le jugement d'ouverture d'un rapport sur le déroulement de la procédure et la situation économique et financière dans laquelle se trouve le débiteur²¹⁶⁶, la communication par le débiteur à tout moment et, à la fin de chaque période d'activité fixée par le Tribunal au Ministère public, à la demande de ce dernier des résultats d'exploitation, de la situation de la trésorerie et de sa capacité à faire face aux dettes privilégiées nées après le jugement d'ouverture²¹⁶⁷, la communication de la part du débiteur des mandataires de justice et de l'administrateur du solde des comptes bancaires et postaux de l'entreprise et des comptes ouverts à la caisse des dépôts et de consignation²¹⁶⁸. Le Ministère public doit en outre être avisé de la date d'audience lorsque le Tribunal doit statuer sur l'ouverture de la procédure, sur un projet de plan ou sur la modification d'un plan, sans compter que les jugements-clefs de la procédure doivent lui être communiqués : jugement d'ouverture²¹⁶⁹, de prolongation de la période d'observation²¹⁷⁰. L'avis du Ministère public est par ailleurs requis dans plusieurs hypothèses prévues par les dispositions légales ou réglementaires. Il en est par exemple ainsi lorsque le remplacement d'organes est envisagé²¹⁷¹.

1313. La contribution du Ministère Public au sauvetage judiciaire de l'entreprise en difficulté en France ne saurait seulement être perçue à travers la masse d'informations qui peuvent lui être communiquées et dont il peut en faire une exploitation judiciaire. La loi lui donne un redoutable pouvoir d'action qui peut être exercé dans plusieurs domaines.

1314. En premier lieu, il faut relever que, contrairement à son homologue africain²¹⁷², le Ministère public français a qualité pour déclencher l'ouverture du redressement et de la liquidation judiciaires. Ce droit accordé au Ministère public par une loi du 15

²¹⁶⁶ Ibid., article R. 621-20, anc^t ; D. 28 déc. 2005, article 71.

²¹⁶⁷ Ibid., article R. 622-9, anc^t. D. 28 déc. 2005, article 85.

²¹⁶⁸ Ibid., articles R. 622-16, alinéa 1 anc^t. D. 28 déc. 2005, article 190.

²¹⁶⁹ Ibid., articles R. 621-7, anc^t, D. 28 déc. 2005, article 61, R. 631-7, anc^t, D. 28 déc. 2005, article 176 et R. 641-1, anc^t D. 28 déc. 2005, article 214.

²¹⁷⁰ Ibid., article 621-9, alinéa 4, anc^t, D. 28 déc. 2005, article 64, article 4.

²¹⁷¹ Ibid., article R. 621-17, alinéa 2, anc^t, D. 28 déc. 2005, article 72, alinéa 2. Sur la liste relative aux « avis obligatoires du Ministère Public », v. annexe i de la circulaire de la chancellerie du 18 avril 2006, précitée.

²¹⁷² Supra, n°1304.

octobre 1981, s'exerce par voie de requête²¹⁷³. Bien qu'il ait été constaté que cette forme de saisine du Tribunal est marginale²¹⁷⁴, elle permet cependant de pallier à la carence du débiteur en état de cessation des paiements ainsi qu'à celle de ses créanciers avec lesquels il a une compétence concurrente.

1315. En deuxième lieu, le Ministère public a qualité pour déclencher un certain nombre d'actions judiciaires spécifiques. Il en est notamment ainsi de l'action en report de la date de cessation des paiements (pouvoir qu'il partage avec l'administrateur et le mandataire judiciaire²¹⁷⁵) de l'action tendant au remplacement des mandataires de justice, (administrateurs, expert, mandataire judiciaire, commissaire à l'exécution du plan liquidateur²¹⁷⁶).

1316. S'agissant précisément des mandataires de justice, il y a lieu de relever que, non seulement le Ministère public peut solliciter leur remplacement, mais encore, l'ordonnance du 18 décembre 2008 lui donne la possibilité d'influer fortement sur leur désignation. En effet, aux termes des dispositions de l'article L. 621-4, alinéa 5 issu de l'ordonnance du 18 décembre 2008, le Ministère public peut proposer à la désignation du Tribunal un mandataire de justice. Le rejet de cette proposition doit être « *spécialement motivé* ». Le même texte énonce que « *lorsque la procédure est ouverte à l'égard du débiteur qui bénéficie ou a bénéficié d'un mandat ad hoc ou d'une procédure de conciliation dans les dix huit mois qui précèdent, le Ministère public peut en outre s'opposer à ce que le mandataire ad hoc ou le conciliateur soit désigné en qualité d'administrateur ou de mandataire de justice* »²¹⁷⁷.

1317. Le Ministère public peut également solliciter la cessation partielle d'activité, la conversion de la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire, le renouvellement de la période d'observation²¹⁷⁸. Le Ministère public peut, par ailleurs,

²¹⁷³ Code de commerce, articles, L. 631, alinéa 1 et L. 640-5, alinéa 1.

²¹⁷⁴ Il ressort des statistiques qu'en 2005, 0,36% des demandes d'ouverture des procédures collectives visées par la loi sont intervenues sous cette forme (source : Ministère de la justice : 228 cas sur 63 875), v. F. PEROCHON et R. BONHOMME, Entreprises en difficultés-instruments de crédit et de paiement, op.cit, n° 191.

²¹⁷⁵ Code de commerce, article L. 631-8, alinéa 2, anc. loi du 26 juillet 2005, article 89.

²¹⁷⁶ Ibid. articles L. 621-2, L. 626-25 et L. 641-1.

²¹⁷⁷ V. les critiques de B.SOINNE, « *Les modifications envisagées de la loi du 26 juillet 2005* », Rev. proc. coll. , 2008-2, p. 9, n°s 17 et s.

²¹⁷⁸ Code de commerce, article L. 621-3.

après l'arrêt du plan demander la résolution du plan de sauvegarde ou de redressement²¹⁷⁹ ainsi que du plan de cession²¹⁸⁰.

1318. En troisième lieu, le Ministère public dispose d'un large pouvoir en matière de voies de recours caractérisé par la multiplicité de recours que la loi lui permet d'exercer et par leur efficacité²¹⁸¹. « *L'immensité du pouvoir ainsi conféré au Ministère public* »²¹⁸² par le législateur français dans ce domaine doit cependant s'efforcer de concilier deux soucis antagonistes : ouvrir plus largement les recours afin de sanctionner certaines anomalies, et éviter qu'il en soit fait un usage abusif, susceptible de compromettre le redressement²¹⁸³ de l'entreprise.

1319. Force est en effet de constater que l'exercice abusif des prérogatives du Ministère public en matière de voies de recours est de nature à compromettre le sauvetage de l'entreprise. Cela pourrait être notamment le cas pour le recours formé contre les décisions statuant sur l'ouverture de la procédure, sur la liquidation judiciaire arrêtant le plan de sauvegarde ou de redressement, arrêtant ou modifiant le plan de cession. Ce risque est d'autant plus vrai que, à l'exception de l'appel formé contre la décision statuant sur l'ouverture, l'appel formé contre les autres décisions produit un effet suspensif²¹⁸⁴.

1320. Ainsi donc, l'analyse des missions assignées aux organes judiciaires de décision en droit africain et en droit français ainsi que le rôle incontournable du Ministère public en droit français révèlent l'importance de ces organes dans le déroulement des procédures collectives. Ces derniers apparaissent, en fin de compte, comme « *des organes d'appui* » à la mission de sauvetage de l'entreprise en difficulté dévolue au juge, rôle que jouent également les mandataires de justice.

²¹⁷⁹ Ibid., article L. 626-27.

²¹⁸⁰ Ibid., article L. 642-11.

²¹⁸¹ Supra n° 647 et s.

²¹⁸² DERRIDA et SORTAIS, D. 1994, chron. 267, n° 268, V.REMERY, in rapport C.cass. 1998, p. 139.

²¹⁸³ F. PEROCHON et R. BONHOMME, op.cit, n° 205, p. 180.

²¹⁸⁴ Supra n° 653 et s.

PARAGRAPHE 2 : LES MISSIONS ASSIGNEES AUX MANDATAIRES DE JUSTICE

1321. Les mandataires de justice sont des « *auxiliaires de justice spécialisées* »²¹⁸⁵ dont le rôle est primordial dans le déroulement des procédures collectives en général et dans la contribution au sauvetage judiciaire de l'entreprise en particulier. Les mandataires de justice sont, en principe, des professionnels hautement qualifiés.

1322. L'examen de la situation en France et en Afrique laisse apparaître que les mandataires de justice qui interviennent dans le déroulement de la procédure ne sont pas les mêmes (A). Bien qu'il y ait beaucoup à dire sur la portée réelle des missions dévolues aux mandataires de justice²¹⁸⁶, l'on s'aperçoit par ailleurs que, globalement, ces missions revêtent une double nature (B).

A. DES MANDATAIRES DIFFERENTS

1323. Les mandataires de justice intervenant dans le déroulement des procédures collectives et susceptibles de contribuer au redressement de l'entreprise diffèrent selon que l'on se situe dans l'ordre juridique africain (1) ou français (2).

1. Les mandataires de justice en Afrique

1324. Dans le droit en vigueur antérieurement dans la plupart des Etats appartenant à l'espace OHADA, il existait une situation de dualisme qui conduisait à la désignation d'un syndic en cas de faillite et un liquidateur en cas de liquidation judiciaire. L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, à la suite du décret du 20 mai 1955, a consacré l'appellation unique de syndic, qu'il

²¹⁸⁵ Y. GUYON, Droit des affaires, op.cit, n° 1159, p. 182.

²¹⁸⁶ Les pouvoirs reconnus par la loi aux mandataires de justice aussi bien en Afrique qu'en France sont loins d'être absolus. En effet, si, aussi bien en France qu'en Afrique, les actes accomplis par le débiteur en violation des règles relatives à la répartition des pouvoirs ou, au mépris du dessaisissement sont sanctionnés par l'inopposabilité desdits actes à la procédure collective, force est de constater que dans les deux systèmes, le débiteur en état de cessation des paiements et soumis à une procédure collective conserve encore des pouvoirs résiduels qui lui permettent d'accomplir seul un certain nombre d'actes ou d'exercer certains droits. Il s'agit notamment des actes conservatoires, des droits extra patrimoniaux et des droits propres.

s'agisse de la procédure de redressement judiciaire ou de celle de liquidation des biens.

1325. Les syndics sont des mandataires de justice rémunérés pour leur travail²¹⁸⁷. Ils jouent un rôle primordial dans les procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens où, en réalité, ils cumulent trois fonctions : l'exercice de fonctions techniques²¹⁸⁸, la représentation de la masse des créanciers²¹⁸⁹, la représentation du débiteur en cas de liquidation des biens ou son assistance en cas de redressement judiciaire²¹⁹⁰. Une telle hétérogénéité de fonctions assurés par le même organe n'a pas manqué de susciter des critiques²¹⁹¹.

1326. Le jugement d'ouverture désigne le ou les syndics sans que le nombre de ceux-ci puissent excéder trois²¹⁹². « *Aucun parent ou allié du débiteur jusqu'au quatrième degré inclusivement ne peut être nommé syndic* »²¹⁹³.

1327. Les syndics sont révocables sur proposition du juge-commissaire agissant soit d'office, soit sur les réclamations à lui adressées par le débiteur, les créanciers ou les contrôleurs²¹⁹⁴. Dans l'exercice de leur fonctions, tant en redressement judiciaire qu'en liquidation des biens, ils peuvent engager leur responsabilité civile ou pénale selon les cas tout comme d'ailleurs les mandataires de justice concernés en France.

2. Les mandataires de justice en France

1328. En France, sont principalement concernés au titre de mandataires de justice : l'administrateur judiciaire, le mandataire judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan.

1329. Le Code de commerce français définit les administrateurs judiciaires comme « *des mandataires de justice, personnes physiques ou morales, chargés par décision*

²¹⁸⁷ F.M SAWADOGO, Droit des entreprises en difficulté OHADA, op.cit, n° 152, p. 148.

²¹⁸⁸ Telles notamment la vérification des créances, les opérations d'inventaire, l'apposition des scellés.

²¹⁸⁹ Infra, n°1384.

²¹⁹⁰ Infra, n°1365.

²¹⁹¹ Infra, n°1348.

²¹⁹² Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 35, alinéa 1.

²¹⁹³ Ibid., article 41, alinéa 1.

²¹⁹⁴ Ibid., article 42, alinéa 1.

de justice d'administrer les biens d'autrui ou d'exercer des fonctions d'assistance ou de surveillance dans la gestion de ces biens »²¹⁹⁵.

1330. L'article L. 621-4, alinéa 3 du Code de commerce impose au Tribunal qui ouvre la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire de désigner un administrateur²¹⁹⁶, lequel peut, depuis la réforme de 2008, être suggéré par le débiteur ou le Ministère public²¹⁹⁷.

1331. Cependant, la désignation d'un administrateur n'est pas obligatoire lorsque le débiteur ne franchit aucun des seuils suivants : vingt salariés et trois millions d'euros de chiffre d'affaire hors taxe²¹⁹⁸. Si l'un ni l'autre de ces seuils n'est atteint, la désignation devient facultative. Selon une innovation issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008, un administrateur doit être désigné lorsqu'une cession totale ou partielle de l'entreprise est envisagée au Cours d'une procédure de redressement judiciaire « *aux fins de procéder à tous les actes nécessaires à la préparation de cette cession et, le cas échéant, à sa réalisation* »²¹⁹⁹.

1332. L'activité des administrateurs judiciaires s'exerce essentiellement dans le cadre des procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires. Il résulte des dispositions de l'alinéa 2 de l'article L. 811-1 du Code de commerce issu de la loi du 3 janvier 2003²²⁰⁰ que les tâches qui comportent l'exécution du mandat des administrateurs leur incombent personnellement. Il leur est cependant permis, lorsque le déroulement de la procédure le requiert, et sur autorisation motivée du Président du Tribunal, de confier sous leur responsabilité à des tiers une partie de ces tâches. Dans ce cas, les administrateurs judiciaires doivent rétribuer les tiers sur la rémunération qu'ils perçoivent en application des textes en vigueur²²⁰¹. Cette solution a pour but d'éviter de grever la trésorerie de l'entreprise²²⁰².

²¹⁹⁵ Code de commerce, article L. 811-1, mod. par la loi n° 2003-7, 3 janv. 2003.

²¹⁹⁶ Ou plusieurs à la demande du Ministère public, v. articles L. 621-4, alinéa 3, L. 621-7 et L. 631-9. Il peut aussi en adjoindre plus tard.

²¹⁹⁷ Supra, n° 78.

²¹⁹⁸ Code de commerce, articles L. 621-4, alinéa 4 et article R. 621-11. Il convient de rappeler que dans le régime antérieur, les seuils correspondants étaient de 50 salariés et de 3.100.000 euros de chiffre d'affaires ; plus de 95% des entreprises n'en franchissaient aucun, ce qui est le cas de la plupart des débiteurs, v. F.PEROCHON et R. BONHOMME, op.cit, n° 216 ; p. 194.

²¹⁹⁹ Ordonnance du 28 décembre, article 86, nouvel article L. 631-21-1 du Code de commerce.

²²⁰⁰ Loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003, article 1^{er} –II.

²²⁰¹ Code de commerce, article L.811-1, alinéa 3.

²²⁰² En ce sens, P-M LE CORRE, Dalloz action, op.cit., n° 351-32, p. 470.

1333. Les mandataires judiciaires sont des mandataires, personnes physiques ou morales, chargées par décision de justice de représenter les créanciers et de procéder à la liquidation d'une entreprise dans les conditions définies par le titre II du livre VI du Code de commerce relatif au redressement judiciaire des entreprises²²⁰³.

1334. Le mandataire judiciaire que doit obligatoirement désigner le Tribunal dans le jugement d'ouverture, a pour triple spécialité, selon la formule de Me GALL-HENG, « *la gestion des créanciers et de leur intérêt collectif, la gestion des salariés et la redistribution des actifs et des prix de cession* »²²⁰⁴. Il faut rappeler que depuis la réforme de 2008, le nom d'un mandataire judiciaire peut être suggéré par le Ministère public et le rejet de cette proposition tout comme celle relative à la désignation de l'administrateur judiciaire doit être spécialement motivé²²⁰⁵.

1335. Comme pour les administrateurs et pour les mêmes raisons²²⁰⁶, la loi du 3 janvier 2003 est venue préciser que l'exécution du mandat des mandataires judiciaires leur incombe personnellement. Cependant, il leur est permis, lorsque le bon déroulement de la procédure le requiert et sur autorisation motivée du Président du Tribunal, de confier sous leur responsabilité à des tiers une partie de ces tâches, sauf à eux de rétribuer les tiers sur la rémunération qu'ils perçoivent²²⁰⁷.

1336. Le commissaire à l'exécution est désigné par le Tribunal lorsqu'un plan de sauvegarde ou de redressement est arrêté. Désigné pour la durée du plan, le commissaire à l'exécution du plan peut être, au gré du Tribunal, l'administrateur ou le mandataire judiciaire en fonction pendant la période d'observation. Par hypothèse, tous deux connaissent la situation de l'entreprise et sont bien placés pour exercer le rôle que la loi leur assigne, à savoir « *veiller à l'exécution du plan* »²²⁰⁸.

²²⁰³ Code de commerce, article L. 812-1 mod. par la loi n° 2003-7 du 3 janv. 2003 et la loi n° 2004-130 du 11 février 2004.

²²⁰⁴ GALL-HENG, Les Petites Affiches, 17 févr. 2006, p. 109.

²²⁰⁵ Code de commerce, article L. 621-4, alinéa 5.

²²⁰⁶ Supra, n°1332.

²²⁰⁷ Code de commerce, article L. 821-1, alinéa 2 et 3 ajoutés par la loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003.

²²⁰⁸ En ce sens, F. PEROCHON et R. BONHOMME, op.cit., n° 220, p. 200.

1337. Le commissaire à l'exécution du plan a qualité pour poursuivre les actions exercées par les mandataires de justice pendant la période d'observation²²⁰⁹ et il est, depuis 2005, expressément « *habilité à engager des actions dans l'intérêt collectif des créanciers* », comme l'avait déjà du reste admis la jurisprudence²²¹⁰. La solution est utile puisque, un terme ayant été mis à la période d'observation, le maintien en fonction des mandataires initialement désigné est résiduel²²¹¹.

1338. Les mandataires de justice ainsi identifiés en droit français et en droit africain sont, pour la plupart, impliqués dans la gestion de l'entreprise en difficulté. De fait, il apparaît que généralement, ces mandataires remplissent des missions d'une double nature.

B. DES MISSIONS D'UNE DOUBLE NATURE

1339. L'implication des mandataires de justice dans la gestion de l'entreprise en difficulté se présente tantôt sous la forme d'une surveillance et d'une assistance (1), tantôt sous la forme d'une représentation (2).

1. La surveillance et l'assistance du débiteur

1340. Alors que la mission de surveillance des actes accomplis par le débiteur reconnue au mandataire judiciaire n'existe qu'en droit français, la mission d'assistance est commune aux deux ordres juridiques. L'on déterminera d'abord le champ d'application de la surveillance (a) et, ensuite, le champ d'application de l'assistance (b).

²²⁰⁹ S'il n'est plus en fonction, le Tribunal désigne pour ce faire un mandataire de justice conformément aux dispositions de l'article L. 626-25, alinéa 2 du Code de commerce.

²²¹⁰ Com. 12 juillet 1994, B. 265 ; D. 1995, somm. 1, obs. DERRIDA.

²²¹¹ Le mandataire judiciaire ne demeure en fonction que pour achever la vérification des créances et n'a donc plus qualité pour agir. Il en est de même pour l'administrateur, même lorsque sa mission se poursuit quelques temps après l'adoption du plan en vue d'effectuer des actes nécessaires à sa mise en œuvre conformément aux dispositions de l'article L. 626-24 du Code de commerce.

a) Le champ d'application de la surveillance

1341. Sous l'empire de la législation française antérieure à la loi du 26 juillet 2005, la mission de surveillance ne pouvait être confiée à l'administrateur judiciaire qu'en régime général. Elle était d'application rare et supposait que le Tribunal ait totalement confiance au débiteur ou aux dirigeants de la personne morale débitrice ou que, leurs compétences ne puissent en aucune manière être remises en cause²²¹². Cette mission a disparu dans le redressement judiciaire, sous l'empire de la législation du 26 juillet 2005. En revanche, elle peut être confiée en procédure de sauvegarde.

1342. En sauvegarde en effet, le principe est simple et en harmonie avec le caractère préventif de la procédure²²¹³ : « *l'administration de l'entreprise est assurée par le dirigeant* »²²¹⁴. Les administrateurs ou les administrateurs désignés par le Tribunal sont chargés ensemble ou séparément de « *surveiller le débiteur dans sa gestion ou de l'assister pour tous les actes de gestions ou pour certains d'entre eux* ».

1343. La surveillance ne consiste qu'en un contrôle *a posteriori* des opérations que le débiteur a effectuées, ce qui suppose que ce dernier doit rendre compte à l'administrateur judiciaire de la gestion et de l'informer des opérations concernées²²¹⁵. Cependant, s'il ne s'agit pas d'un acte interdit et donc nul, l'acte accompli par le débiteur restera valable quand bien même il serait inopportun²²¹⁶. La surveillance exercée par l'administrateur judiciaire porte non seulement sur la légalité des actes, mais aussi sur leur opportunité, entendue comme « *leur conformité aux finalités de la période d'observation et l'importance des moyens dont dispose le débiteur pour les exécuter* »²²¹⁷.

1344. En régime de surveillance, l'administrateur ne peut exiger du débiteur l'accomplissement de tel ou tel acte, tout comme il ne peut s'opposer à la conclusion d'un acte par celui-ci. Tout au plus, peut-il demander au Tribunal de transformer sa

²²¹² P.M LE CORRE, Droit et pratiques des procédures collectives, op.cit, n° 421.32, p. 611.

²²¹³ A. JACQUEMONT, Droit des entreprises en difficulté, op.cit, n° 324, p. 188.

²²¹⁴ Code de commerce, article L. 621-1,1, anc^l article 23 de la loi du 26 juillet 2005.

²²¹⁵ En ce sens, F. PEROCHON et R. BONHOMME, op.cit., n° 276, p. 266.

²²¹⁶ Idem.

²²¹⁷ Y. GUYON, Droit des affaires, t. 2, op.cit. n° 1214, p. 239.

mission en une mission d'assistance²²¹⁸ ou, dans l'hypothèse la plus grave c'est-à-dire en cas de cessation des paiements, de prononcer le redressement ou la liquidation judiciaires²²¹⁹. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a privé l'administrateur d'une possibilité dont l'utilité ne devait être certes que marginale, à savoir solliciter la cessation partielle de l'activité.

1345. Par ailleurs, au plan procédural, en régime de surveillance, le débiteur a toute liberté d'agir seul en justice, comme s'il n'y avait pas d'administrateur judiciaire²²²⁰. Le représentant des créanciers ou, après arrêté du plan, le commissaire à l'exécution du plan n'ont pas à être mis en cause. La solution est identique lorsque le débiteur occupe la situation procédurale de défendeur. De même, les saisies portant sur des créances postérieures n'ont pas à être dénoncées à l'administrateur judiciaire, mais seulement au débiteur saisi²²²¹. Cette autonomie du débiteur n'existe pas en matière d'assistance.

b) Le champ d'application de l'assistance

1346. En droit français, le Tribunal peut confier à l'administrateur judiciaire en redressement judiciaire tout comme d'ailleurs en sauvegarde²²²², une mission d'assistance du débiteur pour tout ou partie des actes de gestion en application des dispositions de l'alinéa 2 de l'article L. 361-17 du Code de Commerce.

1347. Cette mission d'assistance a une portée variable. En effet, l'administrateur judiciaire peut assister le débiteur dans tous les actes de gestion de l'entreprise ou, seulement, dans certains d'entre eux. Cette modularité oblige le juge saisi d'une demande tendant à l'inopposabilité d'un acte comme ayant été passé par le débiteur seul, à vérifier au préalable l'étendue exacte des pouvoirs de l'administrateur judiciaire²²²³.

²²¹⁸ Code de commerce, article L. 622-1, IV, anc^t, article 23 de la loi du 26 juillet 2001.

²²¹⁹ Code de commerce, article L. 622-10, alinéa 2, anc^t, article 28 de la loi du 26 juillet 2005.

Aux termes des dispositions du nouvel article L. 622-10, alinéa 1 du Code de commerce issu de l'article 24 de l'ordonnance du 18 décembre 2008, cette initiative est désormais réservée au débiteur.

²²²⁰ En ce sens, CA d'Orléans, 8 février 1995, rev. proc. coll. 1996, 82, n° 20, obs. M-H MONSERIE.

²²²¹ CA Lyon, 10 mai 1995, Rev. proc. coll. 1998, 90, n° 12, obs. écrit. P.CANET.

²²²² Une telle assistance en sauvegarde ne devrait être qu'exceptionnelle dans la mesure où, le principe est le maintien des pouvoirs du débiteur.

²²²³ Com. 12 mai 1998, n° 95-17.163, RJDA 1998/10, p. 838, n° 1130.

1348. En droit africain, la mission d'assistance incombant au syndic est définie à l'article 52, alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Cet article énonce que « *la décision qui prononce le redressement judiciaire emporte, de plein droit, à partir de sa date, et jusqu'à l'homologation du concordat ou la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens, assistance obligatoire pour tous les actes concernant l'administration et la disposition de ses biens, sous peine d'inopposabilité de ces actes* ».

1349. De manière générale, il faut relever qu'en droit africain, en l'absence d'une période d'observation après ouverture d'une procédure collective, « *en cas de redressement judiciaire, l'activité est continuée avec l'assistance du syndic pour une durée indéterminée sauf décision contraire du juge-commissaire* »²²²⁴. La poursuite de l'activité avec l'assistance du syndic est donc automatique en cas de redressement judiciaire et ne requiert aucune autorisation judiciaire préalable. En revanche, le juge-commissaire peut à tout moment, mettre fin à la continuation de l'activité après avoir entendu le syndic²²²⁵. Dans le cadre de la continuation de cette activité, le syndic est tenu de communiquer au Ministère public et au juge-commissaire, à la fin de chaque période fixée par ce dernier et, au moins tous les trois mois, les résultats de l'exploitation ainsi que le montant des deniers déposés au compte de la procédure collective ouvert à cette fin²²²⁶.

1350. Par ailleurs, dans le mois de son entrée en fonction, et sauf prorogation exceptionnelle de délai, le syndic est tenu de remettre au juge-commissaire, « *un rapport sommaire de la situation apparente du débiteur, des causes et caractères de cette situation faisant apparaître un bilan économique et social de l'entreprise et les perspectives de redressement résultant des propositions concordataires du débiteur* »²²²⁷. Ce rapport apparaît ainsi comme le pendant en droit africain du bilan économique et social que l'administrateur est tenu d'élaborer en droit français en sauvegarde ou en redressement judiciaire pendant la période d'observation.

²²²⁴ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 112, alinéa 1.

²²²⁵ Ibid., article 112, alinéa 3.

²²²⁶ Ibid., article 112, alinéa 2.

²²²⁷ Ibid., article 66, alinéa 1.

1351. La continuation de l'activité de l'entreprise en redressement judiciaire est, en principe, le fait du syndic puisqu'il ressort de l'interprétation de l'article 114, alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif que le débiteur ou les dirigeants de la personne morale ne peuvent y prendre part que sur autorisation du juge-commissaire. Il y a là comme une entorse importante au principe qui veut qu'en cas de redressement judiciaire, le débiteur soit simplement assisté par le syndic²²²⁸.

1352. La continuation de l'activité peut, dans certains cas, prendre la forme d'une mise en location-gérance²²²⁹. En effet, le Tribunal peut, à la demande du syndic²²³⁰ « autoriser la conclusion d'un contrat de location-gérance lorsque la disparition ou la cessation de l'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 des biens et services »²²³¹.

1353. Il résulte de l'analyse des dispositions de l'article 52, alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qu'en cas de redressement judiciaire, l'assistance du syndic est obligatoire et ne peut être refusée ni par le débiteur, ni par le syndic. Du reste, si le syndic venait à refuser son assistance pour accomplir des actes d'administration ou de disposition au débiteur ou aux dirigeants de la personne morale, ceux-ci ou les contrôleurs pourraient l'y contraindre par décision du juge-commissaire²²³².

1354. L'assistance du syndic dans la gestion des biens du débiteur n'est cependant pas totale puisque la loi permet à ce dernier d'accomplir, valablement seul, « les actes conservatoires et ceux de gestion Courante entrant dans l'activité habituelle de l'entreprise, conformément aux usages de la profession, à charge d'en rendre compte

²²²⁸ En ce sens, P.G POUGOUE et Y. KALIEU, op.cit, n° 182, p. 63

²²²⁹ La location-gérance, dite encore gérance libre, « est le contrat par lequel, un commerçant loue son fonds de commerce à un autre commerçant qui l'exploite à ses risques et périls moyennant versement d'une redevance » (cf. Y.GUYON, Droit des affaires, t. 2, op.cit., n° 1216, p. 241).

²²³⁰ Mais également à la demande du représentant du Ministère public ou d'un contrôleur s'il en a été nommé.

²²³¹ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 115, alinéa 1.

²²³² Ibid., article 52, alinéa 4.

au syndic »²²³³. La possibilité laissée au débiteur d'accomplir seul les « *actes conservatoires* » est logique dès lors que l'assistance ne se justifie que s'il y a conséquence patrimoniale pour la masse, ce qui n'est pas le cas pour de tels actes qui, par définition, tendent simplement à la protection du patrimoine.

1355. S'agissant des actes de gestion Courante, il y a lieu de relever que le législateur communautaire africain, en exigeant que ces actes accomplis par le débiteur soient des actes qui entrent « *dans l'activité habituelle de l'entreprise conformément aux usages de la profession* », n'a fait que légaliser les critères dégagés par la jurisprudence française. A leur propos, certains auteurs ont relevé les difficultés d'interprétation susceptibles d'intervenir dans la pratique, les actes accomplis pouvant être différents d'une entreprise à l'autre²²³⁴.

1356. Les critères dégagés par la jurisprudence française sur cette question sont de nature à aider les juges africains dans l'appréciation relative à la question de savoir si l'acte accompli par le débiteur est un acte de gestion Courante ou pas.

1357. En droit français, l'article L. 622-3, alinéa 2 du Code de commerce valide des « *actes de gestion Courante* » accomplis par le débiteur seul, alors qu'il aurait dû être assisté en sauvegarde ou en redressement judiciaire, par l'administrateur judiciaire. Cette disposition légale est essentiellement justifiée par le souci de protéger les tiers de bonne foi, c'est-à-dire des personnes restées dans l'ignorance du redressement judiciaire atteignant le débiteur²²³⁵. En l'absence d'administrateur judiciaire dans l'entreprise, l'acte de gestion Courante sera accompli par le débiteur seul, sans autorisation du juge-commissaire.

1358. Mais que faut-il entendre par « *acte de gestion Courante* » ? Le Code de commerce ne définit pas la notion d'acte de gestion Courante. Il faut se référer à la jurisprudence pour en avoir une idée un peu plus précise. Selon la jurisprudence, l'acte de gestion Courante est une opération banale de portée limitée, n'intéressant que le Court terme, une opération de type Courant, habituellement pratiquée et d'un

²²³³ Ibid., article 52, alinéa 2.

²²³⁴ P.G POUGOUE et Y. KALIEU, op.cit., n° 100, p. 37.

²²³⁵ P.-M LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, op.cit., n° 421-28, p. 609.

montant peu élevé, une opération qui « *se rattache à l'exploitation et est conforme aux usages de la profession* »²²³⁶. Il en est ainsi de la souscription d'une police d'assurance²²³⁷, une commande « *normale* » de marchandises²²³⁸ où, compte tenu de l'activité exercée, la vente d'un immeuble par un promoteur ou celle d'un véhicule d'occasion par un garage²²³⁹. De même, il a été jugé que l'embauche d'un salarié peut, selon les circonstances constituer un acte de gestion Courante²²⁴⁰. En revanche, il a été jugé que ne consistait pas un acte de gestion Courante, une convention d'honoraires d'un montant particulièrement élevé²²⁴¹. Du reste, en vue de rassurer et limiter les incertitudes d'appréciation de la notion d'acte de gestion, il a été suggéré de faire fixer un seuil au-delà duquel, l'acte ne saurait être considéré comme un acte de gestion Courante²²⁴². Mais encore faudrait-il d'une part qu'il existe une mesure de publicité permettant au partenaire contractuel du débiteur d'en avoir connaissance et, d'autre part, que cette publicité soit prévue par la loi pour être efficace²²⁴³.

1359. L'assistance prévue par la loi suppose qu'elle s'applique à la sauvegarde ou au redressement judiciaire et requiert l'intervention aux actes concernés à la fois du débiteur et du mandataire de justice. Ainsi, il a été jugé en droit français que pour procéder à un licenciement, l'intervention de l'administrateur est exigée, sauf à rendre ledit licenciement inopposable s'il est effectué par le débiteur seul²²⁴⁴. La situation d'assistance conduit donc à une administration conjointe de l'entreprise, le débiteur et l'administrateur judiciaire ou le syndic selon le cas étant dans une situation comparable à celle d'époux mariés sous le régime de la communauté²²⁴⁵.

1360. Deux illustrations importantes peuvent être évoquées par rapport à cette situation d'administration conjointe de l'entreprise. La première concerne le fonctionnement des comptes bancaires supposant alors la co-signature du débiteur et

²²³⁶ Com. 8 mars 1983, B. 97 ; com. 23 juin, 1981, B. 291 ; D. 1982.IR.OBS.DERRIDA ; JCP. CI 1982.I.10800, n° 6, obs. CABRILLAC ; Com. 3 avril 1990, B. 115.

²²³⁷ Civ. 1^{ère}. 23 septembre 2003, n° 99-11379 : « *ayant retenu que la souscription d'un contrat d'assurance, par la débitrice seule après sa mise en redressement judiciaire, consistait un acte de gestion courante, c'est à bon droit que la Cour d'appel, qui a relevé que la compagnie Commercial Union assurances était un tiers de bonne foi, a écarté la nullité de ce contrat* ».

²²³⁸ Com. 8 déc. 1998, B. 293 ; D. 1999, somm. 188, obs. HONORAT ; Rev.proc.coll. 2000, 77, obs. B. SONNE.

²²³⁹ Com. 22 mai 2007, n° 04-20801 et com. 27 nov. 2001, JCP E 2002, 763, n° 3, obs. CABRILLAC ; DP arr. 2002, p. 99, obs. MONSERIE-BON

²²⁴⁰ Soc. 21 sept. 2005, n° 03-41598, B. 261.

²²⁴¹ Civ. 1^{ère}, 13 nov. 1997, n° 95-19937.

²²⁴² F.PEROCHON et R. BONHOMME, entreprises en difficulté-Instruments de crédit et de paiement, op.cit, n° 275, p. 265.

²²⁴³ P.-M LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, op.cit. n° 421-28, p. 610.

²²⁴⁴ Soc. , 28 juin 2001, act. proc. coll. 2001/14, n° 175.

²²⁴⁵ P.-M LE CORRE, droit et pratique des procédures collectives, op.cit., n° 421-33, p. 612

du mandataire de justice concerné en droit africain. La seconde concerne les actions en justice et, plus généralement, les actes de procédure. Il a été jugé en droit français qu'en demande, l'action ou la voie de recours²²⁴⁶ ne peut être exercée que par l'administrateur judiciaire et le débiteur. Si la voie de recours est exercée par le débiteur seul, l'administrateur judiciaire n'intervient utilement pour la régulariser que s'il est dans le délai d'exercice de celle-ci²²⁴⁷. Faute d'appeler l'administrateur désigné à l'instance, la voie de recours est irrecevable.²²⁴⁸ En défense, l'action doit être dirigée conjointement contre le débiteur et l'administrateur judiciaire. Il en va de même de la notification des actes de procédures ou de saisie²²⁴⁹. Pareillement, un redressement fiscal doit être notifié tant au débiteur qu'à son administrateur²²⁵⁰. Ces solutions jurisprudentielles françaises devraient être appliquées *mutatis mutandi* à l'assistance obligatoire du syndic africain.

1361. La mission d'assistance n'impose cependant pas à l'administrateur judiciaire ou au syndic de prendre des initiatives dans l'administration de l'entreprise. Il a ainsi été jugé que l'administrateur judiciaire n'avait pas qualité pour solliciter la prorogation d'un permis de construire accordé à la société débitrice²²⁵¹. De la même manière, il doit s'abstenir de passer des commandes²²⁵². La situation serait sans doute différente si l'administrateur ou le syndic étaient investis d'une mission de représentation.

2. La représentation

1362. Les missions de représentation confiées par la loi aux mandataires de justice en droit français et en droit africain s'articulent autour de deux situations distinctes. Tantôt il est question pour le mandataire de justice de représenter le débiteur (a), tantôt il est question pour ce dernier, de représenter les créanciers (b).

²²⁴⁶ Soc. , 7 nov. 1990, n° 89-42.268, Bull V, n° 517; D. 1992, somm. P. 254, obs. F.DERRIDA.

²²⁴⁷ Com. , 12 juin 2001, n° 97-20.623, Bull.civ. IV, n° 117 ; Act. proc. coll. 2001/13, n° 161 ; D. 2001, AJ p. 2301, obs. A. LEINHARDA; RTD COM; 2001, p. 775, obs. J.-L. VALLENS; J.C.P.E 2002, chron. 121, p. 127; RTD civ. 2001, p. 956, n° 4, obs. R. PERROT. En effet, selon l'article 126 du Code de procédure civile français, il ne peut y avoir régularisation que si la personne ayant qualité pour agir devient partie à l'instance avant toute forclusion.

²²⁴⁸ Com. , 3 déc. 2003, n° 01-00.485, Bull.civ. IV, n° 194 ; D. 2004, AJ. p. 139 ; act. proc. coll. 2004/2, n° 26.

²²⁴⁹ A propos de contraintes des organismes sociaux, v.com. , 30 mars 1993, n° 90-21. 486, Bull.civ IV, n° 133.

²²⁵⁰ CA DOUAI, 2è ch. 1ère sect. , 17 janv. 2002, rev. Proc. coll. 2004, p. 45, n° 4 obs Ch. LEBEL.

²²⁵¹ Com. , 13 nov. 2002, n° 98-11.366, Bull.civ. IV, n° 162; Rev. proc. coll. 2004, p. 44, n° 44, n° 3 obs. Ch. LEBEL; Act. proc. coll. 2002/20, n° 259; D. 2003, AJ p. 201.

²²⁵² IFPPC, recomm. N° 2021-2, p.45.

a) *La représentation du débiteur*

1363. En droit des entreprises en difficulté, la représentation est perçue comme une solution sévère pour le débiteur peu compatible avec le redressement de l'entreprise dès lors qu'elle entraîne la défiance des clients et des fournisseurs, obligés désormais de traiter avec un mandataire de justice qu'ils ne connaissent pas²²⁵³.

1364. Il existe une divergence en droit africain quant aux hypothèses de représentation du débiteur par les mandataires de justice. En effet, à côté d'une hypothèse commune de représentation au droit français et en droit africain, existe une hypothèse de représentation propre au droit français.

1365. L'hypothèse de représentation commune du débiteur s'applique en matière de liquidation judiciaire ou de liquidation des biens selon le cas. En droit français, il résulte des dispositions de l'article L. 641-9, I, du Code de commerce²²⁵⁴ que « *le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens même de ceux qu'il a acquis à quelque titre que ce soit tant que la liquidation judiciaire n'est pas clôturée. Les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur* ». En droit de l'OHADA, l'article 53, alinéa 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif énonce que « *la décision qui prononce la liquidation des biens emporte, de plein droit, à partir de sa date et jusqu'à la clôture de la procédure, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens présents et ceux qu'il peut acquérir à quelque titre que ce soit, sous peine d'inopposabilité de tels actes, sauf s'il s'agit d'actes conservatoires. Les actes, droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont accomplis ou exercés, pendant toute la durée de la liquidation des biens, par le syndic agissant seul en représentation du débiteur...* ».

²²⁵³ En ce sens, Y GUYON, Droit des affaires, op.cit, n° 1214, p. 240.

²²⁵⁴ Anc^t article 104 de la loi du 26 juillet 2005.

1366. Il résulte ainsi de ces dispositions légales françaises et africaines que, du fait de son dessaisissement tant de « *l'administration* » que de la « *disposition* » de ses biens pendant toute la durée de la liquidation judiciaire ou de la liquidation des biens, le débiteur est représenté par le liquidateur en droit français ou par le syndic en droit africain. La représentation participe donc des effets du dessaisissement.

1367. La représentation du débiteur pendant la période concernée constitue, au demeurant, une obligation à la charge du mandataire de justice. Aussi, l'alinéa 4 de l'article 52 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif énonce que « *si le syndic refuse son assistance pour accomplir des actes d'administration ou de disposition au débiteur ou aux dirigeants de la personne morales, ceux-ci ou les contrôleurs peuvent l'y contraindre par décision du juge-commissaire* ».

1368. L'application du principe de la représentation du débiteur par le liquidateur en cas de liquidation judiciaire aux professions libérales en droit français ne va pas sans susciter des craintes en raison du caractère indépendant de la profession. Pour tempérer ces craintes, l'article R. 641-36, I du Code de commerce prévoit, pour les professions « *à statut* », la désignation par l'autorité professionnelle d'une personne « *pour exercer les actes de la profession* ». Il n'empêche qu'un auteur déplore néanmoins un « *recul de l'indépendance des praticiens* » et estime que « *l'incompatibilité [du dessaisissement] avec l'indépendance est flagrante et sans doute insurmontable* »²²⁵⁵.

1369. L'étendue du pouvoir de représentation reconnu au liquidateur ou au syndic pour la gestion des biens du débiteur est à la mesure du dessaisissement de ce dernier. Le dessaisissement a, en principe, une portée générale en ce qu'il s'applique à tout le patrimoine du débiteur, l'empêchant d'accomplir valablement tous les actes d'administration et de disposition²²⁵⁶.

1370. Le législateur français met en lumière l'idée de représentation du débiteur en liquidation judiciaire dans la gestion de son patrimoine en énonçant à l'article L. 641-

²²⁵⁵ S.RETIF, « *L'extension des procédures collectives aux professions libérales* », Rev. proc. coll. 2006. p. 152.

²²⁵⁶ Y. GUYON, Droit des affaires, op.cit, n° 1303, p. 341.

a, I du Code de commerce que « *les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés...par le liquidateur* ». Quant au législateur communautaire africain, il précise à l'alinéa 3 de l'article 53 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif que « *les actes, droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont accomplis ou exercés... par le syndic agissant seul en représentation du débiteur* ». Partant de ces énonciations ainsi que du « *principe de la généralité de dessaisissement* »²²⁵⁷, force est de constater que le pouvoir de représentation concerne aussi bien la gestion des biens présents et à venir du débiteur que les actions en justice, les voies de recours ou certains actes juridiques que le débiteur pourrait être amenés à exercer ou à accomplir.

1371. Le pouvoir de représentation du liquidateur ou du syndic s'exerce d'abord sur la gestion des biens présents, c'est-à-dire ceux qui figurent dans le patrimoine du débiteur au jour du jugement ouvrant la procédure, sans distinction entre les biens affectés à l'exploitation et les biens personnels, y compris les biens communs²²⁵⁸. Il s'exerce ensuite sur les biens à venir, c'est-à-dire ceux qui peuvent échoir au débiteur par donation ou succession²²⁵⁹. Il en résulte que si un cohéritier est en liquidation judiciaire ou en liquidation des biens, le liquidateur ou le syndic selon le cas, sera tenu d'exercer l'option successorale et de participer aux opérations de partage sous peine de rendre celles-ci irrégulière.

1372. Le pouvoir de représentation du débiteur reconnu au mandataire concerne également les actions en justice. En effet, la portée générale du dessaisissement quant aux biens du débiteur, doit logiquement se doubler d'une portée générale de dessaisissement aux actions en justice²²⁶⁰ et, plus précisément, à l'exercice des actions patrimoniales.

1373. Il a été ainsi jugé que le débiteur ne peut exercer seul des actions en justice relativement à son patrimoine, par exemple une action en nullité de la vente d'un fonds de commerce et du bail²²⁶¹. Il ne peut non plus déclarer une créance au passif

²²⁵⁷ Y GUYON, op.cit, n° 1304, p. 343.

²²⁵⁸ Y. GUYON, op.cit, n° 1303, p. 341.

²²⁵⁹ Idem.

²²⁶⁰ IFPPC 199, recomm. n° 6036-1 à 6036-4, p. 165.

²²⁶¹ Com. 11 juin 2003, n° 00-21, 775, Bull.civ.IV, n° 96.

d'un autre débiteur, cette déclaration devant être effectuée par son liquidateur²²⁶². Pareillement, le débiteur est irrecevable à exercer, pendant la procédure, des actions en responsabilité, telles des actions en responsabilité contre des tiers ou contre l'Etat pour faute lourde²²⁶³.

1374. S'agissant de la représentation du débiteur par le syndic, il faut admettre que les jugements et arrêts prononcés au profit ou contre le syndic sont opposables au débiteur et, parce qu'il a été partie à l'instance du fait de son représentant, il ne saurait, en principe, user de la voie de la tierce opposition pour attaquer les décisions intervenues, sauf cas de fraude²²⁶⁴. En sens inverse, le syndic doit agir en justice contre les tiers débiteurs du débiteur et cette solution peut s'appliquer même à l'exercice de l'action civile pour le compte du débiteur devant une juridiction civile²²⁶⁵.

1375. Le pouvoir de représentation du débiteur en liquidation des biens ou en liquidation judiciaire concerne pareillement les voies de recours portant sur des décisions de nature patrimoniale. Le débiteur ne peut exercer des voies de recours. Ainsi a été déclaré irrecevable l'appel d'un débiteur à l'encontre d'une décision relative à la nullité d'une cession de parts sociales²²⁶⁶. Il a été par ailleurs jugé que le liquidateur n'a pas à recueillir l'accord du débiteur pour décider ou non d'exercer un recours sur une décision mettant en jeu les droits patrimoniaux de ce dernier sauf à répondre de sa faute délictuelle à na pas exercer ledit recours²²⁶⁷.

1376. La représentation du débiteur en liquidation judiciaire ou en liquidation des biens concerne enfin l'accomplissement de certains actes juridiques. Il a ainsi été jugé que le débiteur en liquidation judiciaire ne peut procéder seul à son inscription au registre de commerce pour exercer une nouvelle activité²²⁶⁸. A ce propos, il a été jugé que la procédure de redressement fiscal qui n'est pas notifiée au liquidateur est

²²⁶² CA Paris, 3^e ch. A, 25 sept. 2007, RG n° 06/22824 ; CA Paris, 3^e ch. A, 25 sept. 2007, RG n° 06/22831.

²²⁶³ Com., 12 juill. 2004, n° 03-12.634, Bull.Civ. IV, n° 191, Dr. et patrimoine 2005/4, p. 112, obs. MONSERIE-BON.

²²⁶⁴ En ce sens, J-M NYAMA, Droit des entreprises en difficulté OHADA, op.cit, n° 44, p. 108.

²²⁶⁵ Cass.com., 3 mars 1970, D.S. 1970.406.

²²⁶⁶ Com., 16 oct. 2001, Dict .perm. difficultes des entreprises, Bull.218, 3 déc. 2001, 5971, V. liquidation judiciaire, n° 19.

²²⁶⁷ Com., 24 avr. 2007, n° 06-11.909, inédit, n° 605 F-D.

²²⁶⁸ Com., 3 mai 1994, n° 92-10.401, Bull.civ. IV, n° 160.

irrégulière²²⁶⁹. Pareillement, il a été jugé que le chef d'entreprise dessaisi ne peut plus remettre aux salariés les bulletins de paie, cette tâche incombant au liquidateur²²⁷⁰ ou que le débiteur ne peut plus recevoir de paiement, ce dernier ne pouvant être libératoire pour le « *solvens* », si le débiteur n'était pas en mesure de représenter les sommes perçues²²⁷¹ ou encore le débiteur dessaisi n'a plus de pouvoir de transiger²²⁷².

1377. En droit africain et en droit français, les missions de représentation dévolues aux mandataires de justice ne se limitent pas à la seule représentation du débiteur. Elles concernent également la représentation des créanciers.

b) La représentation des créanciers

1378. En droit français, jusqu'en 1985, les créanciers du débiteur dont le droit préexistait à l'ouverture de la procédure collective²²⁷³ étaient, dès l'ouverture automatiquement regroupés par la loi en une « *masse des créanciers* » représentée par le syndic, chargé de la défense de leur intérêt collectif. La masse et le syndic ont été supprimés par la loi du 25 janvier 1985. Désormais, la représentation collective des créanciers est assurée par un²²⁷⁴ mandataire de justice, le mandataire judiciaire²²⁷⁵ que le Tribunal est tenu obligatoirement de désigner dans le jugement d'ouverture²²⁷⁶.

1379. En sauvegarde comme en redressement judiciaire, le mandataire judiciaire joue un rôle important dans la vérification des créances qui concourt à la détermination du passif du débiteur. A ce titre, il reçoit les déclarations des créanciers²²⁷⁷. Dans le délai fixé par le Tribunal, après avoir sollicité les observations du débiteur, le mandataire judiciaire établit la liste des créances déclarées avec ses propositions d'admission, de rejet ou de renvoi devant la juridiction compétente et transmet celle-ci au juge-

²²⁶⁹ CE, 8è et 3è ss-sect., 27 juill. 2005, n° 258164, rev.proc.coll. 2007/3, p. 154, n° 2, obs. Ph. NEAU-LEDUC et M. HUBERT.

²²⁷⁰ Soc.; 24 janv. 1989, n° 87-42.944, Bull.civ.IV, n° 53 ; JCP E 1989, II 15599, n° 21, obs. Ph. PETEL.

²²⁷¹ CA. Paris, 10 avr. 1990, Rev. Proc. Coll. 191, p. 361, obs. B. DUREIL.

²²⁷² Com. 16 oct. 2001, n° 98-18.860, Act. Proc. Coll. 2001, c° 266.

²²⁷³ Ces créanciers étaient appelés « *créanciers dans la masse* », par opposition aux créanciers dont le droit prenait naissance au cours de la procédure, dits « *créanciers de la masse* ».

²²⁷⁴ Ou plusieurs, v. article L. 621-4, alinéa 3 du Code de commerce auquel renvoi l'article L. 631-9.

²²⁷⁵ Appelé « *représentant des créanciers* » par la loi du 25 janvier 1985.

²²⁷⁶ V. supra, n°1334.

²²⁷⁷ Code de commerce, article L. 622-25.

commissaire²²⁷⁸. Le mandataire judiciaire demeure en fonction pendant le temps nécessaire « à la vérification et à l'établissement définitif des créances²²⁷⁹ ».

1380. Il résulte des dispositions de l'article L. 622-20 du Code de commerce²²⁸⁰ que le mandataire judiciaire « a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers ». Cet intérêt collectif s'entend de « l'intérêt de la collectivité que constituent l'ensemble des créanciers » et ne coïncide pas nécessairement avec la somme des intérêts des particuliers²²⁸¹. Dès lors, le mandataire judiciaire ne peut agir dans l'intérêt d'un seul créancier ou même d'un groupe de créanciers²²⁸².

1381. La jurisprudence française veille à cette distinction entre intérêt collectif et intérêt particulier. Elle interdit ainsi l'exercice *ut singuli* par un créancier d'une action en réparation d'un préjudice collectif même en cas de carence du mandataire. Est considéré comme tel tout préjudice subi par un créancier qui n'est pas d'une autre nature, qui n'est pas distinct de celui des autres créanciers, ce qui, par hypothèse est le cas des principaux préjudices inhérents à la procédure collective²²⁸³. Le créancier ne peut donc agir que s'il justifie d'un préjudice personnel propre, distinct de celui des autres créanciers tel par exemple celui que cause à un fournisseur le banquier qui tarde à informer ce dernier du défaut de paiement d'un chèque tiré par le débiteur de sorte que le fournisseur a effectué une nouvelle livraison, qui n'aurait pas eu lieu si le banquier avait été diligent²²⁸⁴. De même, il a été jugé que la rupture brutale du soutien de la banque cause un préjudice distinct au fournisseur qui avait poursuivi ses livraisons en raison du fait que la banque s'immisçant dans la gestion du débiteur, avait promis de régler les futures livraisons²²⁸⁵. En revanche, il a été jugé que le vendeur resté propriétaire en vertu d'une réserve de propriété ne subit pas un préjudice distinct du fait que l'acheteur a revendu le bien impayé avant le jugement

²²⁷⁸ Code de commerce, article L. 624-1, alinéa 1.

²²⁷⁹ Code de commerce, article L. 626-24, alinéa 2, anc^l loi du 26 juillet 2005, art. 78.

²²⁸⁰ Auquel renvoient les articles L. 631-14 (redressement) et L. 641-4 (liquidation).

²²⁸¹ F. PEROCHON et R. BONHOMME, op.cit, n° 219, p. 197.

²²⁸² Com., 7 janv. 2003, JCP E 2003, n° 13, obs. CABRILLAC et PETEL; D. 2003.274, obs. LIENHARD.

²²⁸³ F. PEROCHON et R. BONHOMME, op.cit, n° 219-2, p. 199.

²²⁸⁴ Com., 11 oct. 1994, B. 281 et rapp., p. 322 ; com., 16 avr. 1991, B. JOLY 1991.705, M. DAIGRE; Paris, 13 janvier 1995, D. 1995, IR 66.

²²⁸⁵ Com., 2 juin 2004, n° 01.17945, APC 2004-14, n° 181.

d'ouverture, dans la mesure où, en pareille hypothèse, il se plaint en réalité du défaut de paiement de sa créance²²⁸⁶.

1382. Dans la procédure de liquidation judiciaire, le mandataire judiciaire initialement désigné en sauvegarde ou en redressement judiciaire pendant la période d'observation est, sauf cas exceptionnel²²⁸⁷ désigné liquidateur.

1383. Le liquidateur, bien que représentant le débiteur pour cause de dessaisissement représente également les créanciers. En effet, la mission de représentation des créanciers qui lui était dévolue pendant la période d'observation en tant que mandataire judiciaire lui est naturellement dévolue. Dès le prononcé de la liquidation, il lui appartient d'achever éventuellement les vérifications des créanciers et d'établir l'ordre des créanciers²²⁸⁸. Mais il poursuit également les actions introduites avant le jugement de liquidation par l'administrateur ou par le mandataire judiciaire comme il peut en introduire de nouvelles du moment où elles relèvent de la compétence du mandataire judiciaire²²⁸⁹. Comme le mandataire judiciaire dans la sauvegarde et le redressement judiciaire, le liquidateur bénéficie des dispositions de l'article L. 622-20 du Code de commerce et a donc « *seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers* ».

1384. En droit africain, la mission de représentation des créanciers en cas d'ouverture d'une procédure collective est assurée par le syndic à qui, faut-il le rappeler, incombe également la mission de représenter le débiteur en cas de liquidation des biens²²⁹⁰. En réalité, comme le mandataire judiciaire ou le liquidateur en France, le syndic, après ouverture de la procédure collective a pour mission de procéder à la vérification des créances dans les conditions définies par la loi²²⁹¹. Il a ensuite le monopole de la défense de l'intérêt collectif des créanciers.

²²⁸⁶ Com. , 7 mars 2006, n° 04-16536 ; B. et Rapp. 2006 ; D. 2006.

²²⁸⁷ Il résulte en effet des dispositions de l'article L. 641-1-III du Code de commerce, que le tribunal peut, par décision motivée, désigner en qualité de liquidateur une autre personne dans les conditions définies à l'article L. 812-2.

²²⁸⁸ Code de commerce, article L. 641-5, ancⁱ loi du 26 juillet 2005, art. 102.

²²⁸⁹ *Idem*.

²²⁹⁰ *Supra* n° 1365.

²²⁹¹ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, articles 78 et s.

1385. S'agissant de cette dernière mission, il résulte des dispositions de l'article 72, alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif que « *la décision d'ouverture constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui, seul, agit en son nom et dans l'intérêt collectif et peut l'engager* ». L'alinéa 2 du même article enseigne que « *la masse est constituée par tous les créanciers dont la créance est antérieure à la décision d'ouverture, même si l'exigibilité de cette créance était fixée à une date postérieure à cette décision à condition que cette créance ne soit pas inopposable en vertu des articles 68 et 69 ci-dessus* ». Les dispositions de l'article 72, alinéa 1 sus énoncé apparaissent ainsi comme l'équivalent des articles L. 622-20²²⁹², L. 631-14²²⁹³ et L. 641-4²²⁹⁴. Cependant, certaines nuances propres au droit africain méritent d'être relevées.

1386. Alors qu'en droit français, le mandataire judiciaire agit au nom des créanciers non regroupés, de droit, en une personne morale, en droit africain, le syndic agit au nom d'un groupement doté, de droit, d'une organisation légale. En effet, les dispositions de l'article 72, alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif laissent apparaître que le regroupement des créanciers dans le redressement judiciaire ou la liquidation des biens en une masse revêt un caractère obligatoire et automatique²²⁹⁵.

1387. La question s'est posée de savoir si la masse des créanciers représentée par le syndic et jouissant d'une organisation légale était dotée d'une personnalité morale. La loi française de 1967, en son article 13, avait posé le principe aujourd'hui repris par le législateur communautaire africain et selon lequel, la masse des créanciers est représentée par un syndic qui seul agit en son nom et peut l'engager. Cependant, elle n'avait pas reconnu à ce groupement la personnalité morale. En revanche, la jurisprudence française a proclamé la personnalité morale de la masse. En effet, selon la Cour de Cassation française, « *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 la suite d'être*

²²⁹² Pour la procédure de sauvegarde.

²²⁹³ Pour la procédure de redressement judiciaire.

²²⁹⁴ Pour la procédure de liquidation judiciaire.

²²⁹⁵ J.M NYAMA, Droit des entreprises en difficulté OHADA, op.cit, n° 117, p. 207.

juridiquement reconnus ou protégés »²²⁹⁶. La doctrine en a déduit que la masse des créanciers jouissait de la personnalité morale, même si la loi ne la lui reconnaissait pas expressément, car elle remplissait les conditions prévues par la jurisprudence²²⁹⁷. Par ses arrêts rendus notamment en 1956, 1964 et 1965, la Cour de cassation française a définitivement proclamé la personnalité juridique de la masse²²⁹⁸. Cette jurisprudence a été confortée par la loi française du 13 juillet 1967 car, en son article 13, alinéa 1, elle énonce que la masse est représentée par un syndic qui seul agit en son nom et peut l'engager. Or, seule une personne peut être représentée. La doctrine française a donc estimé que la formulation contenue à l'article 13 de la loi du 13 juillet 1967 constitue une consécration légale de la personnalité morale reconnue par la jurisprudence et n'hésite plus, le cas échéant, à présenter la masse des créanciers comme un groupement doté de la personnalité morale et d'un patrimoine distinct de celui du débiteur²²⁹⁹.

1388. Il convient d'en déduire qu'en droit de l'OHADA, le syndic dans le cadre du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens, représente non pas une collectivité de créanciers²³⁰⁰ mais, la masse des créanciers dotée d'une personnalité morale et d'un patrimoine propre. Il agit au nom de cette entité juridique dans l'intérêt collectif comme l'énonce l'article 72, alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

1389. S'agissant de « *l'intérêt collectif* » au nom duquel le syndic, représentant la masse des créanciers est supposé agir, il y a lieu de relever que ce concept est apparu au départ comme une « notion fluctuante »²³⁰¹. En effet, sous l'empire de la loi française de 1967, la Cour de Cassation avait eu l'occasion, non sans hésitation, de se prononcer sur cette notion. La question qui avait été posée à cette haute juridiction était celle de savoir si le syndic pouvait, au nom de la masse des créanciers, engager une action en responsabilité contre un banquier qui, par son soutien financier

²²⁹⁶ Civ. 28 janv. 1954, JCP, 1954, II, 7958, concl. LEMOINE ; D. 1954, 217, note LEVASSEUR.

²²⁹⁷ LAMBERT, « *La personnalité juridique de la masse* », JCP 1960, I, 1568 et 1590.

²²⁹⁸ Com. , 17 janv. 1956, D. 1956, 265, note HOUIN et grands arrêts de la jurisprudence commerciale, Sirey, t. 2, 1962, n° 143, p. 485 à 488, obs. J.M BISCHOFF; Com., 27 oct. 1964, D. S. , 1965, 129, note CABRILLAC ; RTD com. , 1965, 179 et 183; com. , 16 mars 1965, D.S, 1966, 63.

²²⁹⁹ V. par exemple, F. PEROCHON et R. BONHOMME, op.cit, n° 218, p. 196 ; P.-M LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, op.cit, n° 611-21, p. 1395.

²³⁰⁰ Comme c'est le cas pour le mandataire judiciaire en droit français.

²³⁰¹ V. A.MARTIN-SERF, « *L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse* », in Mélanges en l'honneur d'A. HONORAT, Ed. Frison-Roche, 2000, p. 143 et s., spéc. P. 144.

excessif, avait prolongé l'activité du débiteur et accru son passif, eu égard au préjudice subi par les créanciers lequel était constitué par l'impossibilité d'obtenir paiement de leurs créances en raison de la mise en règlement judiciaire ou en liquidation des biens de leur débiteur.

1390. Dans un premier temps, la Cour de cassation avait répondu par la négative. Elle avait dénié au syndic toute qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers au motif que, si le banquier poursuivi était lui-même créancier dans la masse, le préjudice dont la réparation était réclamée avait été subi, non pas par la totalité des créanciers composant la masse, mais seulement par une partie d'entre eux de telle sorte que le syndic, représentant l'intérêt collectif, ne pouvait agir²³⁰².

1391. Dans un deuxième temps, la Cour de cassation a reconduit la même solution mais sur un autre fondement : l'action en responsabilité intentée par le syndic contre le banquier fautif était irrecevable au motif qu'il appartenait à chaque créancier d'agir en réparation de son préjudice propre²³⁰³.

1392. Dans un troisième temps, la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans le célèbre arrêt Laroche du 7 janvier 1976²³⁰⁴, a fini par admettre la recevabilité de l'action intentée par le syndic au nom de la masse en énonçant que « *le syndic trouve dans les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, qualité pour exercer une action en paiement de dommages-intérêts contre toute personne, fût-elle créancière dans la masse, coupable d'avoir contribué à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif* ». Pour un auteur, jamais un arrêt n'a été si contraire aux principes de la responsabilité civile, avec ce postulat du préjudice collectif, peu important que le tiers responsable soit lui-même au nombre des créanciers victimes, et peu important le comportement fautif de tel ou tel créancier dans la masse qui serait pris en compte en droit commun pour diminuer son droit à réparation²³⁰⁵.

²³⁰² Com., 2 mai 1972, D. 1972, 618, note A. PIROVANO ; JCP, 1972, II, 17 170, note J.-A., 5 janv. 1973 ; JCP, 1973, IV, 81, 27 mars 1973, D. 1973, 577, note F. DERRIDA.

²³⁰³ Com., 19 mars 1974, D. 1975, 124 note J.-P. SORTAIS ; 9 août 1974, Rev. Sociétés, 1975, note A. HONORAT.

²³⁰⁴ D. 1976, 277, note F.-DERRIDA et J.-P. SORTAIS ; JCP, 1976, II, 18327, note C. CAVALDA et J. STOUFFLET ; Rev. Sociétés, 1976, 126, note A. HONORAT.

²³⁰⁵ A. MARTIN-SERF, article précité, p. 145.

1393. Quelques temps après l'arrêt Laroche, la même Cour de cassation, dans le non moins célèbre arrêt « *chaix* » a décidé que le syndic avait seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif de tous les créanciers, sauf si l'un d'eux justifiait d'un préjudice spécial et d'un intérêt distinct de celui des autres²³⁰⁶.

1394. C'est donc en vertu du monopole d'action du syndic consacré par la loi inspirée sans doute elle-même par la jurisprudence française sus-citée qu'en droit africain, le syndic a seul qualité pour représenter les créanciers dans l'exercice des actions d'intérêt collectif dont le patrimoine de la masse est destinataire naturel du produit. Il en va notamment ainsi des actions en inopposabilité de la période suspecte²³⁰⁷, en comblement du passif²³⁰⁸ et, en responsabilité des tiers²³⁰⁹.

1395. On le voit, en dépit de quelques tempéraments, le poids des attributions confiées par les textes au personnel d'encadrement de la faillite en droit africain et en droit français dans le déroulement de la procédure est tel que ce personnel est incontournable dans le processus de sauvetage judiciaire de l'entreprise en difficulté. Au regard de cette situation, il n'est dès lors guère étonnant que des préoccupations soient exprimées ici et là au sujet de ce personnel.

SECTION 2 : LES PREOCCUPATIONS COMMUNES

1396. La réussite des missions assignées au personnel d'encadrement de la faillite et, partant, l'atteinte de l'objectif de sauvetage judiciaire de l'entreprise en difficulté sont tributaires d'un certain nombre de facteurs qui, en réalité, constituent des

²³⁰⁶ Com., 31 mars 1978 ; D. 1978, 646, note F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS.

²³⁰⁷ Aux termes des dispositions de l'article 70, alinéa 1 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, « *seul le syndic peut agir en déclaration d'inopposabilité des actes faits pendant la période suspecte devant la juridiction ayant prononcé l'ouverture de la procédure collective* ».

²³⁰⁸ Aux termes des dispositions de l'article 184, alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, « *lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, la juridiction compétente peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider à la requête du syndic ou même d'office, que les dettes de la personne morale seront supportées en tout ou partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants ou certains d'entre eux* ».

²³⁰⁹ Aux termes des dispositions de l'article 118 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, « *les tiers, créanciers ou non, qui, par leur agissements fautifs ont contribué à retarder la cessation des paiements ou à diminuer l'actif ou à aggraver le passif du débiteur peuvent être condamnés à réparer le préjudice subi par la masse sur action du syndic agissant dans l'intérêt collectif des créanciers...* ». Cet article consacre la solution dégagée par l'arrêt Laroche précité. Par ailleurs, il traduit l'idée selon laquelle l'intérêt propre de la masse est distinct de l'intérêt des autres créanciers.

« conditions préalables ». Globalement, ces conditions sont relatives aux capacités intellectuelles, morales et professionnelles des différents acteurs susceptibles de contribuer à ce sauvetage. Elles sont également liées aux conditions de travail. Par rapport à toutes ces préoccupations, des réponses ont été souvent apportées aussi bien en Afrique qu'en France. D'autres solutions sont envisageables pour une efficacité beaucoup plus accrue.

1397. En somme, il convient de recadrer l'objet réel des préoccupations concernées (paragraphe 1), étant entendu que la pertinence des solutions préconisées ne peut être mesurée qu'à l'aune de leur originalité (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : L'OBJET DES PREOCCUPATIONS

1398. Au regard de la place occupée par les différents acteurs dans le déroulement de la procédure, la France et l'Afrique partagent en commun un certain nombre de préoccupations nonobstant les particularismes qui peuvent être relevées d'un côté comme de l'autre. Ces préoccupations concernent d'abord les organes judiciaires (A). Elles concernent ensuite les mandataires de justice(B).

A. LES PREOCCUPATIONS RELATIVES AUX ORGANES JUDICIAIRES

1399. A propos des organes judiciaires, à savoir, le Tribunal, son président, le juge-commissaire et, dans une moindre mesure, le représentant du Ministère public, on peut relever deux principales préoccupations. Il s'agit d'une part du déficit de formation doublé de la précarité de l'environnement professionnel(1). Il s'agit, d'autre part, de la question de l'indépendance et de l'impartialité du juge de l'entreprise en difficulté (2).

1. Le déficit de formation et la précarité de l'environnement professionnel

1400. Tant en France que dans les pays appartenant à l'espace OHADA, il est quasi certain que les juges en charge de décider du sort de l'entreprise en difficulté et le représentant du Ministère public garant de l'ordre public économique ne peuvent

contribuer efficacement au sauvetage de cette entreprise que s'ils sont bien formés et travaillent dans un environnement propice.

1401. S'agissant particulièrement de la formation, il est un truisme d'affirmer que, de manière générale, celle-ci constitue un enjeu important pour l'instauration d'une justice de qualité dans un pays. En effet, si la compétence est la première exigence que l'on peut avoir à l'égard de ceux qui rendent la justice, elle est aussi, pour eux, le moyen de l'indépendance²³¹⁰.

1402. L'exigence d'une bonne formation des juges, condition *sine qua non* d'une justice de qualité apparaît, en fin de compte, comme une donnée universelle. Cependant, en matière de déficit de formation du personnel judiciaire en charge du traitement des défaillances d'entreprises et de précarité de l'environnement professionnel, les données du problème ne sont pas les mêmes selon que l'on se situe dans l'espace OHADA (a) ou selon que l'on se situe en France (b).

a) Les données du problème dans l'espace OHADA

1403. Comme il a déjà été souligné²³¹¹, avant et après les indépendances les pays appartenant aujourd'hui à l'espace OHADA avaient opté pour le système de l'unité juridictionnelle à telle enseigne que les affaires civiles et commerciales étaient examinées non seulement par les mêmes juridictions, mais également par les mêmes juges.

1404. L'incidence négative de cette absence de spécialisation de la justice économique sur la qualité des décisions rendues en matière de contentieux économique et, plus particulièrement en matière de droit des entreprises en difficulté a également été mise en relief²³¹². Il faut rappeler que cette situation résulte des textes en vigueur. En effet, selon les dispositions de l'article 3 de l'Acte uniforme

²³¹⁰ T. MOSTAFA-KAMEL, « Recrutement et formation des juges, garanties essentielles de l'indépendance de la magistrature », in Justice et Droits de l'Homme, op.cit, p.168.

²³¹¹ Supra, n°1134 et s.

²³¹² Supra, n°1135.

portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, le règlement préventif le redressement judiciaire et la liquidation des biens relèvent de la compétence des tribunaux de droit commun statuant en matière commerciale et composés uniquement de juges professionnels dans les pays n'ayant pas encore mis en place des juridictions commerciales autonomes. L'absence de spécialisation apparaît donc, *in fine*, comme la principale cause de déficit de formation du juge de l'entreprise en difficulté en Afrique. A ce propos, force est de reconnaître qu'il ne suffit pas de mettre en place des juridictions commerciales autonomes, encore faut-il spécialiser réellement ceux qui sont appelés à officier dans ces juridictions.

1405. La situation de non maîtrise du droit des entreprises en difficulté par les juges africains est relevée de manière récurrente et illustrative par certains auteurs. A partir de l'exemple du Burkina FASO, M. SAWADOGO résume cette situation en ces termes : « *De l'observation et de la pratique des tribunaux, il apparaît de manière saillante une méconnaissance du droit des procédures collectives entraînant un examen superficiel des conditions d'ouverture hypothéquant leur succès. Pire, une fois la procédure ouverte, les organes judiciaires se singularisent par leur inactivité, leur désintérêt quant au devenir de la procédure et l'adoption de décisions souvent inconsidérées, irréfléchies, voire irresponsables...* »²³¹³. Pour M. NYAMA, c'est l'inexpérience des juges composant les tribunaux de droit commun statuant en matière de défaillances d'entreprises qui justifie que ceux-ci « *demeurent à la traîne des experts qu'ils nomment* »²³¹⁴. Concernant particulièrement les décisions rendues sous l'empire de l'Acte uniforme portant organisation de procédures collectives d'apurement du passif, la non maîtrise des règles essentielles régissant la matière a été également relevée par F-M. SAWADOGO²³¹⁵. Cet auteur y relève les problèmes posés par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière d'un arrêt confirmatif de la Cour d'appel de Ouagadougou rendu le 18 mai 2001 qui fait une mauvaise application de l'Acte

²³¹³ F-M.SAWADOGO « *L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone, à partir de l'exemple du Burkina Faso* », Revue burkinabé de droit, n°26, juillet 1994, p.191 et s., spéc. p. 247.

²³¹⁴ J.M. NYAMA, note sous jugement civil n° 399 du 2 avril 1990 du TGI de Douala, Aff. Sté des Crevettes du Cameroun (Liquidation judiciaire), Juridis Info, n°8, oct-nov-déc .1991, Jurisprudence, p.50

²³¹⁵ V. F.M. SAWADOGO « *L'application des actes uniformes OHADA par les juridictions nationales du Burkina Faso* », Penant, n° 850, 2005, p.71.

uniforme précité. Il est relayé dans ce sens par M. POUGOUE et Mme KALIEU²³¹⁶. La non maîtrise par les juges des règles du droit des entreprises en difficulté aboutissant à des décisions ne favorisant pas l'atteinte des objectifs de paiement des créanciers et de sauvetage de l'entreprise a pareillement été soulignée par M. TOE dans une thèse récente²³¹⁷.

1406. Cette non maîtrise du droit des entreprises en difficulté par les juges africains de l'espace OHADA doit cependant être nuancée. L'on observe en effet que depuis l'avènement de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif et au fil du temps, la tendance commence à s'inverser²³¹⁸. Les juges africains s'approprient de mieux en mieux les règles posées par ledit Acte uniforme, l'application judiciaire du droit des entreprises en difficulté s'en trouve améliorée et il est d'ailleurs compréhensible que la bonne application judiciaire des nouvelles règles et de nouveaux concepts soit précédée d'une période d'« *acclimatation* »²³¹⁹. On peut observer cette tendance positive à travers notamment l'appréciation faite par les juges des conditions d'ouverture et des solutions de la procédure.

1407. Ainsi, l'on constate que les juges africains procèdent à un examen beaucoup plus rigoureux des conditions d'ouverture de la procédure. Ainsi, en matière de règlement préventif, pour éviter que cette procédure ne devienne un instrument de chantage aux mains de débiteurs de mauvaise foi²³²⁰, les juges prennent soin de rappeler les dispositions de l'article 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif selon lesquelles « *le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un*

²³¹⁶ v. P.-G. POUGOUE et Y. KALIEU, Introduction critique à l'OHADA, op.cit., p. 160 : Ces auteurs commentent un jugement rendu le 23 janvier 2002 par le TGI du Mfoundi à Yaoundé dans une affaire Sté SHO CAMEROUN C/Sté UDEC. Il ressort desdits commentaires que, d'une part la décision incriminée ne précise pas la procédure ouverte contre le débiteur en état de cessation des paiements (redressement judiciaire ou liquidation des biens) et, d'autre part, elle déclare le débiteur en faillite alors que depuis l'entrée en vigueur en 1998 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, la faillite n'existe plus comme procédure, mais uniquement comme sanction dans certains cas contre les dirigeants ou les débiteurs indécents.

²³¹⁷ v. s. TOE, Approche critique de l'application judiciaire du droit des procédures collectives dans l'espace OHADA, thèse, Université de Perpignan Via Domitia, Mai 2010.

²³¹⁸ En ce sens, P.-G. POUGOUE et Y. KALIEU, op. cit., n°134, P.161)

²³¹⁹ L'expression est P.-G. POUGOUE et Y. KALIEU, op.cit, n°134, p.159.

²³²⁰ Sur cette éventualité, v. M. A. NGWE, « *L'application des Actes uniformes de l'OHADA au Cameroun* », Penant, n°850, 2005, p.81 et s. qui, citant quelques décisions, relève que « *les mauvais débiteurs menacent les créanciers qui veulent entamer des procédures de recouvrement, de se mettre en règlement préventif pour bénéficier de la suspension des poursuites...* ».

concordat préventif » ouverte à tout débiteur qui «*connaît une situation économique et financièrement difficile mais non irrémédiablement compromise* »²³²¹. Les juges africains prennent également soin de relever que la décision de suspension des poursuites qui est une phase préparatoire au règlement préventif est rendue par le Président de la juridiction compétente qui statue par voie d'ordonnance et non pas par la juridiction compétente²³²². En matière de redressement judiciaire et de liquidation des biens, les juges s'appesantissent de plus en plus sur la notion de cessation des paiements. Il est ainsi rappelé que la cessation des paiements qui se définit comme l'impossibilité de faire face au passif exigible par l'actif disponible nécessite pour son appréciation, l'examen de documents comptables du débiteur²³²³. Il est également rappelé que l'importance de l'actif immobilier d'une société ne signifie par l'absence de cessation des paiements et que l'état de cessation des paiements qui est distinct de l'insolvabilité est établi lorsque le débiteur ne peut faire face au passif exigible avec l'actif disponible, sans qu'il y ait lieu de prendre en considération les éléments d'actifs constitués d'immobilisation²³²⁴. Pareillement en matière de preuve de cessation des paiements, les juges estiment que l'insuffisance des fonds disponibles dans un compte bancaire pour payer une créance n'est pas une preuve suffisante et qu'une expertise judiciaire est nécessaire pour connaître la situation économique et financière de l'entreprise²³²⁵. Pour le Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou, lorsqu'aucune solution de redressement n'est possible, il y a lieu de prononcer la liquidation des biens de la société²³²⁶. Selon la même juridiction, lorsque les chiffres relevés au titre de la situation d'endettement restent très élevés et constants tandis que les perspectives envisagées par la société sont quasi inexistantes, il ya lieu de constater la cessation des paiements et de prononcer en conséquence la liquidation de ses biens conformément aux dispositions de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif²³²⁷.

²³²¹ En ce sens, Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou, (Burkina Faso) Jugement n°741 du 24 juillet 2002, Sté IFEX, Ohadata J-04-44.

²³²² v. TGI Ouagadougou, Jugement n°286 du 03 novembre 2004, Sté Boulougone 2000, Ohadata J-05-233.

²³²³ v. Tribunal régional hors classe de Dakar (Sénégal), jugement du 27 août 2001, Ministère public et Sté TOUTELECTRIC C/Pape Aly GUEYE, Ohadata –J-03-101.

²³²⁴ v. Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou, jugement n° 45 du 18 février 2004, KABORE & autres C/ SOSACO, Ohadata, J-04-374.

²³²⁵ V. Tribunal Régional hors classe de Dakar, Jugement n° 127 du 28 Janvier 2005, Agence SOPTINA C/ Sté AISB, Ohadata J-05-281.

²³²⁶ v. TGI Ouagadougou, jugement n°583 du 13 juin 2001, Sté INTEL CAM- Burkina Sarl, Ohadata J-04-184.

²³²⁷ v. TGI Ouagadougou jugement n°341 du 16 juillet 2003, CNEA, Ohadata J-04-255.

1408. S'agissant des solutions des procédures collectives, les juges africains font également de plus en plus preuve de rigueur quant aux différents choix qu'ils opèrent. En matière de propositions concordataires, il a ainsi été jugé que, faute par le débiteur d'avoir déposé une offre de concordat préventif dans les délais légaux comme l'exige l'article 7 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, il y a lieu de prononcer la liquidation des biens²³²⁸. Il a été également jugé qu'en matière de redressement judiciaire, la proposition de concordat, pour être sérieuse 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 passif²³²⁹. Selon la même juridiction, une proposition de concordat impossible à réaliser ne saurait être retenue pour envisager un redressement judiciaire²³³⁰. En revanche, doit être déclarée en redressement judiciaire, conformément à l'article 33 de l'Acte uniforme, la société dont l'état de cessation des paiements est caractérisé et qui présente un concordat sérieux susceptible de préserver l'entreprise et d'assurer le paiement des créanciers, dans des conditions acceptables²³³¹.

1409. Toujours à propos des propositions concordataires en matière de redressement, certains juges africains font une application rigoureuse des dispositions de l'article 27 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif 9* qui impose au débiteur de déposer une offre de concordat comportant les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise en même temps que la déclaration de cessation des paiements dans les quinze jours qui suivent celle-ci. Dans une espèce donnée, le juge décide que, du fait de l'absence de dépôt de propositions concordataires par le débiteur dans les délais légaux, la société est mise en liquidation. Sa décision est motivée ainsi qu'il suit :

« Attendu au surplus que si l'article 27 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, donne la possibilité au débiteur de faire la déclaration de proposition de concordat, la même disposition

²³²⁸ TGI Ouagadougou, jugement n° 423 du 25 avril 2001, liquidation des biens de la Sté FASO FAWI, Ohadata J-02-60.

²³²⁹ v. TGI Ouagadougou, jugement n° 100 bis du 24 janvier 2001, requête des ETS Korgo ET Frères aux fins de redressement judiciaire, Ohadata J-04-182.

²³³⁰ v. TGI Ouagadougou, Jugement n° 224 du 20 mars 2002, requête aux fins de liquidation de la SOTRAO, Ohadata J-04-187.

²³³¹ v. Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement du 14 août 2001, sté GPL Dakar Frais, Ohadata, J-04-341.

légale limite cependant sa période d'action dans le délais d'un mois suivant l'assignation (...); Attendu toutefois qu'il n'a pas cru devoir faire cette offre de concordat dans les délais légaux (...); Que sa demande formulée en ce sens en date du 21 juin 2005, soit plusieurs mois après l'assignation sus évoquée est dès lors tardive et manifestement dilatoire; Qu'il échet, face à cette impossibilité avérée du débiteur à faire face à son passif exigible, et cette absence de concordat, de constater son état de cessation des paiements et en fixer la date, de prononcer la liquidation des biens conformément aux dispositions des articles 25 et suivants de l'Acte uniforme... »

1410. Cette avancée dans l'application judiciaire du droit des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA peut s'expliquer, entre autres raisons, par la vulgarisation progressive de la matière, notamment la diffusion de la jurisprudence des juridictions nationales et de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ainsi que de la doctrine ²³³². La mise en place progressive dans l'espace OHADA des juridictions commerciales spécialisées²³³³ viendra sans doute améliorer d'avantage la situation et pallier ainsi au déficit de formation des organes judiciaires.

1411. Au déficit de formation du personnel judiciaire en charge du traitement des difficultés de l'entreprise s'ajoute également la précarité des conditions de travail. L'amélioration du fonctionnement des tribunaux n'est possible que si le Magistrat est placé de par les moyens humains et matériels dont il dispose, dans une situation qui lui permet de remplir effectivement sa fonction de dire le droit²³³⁴ et, en l'occurrence, le droit des entreprises en difficulté.

1412. Or, il a été constaté de manière générale, qu'en matière de dotation en matériels de travail des juridictions, et comme le relève M. BATHILY²³³⁵, les pays du sud font habituellement état du sous-équipement grave de leur système judiciaire et des très grosses difficultés à le faire fonctionner liées à cette situation. Cet auteur résume la situation de la manière suivante : « (...) il n'est pas difficile de trouver

²³³² Cette diffusion se fait notamment à travers le site de l'OHADA animé par l'association pour l'Unification du Droit en Afrique (UNIDA) dont l'accès est désormais gratuit, les revues juridiques, les recueils de jurisprudence (A l'exemple du « Répertoire quinquenal OHADA ») etc...]

²³³³ Supra, n°1136.

²³³⁴ En ce sens, T. MOSTAFA-KAMEL, op. cit.p.163.

²³³⁵ M.A. BATHILY, «l'efficacité et l'effectivité de la justice », article précité, p.197.

encore dans certaines juridictions des machines à écrire et de tables qui datent de l'époque coloniale ; il n'est pas rare de trouver des juridictions où le greffier continue à recueillir de façon manuscrite, comme si le temps s'était définitivement figé, les dépositions des justiciables invités à comparaître devant le juge, des juridictions où l'archivage des dossiers reste incertain et précaire, s'il n'est tout simplement pas inexistant ».

1413. Par ailleurs, le difficile accès par le Magistrat du siège ou du parquet aux sources de droit des entreprises en difficulté peut constituer un obstacle réel au processus de sauvetage judiciaire de l'entreprise. A ce propos, et, selon un auteur²³³⁶, l'inventaire de la situation de la documentation juridique dans la plupart des Etats francophones laisse apparaître une situation préoccupante. Selon cet auteur, « *l'absence de bibliothèques se double dans de nombreux pays d'un déficit plus grave encore concernant la documentation de base des Magistrats*²³³⁷, *souvent mal diffusée et parfois non publiée* » et de plus, la jurisprudence reste souvent inexploitée. De la même manière, en raison de l'absence totale ou partielle des structures bibliothécaires ou documentaires dignes de ce nom, l'accès du juge à une doctrine fiable, actuelle et mise à jour n'est pas garanti. Au demeurant, quand bien même de telles structures existent, elles sont, pour la plupart mal gérées, et vétustes et, partant, difficilement exploitables²³³⁸.

1414. Le déficit de formation des organes judiciaires en charge de connaître du traitement judiciaire des difficultés de l'entreprise ne constitue pas l'apanage du système africain. Cette préoccupation est également présente dans le système français.

b) Les données du problème en France

1415. L'on a coutume en France d'évoquer la formation insuffisante des juges consulaires chargés de connaître des procédures collectives. Ce déficit de formation se caractérise aussi bien par l'ignorance des règles de procédure que par l'ignorance

²³³⁶ T. MOSTAFAL-KAMEL, article précité, p.163.

²³³⁷ Codes et textes de lois.

²³³⁸ M.A. BATHILY, précité, p.202.

des règles de fond. C'est que, les affaires commerciales deviennent à la fois plus spéciales et plus complexes à telle enseigne que les juges consulaires n'ont plus aucune connaissance particulière des pratiques commerciales qui ne sont pas celles de leur propre commerce ni, a plus forte raison, des difficultés juridiques naissant des lois devenues nombreuses²³³⁹. Jusqu'à une époque récente, la formation des juges consulaires était une formation « *sur le tas* »²³⁴⁰. Or, le contentieux commercial nécessite plus qu'une connaissance des usages du monde économique. Il exige une connaissance juridique pointue²³⁴¹. Le déficit de formation prend du relief quand il s'agit du juge commissaire, personnage clé de la procédure collective²³⁴².

1416. Le déficit de formation des organes judiciaires et, particulièrement des organes de décision entraîne plusieurs conséquences. La première conséquence liée à cet état de choses concerne la qualité rédactionnelle parfois médiocre des décisions rendues par les tribunaux de commerce²³⁴³. Pour M. VALLENS, au problème de la motivation des décisions rendues s'ajoute une absence de « *reflexes procéduraux* » devenus naturels chez les Magistrats professionnels. L'intéressé déclare : « *Des principes essentiels sont méconnus par les juges consulaires, alors qu'ils sont évidents pour les Magistrats professionnels puisque d'une part, on les leur sérine, d'abord tout au long de leurs études de droit, ensuite à l'Ecole Nationale de la Magistrature (ENM) et, d'autre part, on leur dit qu'ils doivent rendre, motiver et notifier des décisions, faute de quoi, ils commettraient un déni de justice (...)* »²³⁴⁴. La deuxième conséquence concerne le non respect du principe du contradictoire qui demeure l'un des principes directeurs du procès²³⁴⁵. La troisième conséquence liée au déficit de formation est relative au déni de justice. L'une des tendances fréquentes devant les tribunaux de commerce consisterait, pour certains juges, à contourner l'application du droit au profit des procédés qui s'apparentent davantage à la

²³³⁹ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, op.cit, n°113, P.82.

²³⁴⁰ A. MONTEBOURG et F. COLCOMBET, op.cit, p.119²³⁴⁰.

²³⁴¹ *Idem*.

²³⁴² *Supra*, n°1284 et s.

²³⁴³ A cet égard, M. Guy CANIVET, Premier président de la Cour d'Appel de Paris donne comme première cause de la réformation des décisions des tribunaux de commerce, le défaut de motivation, v. A. MONTEBOURG et F. COLCOMBET, op.cit, p. 122.

²³⁴⁴ J.-L. VALLENS, déclaration devant la Commission d'enquête parlementaire sur l'activité et le fonctionnement des tribunaux de commerce, V. A. MONTEBOURG et F. COLCOMBET, op.cit., p.122.

²³⁴⁵ A ce propos, il ressort de l'audition de Me Christophe DELPLA, ce qui suit : « si le juge-commissaire veut savoir si le gérant a commis des irrégularités (...), il désigne un expert-comptable. Seulement, en tant qu'Avocat du débiteur failli, vous n'avez pas le droit de prendre connaissance du document qui peut pourtant vous être utile pour engager une action contre les banques qui vous ont coupé les crédits. Alors que l'expertise a été ordonnée judiciairement, ce document ne sera connu que si des poursuites sont engagées contre le gérant. (...), v. A. MONTEBOURG et F. COLCOMBET, op. cit, p.124.

médiation ou à l'arbitrage qu'à l'exercice du pouvoir juridictionnel²³⁴⁶. De tels procédés sont, par définition, contraires aux dispositions de l'article 4 du Code civil qui prohibe le déni de justice et interdit au juge saisi de s'abstenir d'appliquer la règle de droit.

1417. Le déficit de formation des Magistrats du parquet demeure également une préoccupation en ce sens qu'il est susceptible de constituer un frein à la sauvegarde judiciaire des entreprises surtout dans un contexte où le représentant du Ministère public détient, de par les textes, un pouvoir d'action considérable²³⁴⁷. A ce propos, le rapport parlementaire sur l'activité et le fonctionnement des tribunaux de commerce laisse apparaître que le travail des Magistrats du parquet devant les tribunaux de commerce demeure superficiel non seulement en raison de l'insuffisance des effectifs, mais également du fait d'une formation déficitaire dans le domaine économique et financier. Pour les auteurs du rapport, cette formation déficitaire est liée à un problème « *culturel* » résultant des carences dans la formation des Magistrats professionnels. M.Jérôme DEHARVENG²³⁴⁸, résume cette situation de la manière suivante : « *Le Magistrat du parquet avait une culture essentiellement pénale. Il se rendait au Tribunal de commerce d'abord pour y détecter des infractions. Il importe que le Magistrat du parquet prenne désormais conscience qu'il doit se rendre devant le Tribunal de commerce pour prendre des décisions de nature économique et y être autre chose qu'un détecteur d'infractions* »²³⁴⁹.

1418. L'insuffisante formation des Magistrats du parquet en matière de procédures collectives a pour conséquence l'absence de capacité de contre-expertise de leur part et une dépendance intellectuelle aux informations fournies par les mandataires de Justice. En effet, alors que le parquet devrait pouvoir vérifier la crédibilité de certaines solutions proposées par les mandataires, il se trouve techniquement inapte à prendre de telles initiatives parce que ne disposant ni de magistrats bien formés, ni de greffiers spécialisés, ni d'experts à sa disposition²³⁵⁰. Il en résulte que le parquet est désarmé pour apprécier les offres de cession qui passent par les mandataires et il a été

²³⁴⁶ Idem

²³⁴⁷ Supra, n° 1306 et s.

²³⁴⁸ Magistrat en service à la chancellerie auditionné lors de l'enquête préliminaire.

²³⁴⁹ A. MONTEBOURG et F. COLCOMBET, *op.cit.*, p.80. Selon les auteurs du rapport parlementaire, en formation initiale, les élèves Magistrats français se voient dispenser une initiation à la comptabilité et la gestion très succincte et accessoire dans la scolarité

²³⁵⁰ A. MONTEBOURG et F. COLCOMBET, *op.cit.*, p.83.

soutenu que ce manque de capacité d'expertise lui donne un simple « *rôle d'alibi* »²³⁵¹.

1419. En matière de sauvetage judiciaire de l'entreprise en difficulté dans l'espace OHADA et en France, les préoccupations relatives aux organes judiciaires ne se limitent pas à la seule question du déficit de formation doublé de la précarité de l'environnement professionnel. Elles concernent également la question de l'indépendance et de l'impartialité du juge.

2. *L'indépendance et l'impartialité du juge.*

1420. Parce qu'elle est universellement considérée comme une condition indispensable à l'effectivité de la justice dans un « *Etat de droit* », l'indépendance des tribunaux est garantie par les traités internationaux qui fixent les principes du procès équitable. Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, l'indépendance du juge est fondée sur le principe de la séparation des pouvoirs issu de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789²³⁵² et « *il n'appartient ni au législateur ni au gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans les litiges relevant de leur compétence* ».

1421. Le droit de tout justiciable à être jugé par un Tribunal indépendant et impartial tel que posé par la Convention européenne des droits de l'homme a été évoqué à propos de la saisine d'office²³⁵³. L'exigence à la fois de l'indépendance et de l'impartialité du Tribunal ne constitue point une « *redondance* »²³⁵⁴ car, s'il est certain qu'un juge dépendant ne sera pas impartial, il est également vrai qu'un juge indépendant n'est pas forcément impartial. L'indépendance constitue une condition

²³⁵¹ Il résulte à cet égard du rapport parlementaire sur l'activité et le fonctionnement des tribunaux de commerce qu'à l'origine, les tribunaux de commerce ont très mal ressenti la présence du parquet et ont manifesté beaucoup de réticences. Aujourd'hui, le parquet aurait toutes les qualités, les juges consulaires s'étaient sans doute rendus compte de ce qu'il était inoffensif..., v. A. MONTEBOURG et F. COLCOMBET, op.cit, p.85).

²³⁵² Selon cet article, « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* ».

²³⁵³ Supra, n° 408.

²³⁵⁴ L'expression est de M. CROCQ, in « *le droit à un tribunal impartial* », article précité, n°521.

préalable de l'impartialité en ce sens que le juge, pour être impartial, doit être libre de toute influence extérieure²³⁵⁵.

1422. Ces précisions faites, il importe d'examiner, de manière générale, l'application des préoccupations relatives à l'indépendance et à l'impartialité du juge au droit des entreprises en difficulté (a) et de relever par la suite les particularités africaine (b) et française en la matière (c).

a) L'application au droit des entreprises en difficulté

1423. Le législateur communautaire africain et le législateur français ont assigné au droit des entreprises en difficulté, entre autres finalités, la sauvegarde de l'entreprise et des emplois qui y sont attachés. Il s'agit là, à n'en pas douter, d'une mission d'intérêt général²³⁵⁶. En France, le choix opéré par le législateur de redresser les entreprises en difficulté a été précédé de nombreux travaux doctrinaux affirmant le « *destin public des entreprises* »²³⁵⁷ ou encore la « *mission de service public économique* »²³⁵⁸. A ce propos, M. DURAND avait déjà tracé la voie depuis son célèbre article intitulé : « *Les fonctions publiques de l'entreprise privée* »²³⁵⁹. Du reste, qui peut nier que la lutte contre le chômage est devenue une mission d'intérêt général ou que, de l'absence ou de la présence d'activités économiques dépend la vie d'une région ?

1424. Tenant donc compte de ces considérations d'intérêt général, il appartient au juge de l'entreprise en difficulté, d'arrêter la solution la meilleure de nature à sauvegarder, le cas échéant, l'entreprise et les emplois qui s'y attachent suivant les directives légales. Pour ce faire, il se doit d'agir en son âme et conscience lorsqu'il s'agit de décider du sort de l'entreprise c'est-à-dire, en toute indépendance et en toute impartialité de sorte que l'intérêt général l'emporte sur les intérêts privés. Pourtant, force est de constater que la mise en œuvre de cette exigence devant les tribunaux

²³⁵⁵ P.CROCQ, précité, n°521.

²³⁵⁶ P-CAGNOLI, Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté, op.cit., n°s 157 et s.

²³⁵⁷ F. BLOCH-LAINE, Pour une réforme de l'entreprise, éd. Du seuil, 1963, p.149.

²³⁵⁸ R. LE MOAL, contribution à l'étude d'un droit de la concurrence (nature du droit sur les valeurs concurrentielles), thèse (dact), Revues, 1972, p. 30.

²³⁵⁹ P. DURAND, « *Les fonctions publiques de l'entreprise privée* », Dr. Soc., 1945, p.245.

n'est pas toujours chose aisée comme l'attestent les difficultés auxquelles sont souvent confrontés les juges africains.

b) La particularité africaine

1425. A propos de l'indépendance des juges en Afrique, M. MASSERON écrit ceci : « *il est inséré traditionnellement dans presque toutes les constitutions, une disposition stipulant que les juges ne sont soumis dans l'exercice de leurs fonctions qu'à l'autorité de la loi. Il en résulte qu'en principe, le pouvoir exécutif ne peut (...) donner des instructions liant le juge quant à l'interprétation des lois, ou lui adresser des injonctions sur la conduite à tenir à l'égard d'un litige déterminé* »²³⁶⁰. La plupart des Etats africains francophones ont donc pris soin de constitutionnaliser les dispositions affirmant solennellement l'indépendance du pouvoir ou de l'autorité judiciaire²³⁶¹. Par ailleurs, le statut de la magistrature garantit traditionnellement cette indépendance. A cet égard, M.JEOL observe que « *c'est en fait dans les dispositions de leur statut concernant les règles de leur nomination, de leur inamovibilité, de leur avancement et de leur discipline que les Magistrats du siège peuvent trouver des gages sérieux de leur liberté de jugement*²³⁶² ».

1426. Il apparaît cependant que l'indépendance ainsi proclamée est plus théorique que réelle. Comme l'écrit un auteur, « *cette indépendance est proclamée dans toutes les constitutions africaines sans que soient toujours prévus les moyens de l'assumer* »²³⁶³. La vérité est que de sérieuses entraves à cette indépendance existent, lesquelles ont trait tantôt à la subordination des juges au pouvoir exécutif, tantôt à l'inapplication des statuts de la magistrature.

1427. Concernant la subordination des juges au pouvoir exécutif, selon M. FOUMANE ZE, « *dans tous les Etats de l'Afrique noire subsaharienne de tradition juridique française et en République malgache, les services judiciaires sont conçus et*

²³⁶⁰ J.- P. MASSERON, le pouvoir et la justice en Afrique noire francophone et à Madagascar, cité par E.C FOUMANE ZE, in « *L'indépendance des juridictions constitutionnelles en Afrique noire francophone et à Madagascar* », Juridis périodique, n°57, janv-fév-mars 2004, p.93.

²³⁶¹ A titre d'illustration, la constitution camerounaise de 1996, en son article

²³⁶² M.JEOL, cité par E.C FOUMANE ZE, article précité, p.96

²³⁶³ Idem.

organisés comme un ensemble de services publics faisant partie intégrante des services gouvernementaux et relevant, de ce fait, du pouvoir exécutif auquel ils sont rattachés organiquement »²³⁶⁴. Il faut cependant reconnaître que l'intégration organique des services judiciaires au pouvoir exécutif peut, dans certains cas, n'avoir qu'une portée purement administrative²³⁶⁵ sans que la liberté de jugement des juges ne soit pour autant altérée. En revanche, dans la plupart des cas, l'intégration politique peut revêtir une portée politique caractérisée par la soumission des juges au pouvoir exécutif dans de nombreux pays africains et en République Malgache²³⁶⁶. Cette « *politisation* » de la justice constitue un facteur d'allégeance des juges vis-à-vis du pouvoir politique, toute chose ayant pour effet de porter atteinte aux garanties d'impartialité et d'objectivité nécessaires à une justice crédible.

1428. Cette situation est accentuée du fait de la nomination des juges par le pouvoir exécutif et, plus précisément par le Président de la République par ailleurs Président du Conseil Supérieur de la Magistrature, qu'il s'agisse des Magistrats de la Cour Suprême²³⁶⁷ ou de ceux des juridictions inférieures. De la sorte, l'indépendance proclamée des juges n'est qu'une indépendance de façade.

1429. Concernant l'inapplication des statuts de la magistrature, celle-ci résulte, soit des choix idéologiques de certains Etats africains, soit de la mise en veilleuse délibérée desdits. Sur le premier point, force est de constater que dans les pays africains francophones ayant choisi la voie socialiste comme modèle, le principe est que les services judiciaires ne doivent pas être traités en service autonomes. Dans ces pays, plutôt que l'indépendance du pouvoir judiciaire, c'est la collaboration entre le judiciaire et le politique qui est prônée²³⁶⁸. Sur le second point, il a été constaté que des textes juridiques organisant la magistrature et protégeant les Magistrats contre les ingérences extérieures ne reçoivent très souvent qu'une application timide, lorsqu'ils

²³⁶⁴ EC.FOUMANE ZE, article précité, p.97.

²³⁶⁵ Une telle situation se caractérise par exemple par la prise en charge de la gestion des personnels et des locaux abritant les services judiciaires.

²³⁶⁶ M. KAMTO, « *Mutations de la Justice Camerounaise à la lumière des développements constitutionnels de 1996* », revue africaine de sciences juridiques, 2000, n°1, p. 9-20

²³⁶⁷ Y compris le président de cette haute juridiction considéré en Afrique comme le représentant du pouvoir judiciaire, V. E. BOKA, « *la Cour Suprême de la Côte d'Ivoire* », Revue Penant n°689, nov-déc.1961, p.633.

²³⁶⁸ A titre d'illustration, l'ancien Président du Mali MODIBO KEITA s'est exprimé en ces termes : « *les juges de la République du Mali ne doivent pas être conduits, au nom de l'indépendance du pouvoir judiciaire et de la séparation des pouvoirs, à perdre de vue qu'ils sont d'abord et avant tout des militants de l'Union Soudanaise(...). Le pouvoir judiciaire, comme institution sociale de l'Etat,(...) doit nécessairement être au service du régime qui l'a créé* », v. déclaration de MODIBO KEITA en 1962, citée par P.F GONIDEC in, les systèmes politiques africains, LGDJ, Paris, p.62.

ne sont pas purement et simplement écartés quand les intérêts du pouvoir politique sont en jeu²³⁶⁹. Selon M. Alioune B. FALL²³⁷⁰, dans tous les pays d'Afrique francophone où un Conseil de la Magistrature a été institué, les textes statutaires et la pratique soumettent les Magistrats à une « *discipline* » contraire aux principes constitutionnels d'indépendance de la justice et de séparation des pouvoirs²³⁷¹.

1430. L'indépendance et l'impartialité des juges africains peuvent également être compromises parce qu'il convient d'appeler la « *pression d'argent* », c'est-à-dire le phénomène de la corruption qui, loin d'être une fiction, est une réalité inquiétante dans le système judiciaire africain²³⁷² et s'inscrit dans un contexte global de corruption généralisée qui gangrène toute l'administration africaine²³⁷³. Pour le doyen DEGNI-SEGUI, « *le recours aux épices conduit les Magistrats à rançonner les plaideurs et à vendre leurs services aux plus offrants* »²³⁷⁴. Cet auteur allègue par ailleurs que les auxiliaires de justice et plus particulièrement les Avocats ne sont pas en reste²³⁷⁵.

1431. Quoiqu'il en soit, qu'il s'agisse des pressions émanant du pouvoir exécutif ou des pressions liées au pouvoir de l'argent, il va sans dire que le juge de l'entreprise en difficulté objet de telles pressions ne se trouve pas dans une situation lui permettant

²³⁶⁹ P.F GONIDEC, op.cit., p.62.

²³⁷⁰ Article précité, p.336.

²³⁷¹ Ce phénomène est dénoncé presque partout, v. notamment BEIRO, « *L'indépendance de la magistrature en Afrique : le cas de la Guinée* », Mémoire de fin d'études, Droits fondamentaux, Université de Nantes et Paris X- Nanterre, AUPELF-UREF, 1996-1997, p.31 ; J.D-BOUKOUNGOU, « *Indépendance du pouvoir judiciaire et protection des droits de l'Homme au Congo à la lumière des deux décisions de la Cour Suprême du 02 août 1996* », Penant 1997 ; S.YONATA, *Indépendance de la justice et droits de l'homme*, le cas du Burkina Faso, éditions PIOOM, 1997, p.85 ;).

²³⁷² Au Cameroun par exemple, des sanctions disciplinaires ont été infligées à certains Magistrats pour des faits de corruption. V. notamment : décret n°2002/078 du 27 mars 2002 portant révocation d'un Magistrat pour insuffisance professionnelle caractérisée par un manque de probité sous-tendu par la corruption et l'abus de confiance ; décret n°2005/222 du 21 juin 2005 infligeant une exclusion temporaire du service pour une durée de 06 mois pour pratiques de corruption ; décret n°96/271 du 11 novembre 1996 infligeant la sanction de rétrogradation d'un grade à un Magistrat pour tentative de corruption et autres manquements.

²³⁷³ Fustigeant ce phénomène, le chef de l'Etat camerounais, M. Paul BIYA, dans son message à la Nation le 31 décembre 1998 affirmait ceci : « *Il y a encore beaucoup d'exemples où la justice n'est pas été rendue comme il se devrait, c'est-à-dire avec célérité, impartialité et en conformité rigoureuse avec les lois et les règlements en vigueur ; cela est intolérable* ». Il convient de relever à ce propos qu'une étude de l'ONG de droit allemand Transparency International (dont le siège est à Berlin et qui compte plus de 90 sections de par le monde) publiée lors de sa 3^e conférence des sections africaines tenue à Yaoundé du 06 au 09 décembre 2003 a révélé à partir de l'indice de perception de la corruption en 2003 que le Cameroun figure parmi les pays les plus corrompus au monde et que la justice était le secteur le plus corrompu, se classant loin devant la police, les services médicaux, le système d'éducation et les partis politiques. La situation semble s'être quelque peu améliorée depuis 2004.

²³⁷⁴ R.DEGNI-SEGUI, « *L'accès à la justice et ses obstacles* », article précité, p. 251.

²³⁷⁵ Selon le Pr. Maurice KAMTO, une partie de ceux-ci, plutôt que se donner la peine de plaider en droit « *préfère monnayer le procès aux frais du client* », v. M.KAMTO, « *une justice entre tradition et modernité* », in la Justice en Afrique, n°spécial Afrique contemporaine, 1990, p.63.

d'arrêter avec objectivité et impartialité, les solutions de la procédure et, plus précisément, les solutions tendant au sauvetage de l'entreprise. Il n'est pas ainsi certain qu'un juge « *embastillé* » par un débiteur assigné devant le Tribunal par un créancier en vue de faire constater l'état de cessation des paiements puisse avoir l'indépendance d'esprit de prononcer une décision de redressement judiciaire ou de liquidation des biens avec pour effet d'aboutir à une situation d'assistance obligatoire ou de dessaisissement de son « *protégé* ». En ce sens inverse, alors même qu'il existe des possibilités de redressement, un juge corrompu est susceptible de prononcer la liquidation des biens d'une entreprise quand bien même la disparition d'une telle entreprise serait de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale, régionale ou locale.

1432. Le risque d'immixtion en Afrique du pouvoir exécutif dans le fonctionnement de la justice en matière d'entreprises en difficulté paraît d'autant plus vraisemblable que les procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens sont aussi applicables « *à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé qui cesse ses paiements* »²³⁷⁶. La tentation peut alors être grande pour les pouvoirs publics, lorsqu'une telle entreprise est assignée devant la juridiction compétente pour solliciter à son encontre l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, d'exercer des pressions sur le juge en vue de fausser la solution judiciaire en raison de la réduction ou de la disparition des pouvoirs de gestion du dirigeant social nommé par l'Exécutif ou sur sa proposition de par les effets du dessaisissement. De telles pressions peuvent par ailleurs être renforcées par l'intervention du Ministère public dont l'implication dans les procédures collectives en Afrique, bien que non intense est réelle²³⁷⁷.

1433. L'on est tenté de se poser la question de savoir si, les juges de l'entreprise en difficulté africains officiant dans des juridictions commerciales spécialisées, seraient moins exposés et statueraient avec plus d'indépendance et d'impartialité. La réponse à cette question dépend certainement de deux facteurs : d'une part la composition de ces juridictions et, d'autre part, le mode de désignation des juges. Ces deux facteurs

²³⁷⁶ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 2(4) in fine. Les entreprises publiques revêtant la forme d'une personne morale de droit privé sont notamment les sociétés d'Etat, les sociétés d'économie mixte, les sociétés à participation publique majoritaire.

²³⁷⁷ Supra, n°1301 et s.

peuvent être en effet considérés comme autant de critères d'indépendance d'impartialité du juge.

1434. En ce qui concerne la composition des juridictions dans les pays africains appartenant à l'espace OHADA où des juridictions spécialisées ont été instituées²³⁷⁸, force est de constater que le choix de l'échevinage y a été fait, en ce sens qu'il résulte des textes organisant ces juridictions qu'elles sont composées de juges professionnels et de juges consulaires. Quant au mode de désignation des juges, alors que les juges professionnels sont nommés par l'Exécutif²³⁷⁹, les juges consulaires sont tantôt élus par leurs pairs commerçants²³⁸⁰, tantôt nommés par l'exécutif sur proposition des chambres consulaires²³⁸¹.

1435. En dépit de la présence des Magistrats professionnels nommés par l'exécutif au sein des tribunaux de commerce africains et de l'immixtion somme toute regrettable du même exécutif dans la désignation des juges consulaires, la mise en place dans ces tribunaux d'un système d'échevinage apparaît comme un gage d'indépendance et d'impartialité. Certes, l'on pourrait craindre que le Président du Tribunal, Magistrat professionnel nommé par l'exécutif ne soit exposé aux pressions de ce dernier. De même, on pourrait craindre que les juges consulaires élus ou désignés par leurs pairs soient les otages de ces derniers²³⁸². Cependant, non seulement la présence d'un juge professionnel Président le Tribunal peut s'avérer salutaire en ce sens que ce dernier, parce que en dehors des milieux économiques et « *étranger aux réseaux locaux d'influence* », bénéficie d'une présomption d'objectivité, mais la composition collégiale de cette juridiction, bien que les avis soient partagés²³⁸³, apparaît, à elle seule, comme une garantie d'impartialité des juges.

²³⁷⁸ Supra, n°1136. Il s'agit notamment du Burkina Faso, du Mali et du Tchad.

²³⁷⁹ Il résulte des textes Burkinabé, Tchadien et Malien que les Magistrats de carrière composant le Tribunal de commerce. sont nommés par décret présidentiel après avis du Conseil supérieur de la Magistrature.

²³⁸⁰ C'est le cas du Tchad et du Congo.

²³⁸¹ C'est le cas du Burkina Faso où les juges consulaires sont nommés par arrêté conjoint des Ministres chargés de la Justice et du commerce sur proposition de la Chambre de commerce et de l'Industrie. Au Tchad, bien que les juges consulaires et leurs suppléants soient élus par leurs pairs, ce choix doit être entériné par un arrêté du Ministre de la Justice sur présentation de la liste communiquée par la Chambre de commerce, d'Industrie, d'Agriculture, des Mines et d'Artisanat.

²³⁸² A cet égard, il est aujourd'hui admis que l'élection du juge n'est pas un critère suffisant d'impartialité, V. infra, n°....

²³⁸³ Pour certains auteurs, la collégialité est un gage d'impartialité. Faisant revivre l'adage traditionnel en droit selon lequel « *juge unique, juge inique* », ils déplorent la multiplication des juges uniques à compétence spéciale, v.CROCQ, « *Le droit à un tribunal impartial* », article précité, n°541 et suiv. spéc.n°545. Pour d'autres, il est à se demander si la collégialité n'est pas parfois une « *addition de partialités* », notamment lorsque deux juges se rangent à l'opinion du troisième censé connaître d'avantage le dossier, v. M. A. FRISON-ROCHE, « *L'impartialité du juge* », D. 1999, chron.P. 53, n°26.

1436. Sur cette question d'indépendance et d'impartialité des juges, d'aucuns pensent que la Cour commune de Justice et d'Arbitrage d'Abidjan est une juridiction « *relativement indépendante* »²³⁸⁴. Cette indépendance de principe s'expliquerait par le mode de désignation des juges, en ce que ceux-ci proviennent des différents Etats parties. Cette situation rendrait donc difficile, voire impossible « *toute initiative d'un quelconque Gouvernement tendant à instrumentaliser la haute juridiction communautaire* »²³⁸⁵. S'agissant de la corruption, il est également soutenu que les tentations demeurent probablement limitées eu égard au fait que les initiateurs de l'OHADA ont prévu pour les Magistrats de cette Cour une rémunération et des avantages intéressants²³⁸⁶. Il faut donc en déduire *grosso modo* que devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, l'application de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif en général et l'objectif de sauvetage de l'entreprise en difficulté en particulier ne sauraient souffrir du handicap lié à la question de l'indépendance et de l'impartialité des juges qui, faut-il le rappeler, n'est du reste pas une exclusivité africaine et concernerait également les juges français.

c) La particularité française

1437. En France, le Tribunal de commerce appelé à ouvrir une procédure collective se doit de répondre aux garanties d'indépendance et d'impartialité posées par l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Si le problème de l'indépendance par rapport aux autorités publiques²³⁸⁷ ne semble pas soulever de difficulté²³⁸⁸, la mise en œuvre de l'impartialité des juges consulaires s'avère plus problématique²³⁸⁹. Cette problématique concerne particulièrement la composition de la juridiction commerciale et son fonctionnement.

²³⁸⁴ V. N. AKA, « *Les pratiques judiciaires à l'heure de la recomposition de la justice* », in Actes du 1^{er} congrès africain des juristes d'entreprises, précité, p.64.

²³⁸⁵ N.AKA, article précité, p.64.

²³⁸⁶ Selon Me Narcisse AKA, depuis que la CCJA est installée à ABIDJAN le 04 avril 1997, il n'a été relevé aucune rumeur malveillante ou des soupçons éventuels de corruption relativement aux juges qui y officient, v article précité, p.65.

²³⁸⁷ La Cour européenne des droits de l'homme se réfère au statut des juges, et à l'absence d'immixtion des pouvoirs exécutif et législatif dans les fonctions, Dalloz Action, Droit et pratique de la procédure civile, 1999, n°2124 et s., par FRICERO.

²³⁸⁸ Le juge consulaire est en principe indépendant du pouvoir politique de par son statut d'élu bénévole.

²³⁸⁹ N. FRICERO, « *Les procédures collectives à l'épreuve du procès équitable* », in mélanges en l'honneur d'A.HONORAT, op.cit, p.17 et s., spéc. p.18, n°4

1438. En ce qui concerne la composition de la justice commerciale, si la Cour européenne des droits de l'homme considère que la composition de la juridiction est l'un des éléments objectifs pouvant entraîner un soupçon légitime de partialité, elle admet cependant qu'une juridiction spécialisée peut comporter des personnes recrutées en fonction de leurs connaissances, qui ne sont pas des Magistrats, sans pour autant que l'exigence d'impartialité soit affectée *a priori*²³⁹⁰. La Cour vérifie cependant que les juges n'ont pas manifesté de partialité objectivement démontrable lors de la prise de décision pour faire application de l'article 6, paragraphe 1 précité. La même position est partagée par la jurisprudence française interne, qui applique soit les mécanismes de récusation²³⁹¹ ou de renvoi devant un autre Tribunal de commerce selon les dispositions de droit commun du Code de procédure civile, soit l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme pour annuler les décisions rendues par un Tribunal dans des conditions autorisant objectivement de douter de l'impartialité de certains juges²³⁹² si la démonstration en est faite²³⁹³.

1439. Des difficultés de mise en œuvre de l'impartialité spécifiques aux tribunaux de commerce ont été mises en évidence²³⁹⁴. Le rapport COLCOMBET et MONTEBOURG relève en effet un problème « *consubstantiel* » à la fonction même du juge consulaire et à la légitimité de son existence. C'est que, le fondement même de la justice consulaire réside dans le fait que celle-ci est proche des justiciables : le juge est un élu issu du milieu des commerçants, ayant une connaissance de la vie des affaires et des usages professionnels parce qu'il exerce une activité commerciale. Mais, « *ce réel atout, celui d'une justice de proximité, a aussi son grave revers, en ce sens qu'il est beaucoup plus difficile au juge d'échapper à toute confusion d'intérêts pour demeurer impartial* »²³⁹⁵. A ce propos, il a été suggéré de ne pas trop exagérer dans le sens de la justice de proximité²³⁹⁶ pour éviter que celle-ci ne devienne une

²³⁹⁰ E TTL et autres C/ Autriche, 23 avril 1987, série A, n°117, BERGER, op.cit., p.169, à propos d'une commission de réforme agraire composée de 3 magistrats et de 5 fonctionnaires.

²³⁹¹ Versailles, 6 octobre 1986, Gaz.pal., somm.381.

²³⁹² CA Montpellier, 8 Juill.1992, in FABRE et GOURON-MAZEL, Convention européenne des droits de l'homme, Application par le juge français, 10 ans de jurisprudence, Litec, 1998, p.81 : le tribunal avait autorisé une cession alors que l'un des juges avait antérieurement formulé des offres d'acquisition et qu'un autre avait détenu des parts de la société intéressée à la procédure).

²³⁹³ CA Rennes, 30 sept. 1992 et Aix-en-Provence, 31 oct.1996, in FABRE et GOURON-MAZEL, op.cit., p.81)

²³⁹⁴ N.FRICERO, « *Les procédures collectives à l'épreuve du procès équitable* », article précité, p.18, n°6.

²³⁹⁵ N. FRICERO, article précité, p.18, n°6.

²³⁹⁶ Cette proximité est souvent expliquée par l'étroitesse du bassin de recrutement

justice de voisinage, voire de « *cousinage ou qu'elle en donne l'apparence* »²³⁹⁷. La réforme de la carte judiciaire ayant conduit à la suppression d'un nombre important de tribunaux de commerce²³⁹⁸ est de nature à diminuer les inconvénients liés à une proximité excessive.

1440. Il a par ailleurs été relevé que le défaut d'impartialité des juges consulaires est également lié à la présence toujours plus importante des cadres d'entreprises au sein de la juridiction commerciale²³⁹⁹. Bien que ceux-ci soient des juristes de haut niveau qui apportent une incontestable professionnalisation aux tribunaux de commerce, en raison de leur qualité de préposés, ils sont tenus de rendre compte à leurs employeurs. Dès lors, qu'il devient question surtout dans les grands tribunaux de commerce²⁴⁰⁰ de défendre la politique de l'entreprise ou de s'informer sur l'état du marché et des concurrents, l'impartialité attendue du juge consulaire devient douteuse.

1441. Enfin, le rapport COLCOMBET et MONTEBOURG met en évidence un défaut d'impartialité des juges consulaires lié au phénomène de la corruption devant les tribunaux de commerce²⁴⁰¹. Cette situation se manifeste notamment par la prise illégale d'intérêts qui conduit les juges consulaires à être juges et parties, la collusion frauduleuse avec les mandataires de justice conduisant souvent au « *dépeçage* » des entreprises et le favoritisme monnayé.

1442. En ce qui concerne le fonctionnement de la juridiction consulaire, la question de l'impartialité résultant du pouvoir de saisine d'office jadis reconnu au juge avant l'intervention de la décision rendu le 7 décembre 2012 par le Conseil Constitutionnel français et déclarant inconstitutionnelles les dispositions de l'article L.631-5 du Code de commerce autorisant le Tribunal à se saisir d'office aux fins d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, a été examinée²⁴⁰². Il reste que le soupçon légitime de partialité peut résulter du cumul des fonctions pour autre cause. En effet,

²³⁹⁷ J.BARALE, « *La refonte de la carte des tribunaux de commerce est la clé de toute amélioration pour la justice consulaire* », Les Petites Affiches, 22 avril 1998, n°48.

²³⁹⁸ Supra, n°1189.

²³⁹⁹ A.MONTEBOURG et F.COLCOMBET, op.cit., p. 130

²⁴⁰⁰ Il ressort du rapport COLCOMBET et MONTEBOURG qu'à Paris, les deux tiers des juges consulaires sont des cadres.

²⁴⁰¹ A.MONTEBOURG et F.COLCOMBET, op.cit., p.228.

²⁴⁰² Supra, n°1420 et s.

le justiciable peut avoir un doute légitime sur l'impartialité d'un juge qui a déjà joué un rôle dans la procédure. En principe, un juge « *ne peut servir qu'une fois* »²⁴⁰³.

1443. Selon la Cour de cassation française, un Magistrat ne peut se prononcer sur le fond d'une affaire lorsqu'il a déjà eu à porter une appréciation sur les faits qui lui sont soumis en participant à une décision à caractère juridictionnel²⁴⁰⁴. Mieux, depuis des arrêts rendus le 06 novembre 1998 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation²⁴⁰⁵, l'exercice successif de fonctions juridictionnelles dans la même affaire est jugé non conforme aux prescriptions de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans le même ordre d'idées, selon la Cour européenne des droits de l'homme, le fait qu'un Magistrat ait cumulé des fonctions consultatives et des fonctions juridictionnelles « *est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de l'institution* »²⁴⁰⁶.

1444. Cette exigence d'impartialité pose manifestement problème eu égard à la place qu'occupe le juge-commissaire en droit des entreprises en difficulté aussi bien en Afrique qu'en France²⁴⁰⁷. A cet égard, l'article R. 621-22 du Code de commerce²⁴⁰⁸ sauvegarde l'impartialité du Tribunal de commerce en interdisant au juge-commissaire d'y siéger à peine de nullité, lorsque la juridiction statue sur un recours formé contre l'une des ordonnances qu'il a rendues²⁴⁰⁹. Compte tenu des prérogatives reconnues au juge-commissaire, sa participation à la formation du Tribunal appelé à statuer sur l'issue de la procédure pose problème au regard de l'exigence d'impartialité. A ce propos, la chambre commerciale de la Cour de cassation a estimé que la présence du juge-commissaire dans la juridiction qui statue au fond sur l'ouverture d'une procédure collective ou sur le prononcé d'une sanction contre le dirigeant d'une personne morale, n'est pas contraire à l'exigence d'impartialité de

²⁴⁰³ P. SARGOS, «*Devoir d'impartialité, fondement de la légitimité du juge dans un Etat démocratique* », discours prononcé devant la Cour d'Appel de Rouen, se référant à cette formule employée par un Avocat général à la Cour de cassation.

²⁴⁰⁴ Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 1989, Bull. civ., 1, n°98 ; D. 1990, Jur.p.113, note P. BAILLY.

²⁴⁰⁵ Ass. Plen. 6 novembre 1998, D. 1999, 1, concl. Burgelin ; JCP, 1998, II, 10198, rapp.SARGOS ; Gaz.pal.1998, 13-15 décembre, note GUIGUE ; RTD. civ., 1999, 177, obs. NORMAND.

²⁴⁰⁶ Cour EDH, 28 septembre 1995, Protocola C/ Luxembourg, série A n°326 ; D. 1996, Jur. P. 301, note F. BENOIT -ROHMER ; J.C.P. 1996, I, n°3910, n°23 obs. F. SUDRE).

²⁴⁰⁷ Supra, n°1284 et s.

²⁴⁰⁸ Anc.t article 68 du décret du 28 décembre 2005

²⁴⁰⁹ Une pareille disposition existe également en droit africain puisqu'il résulte des dispositions de l'article 40, alinéa 5 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif que « *lorsque la juridiction compétente statue sur une opposition formée contre une décision du juge-commissaire, ce dernier ne peut siéger* ».

l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne²⁴¹⁰. Ce faisant, la Cour de cassation refuse de considérer que l'exercice successif de ses fonctions par le juge-commissaire constitue un risque objectif de partialité, sauf preuve d'une cause précise de récusation administrée par le débiteur²⁴¹¹. Pour la jurisprudence, la seule présence du juge aux diverses phases de la procédure collective ne constitue pas, à elle seule, une cause de récusation ou de suspicion légitime²⁴¹². Dans l'arrêt *Morel c/ France*, rendu le 06 juin 2009, la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé la possibilité de la présence du juge-commissaire au sein de la juridiction de jugement²⁴¹³.

1445. Cette position jurisprudentielle a été critiquée par la doctrine. Pour Mme FRICERO²⁴¹⁴, si cette position peut se justifier par des considérations pragmatiques²⁴¹⁵, elle ne paraît pas conforme au renforcement actuel de l'exigence d'impartialité des juges. Les pouvoirs d'investigation et d'information dont dispose le juge-commissaire, l'élaboration par lui des rapports et l'exercice de véritables pouvoirs juridictionnels dans le Cours de la procédure collective sont de nature à engendrer « *objectivement* » un risque de partialité. Le législateur français n'est pas resté sourd à ces critiques. Pour éviter toute discussion sur l'atteinte à l'impartialité qui pourrait résulter de la présence ultérieure au sein du Tribunal du juge-commissaire ayant eu la charge du dossier, la loi du 26 juillet 2005 interdit à ce dernier de siéger dans la formation du jugement, ni de participer au délibéré en matière de sanctions et, plus précisément, dans le cadre des actions en responsabilité contre les dirigeants²⁴¹⁶. Cette position du législateur français semble bien être en harmonie avec la décision du Conseil Constitutionnel français déjà évoquée rendue le 7 décembre 2012²⁴¹⁷. En effet, dans son « considérant » n° 4, le Conseil Constitutionnel pose que « *si la constitution ne confère pas à cette interdiction un*

²⁴¹⁰ Com., 3 nov. 1992, Bull.civ.IV, n°345 ; 16 mars 1993, D. 1993, 538, obs.VALLENS.

²⁴¹¹ CA Grenoble, 11 sept. 1997, D. 1998, 128, note RENUCCI : le rapport du juge-commissaire concluait à la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire, ce qui donnait au dirigeant l'impression qu'il comparaisait plutôt devant un adversaire que devant un juge.

²⁴¹² CA Pau, 17 déc.1997, JCP, 1998, IV, 3231.

²⁴¹³La Cour EDH considère que le juge-commissaire qui, pendant la phase d'observation, a traité des questions relatives à la gestion courante de la société, peut siéger au sein de la juridiction appelée à apprécier la viabilité du plan de continuation proposé à la fin de la période d'observation et des garanties financières produites à l'audience ; si le plan avait été présenté au juge-commissaire pendant la phase d'observation et s'il avait eu à traiter de cette question, il aurait été partial.

²⁴¹⁴ N.FRICERO, « *les procédures collectives à l'épreuve du procès équitable* », article précité, n°9, p.22.

²⁴¹⁵ L'on peut par exemple soutenir que le juge rapporteur est celui qui connaît mieux l'affaire et qui peut dès lors éclairer ses collègues sur un certain nombre de points litigieux.

²⁴¹⁶ Code de commerce, articles L. 651-3 et L.653-7.

²⁴¹⁷ Supra, n°415.

caractère général et absolu, la saisine d'office d'une juridiction ne peut trouver de justification, lorsque la procédure n'a pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère d'une punition, qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un motif d'intérêt général... ». Cette affirmation suppose donc que l'exception au principe du non-cumul du comportement de juge et du comportement de partie, n'a sa place qu'à la double condition que « *la procédure n'a pas pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère d'une punition* » et qu'elle soit « *fondée sur un motif d'intérêt général* ». *A contrario*, le principe de non-cumul, gage d'impartialité, doit prévaloir, indépendamment de toute considération d'intérêt général, lorsqu'il s'agit pour le Tribunal de prononcer des sanctions

1446. Il apparaît en fin de compte que tant en France qu'en Afrique, les préoccupations relatives aux organes judiciaires en charge d'encadrer la faillite sont nombreuses. Mais, ces préoccupations communes ne concernent pas seulement les organes judiciaires. Elles s'étendent également aux mandataires de justice.

B. LES PREOCCUPATIONS RELATIVES AUX MANDATAIRES DE JUSTICE

1447. Une question fondamentale se pose de manière récurrente aussi bien en Afrique qu'en France à propos du rôle des mandataires de justice dans les procédures collectives. Les mandataires de justice contribuent ils au sauvetage des entreprises en difficulté ou contribuent ils plutôt à leur liquidation ?

1448. Avant que ne soit dégagé un constat de ce qui est traditionnellement observé ci et là, il convient au préalable de relever l'ampleur de la tâche qui incombe à ces professionnels. Cette situation est, de manière fort pertinente, mise en évidence par le professeur Yves Guyon s'agissant particulièrement des administrateurs judiciaires. Cet auteur relève en effet que « *ces auxiliaires de justice sont conduits à gérer des entreprises très diverses. Ils le font au pied levé, devant s'adapter sur l'heure à des situations parfois insolites dont ils ignoraient tout la veille. Enfin, ils trouvent une*

affaire sans trésorerie, sans crédit et parfois également avec un climat social tendu. Il ne faut donc pas s'attendre à des miracles »²⁴¹⁸.

1449. Toujours est-il que, pour ce qui est de la contribution des mandataires de justice au sauvetage des entreprises en difficulté, il y a comme un constat général d'échec aussi bien en France qu'en Afrique(1). Cette situation peut s'expliquer tantôt par des causes communes aux deux systèmes(2), tantôt par des causes propres à chaque système (3).

1. Un constat d'échec dans le sauvetage des entreprises

1450. Au début du siècle, un auteur écrivait que « *l'on voit des abus se produire dans la gestion des syndic, des liquidations trainent en longueur, contrairement aux prescriptions de la loi, et ne donnent presque rien... »²⁴¹⁹. Pour un autre auteur, « *l'intervention d'un mandataire de justice se traduit au mieux par un espoir déçu et au pire, par une polarisation à son encontre de toutes les responsabilités et de toutes les critiques »²⁴²⁰.**

1451. Pour le Professeur SAWADOGO, le « *désintérêt manifeste* » des organes judiciaires une fois la procédure ouverte, est de nature à permettre au syndic ou le liquidateur indélicat, incompetent ou simplement peu soucieux de la préservation des intérêts en présence, de conduire la procédure dans une « *voie de garage* ». ²⁴²¹ Selon le même auteur, « *c'est à croire que la procédure a pour fin réelle de servir les intérêts des auxiliaires de justice* » et que BALZAC avait raison de considérer la faillite comme « *une espèce de vol involontaire admise par la loi, mais aggravée par les formalités* ». ²⁴²²

²⁴¹⁸ Y.GUYON, Droit des affaires, op.cit., n°1162, p.186.

²⁴¹⁹ LAMAIGNIERE, Des Syndics de l'union, th. Bordeaux 1910, p.161.

²⁴²⁰ « *L'exorcisme (A propos de l'avenir des professions d'administrateur et de mandataire judiciaires après les rapports parlementaire et ministériel)* », Les Petites Affiches, n°113, du 21 septembre 1998.

²⁴²¹ F.M SAWADOGO, in « *L'application judiciaire du droit des procédures collective en Afrique francophone, à partir de l'exemple du Burkina Faso* », op.cit. p.222.

²⁴²² Idem, p.247.

1452. Des causes communes à l’Afrique et à la France de nature à expliquer le constat d’échec des mandataires de justice dans le sauvetage des entreprises en difficulté existent. Il convient à présent d’en décliner quelques unes.

2. Les causes communes d’inefficacité

1453. L’inefficacité des mandataires de justice dans le sauvetage des entreprises en difficulté en Afrique et en France peut s’expliquer par plusieurs raisons.

1454. L’une des principales raisons de cette inefficacité est externe à la profession. Il s’agit de, l’intervention judiciaire tardive déjà évoquée²⁴²³. Il ressort à ce propos du rapport parlementaire sur le fonctionnement des tribunaux de commerce que les administrateurs judiciaires interviennent dans la majorité des cas dans la gestion d’entreprises déjà en état de cessation des paiements. De la sorte, « 95% des opérations de redressement se soldant par une liquidation à Court ou à moyen terme, le rôle de l’administrateur s’apparente souvent à celui d’un médecin plaçant un malade sous assistance respiratoire jusqu’à son dernier souffle »²⁴²⁴.

1455. Mais, d’autres raisons internes aux mandataires de justice existent. Au rang des ces raisons, figurent en bonne place le déficit de compétence professionnelle(a), les manquements déontologiques(b), les modes de rémunérations pratiqués (c).

a) Le déficit de compétence professionnelle

1456. La question de l’insuffisance professionnelle des mandataires de justice peut se mesurer à l’aune de l’importance des missions qui sont assignées par la loi à ces professionnels dans la gestion de l’entreprise en difficulté.

1457. Sur cette question, l’on rappellera volontiers les missions légales d’assistance et de représentation reconnues respectivement en droit français et en droit de l’OHADA à l’administrateur judiciaire, au liquidateur ou, au syndic.

²⁴²³ Supra, n°700.

²⁴²⁴ MONTEBOURG et F.COLCOMBET, op.cit., p.165.

1458. Il a été ainsi relevé qu'en droit français, le Tribunal peut confier à l'administrateur judiciaire, en redressement judiciaire tout comme en sauvegarde une mission d'assistance du débiteur pour tout ou partie des actes de gestion²⁴²⁵. En droit de l'OHADA, la décision qui prononce le redressement judiciaire emporte assistance obligatoire pour les actes concernant l'administration et la disposition des biens²⁴²⁶. De manière schématique, il convient de relever que dans les procédures de sauvegarde et de redressement, l'administrateur judiciaire est chargé notamment d'assister le dirigeant en vue de trouver les solutions pour régler les difficultés de son entreprise et en préparer le redressement. A cet égard, il élabore et présente au Tribunal toute solution tendant à la sauvegarde de l'entreprise et au maintien de son activité dans le cadre d'un plan de redressement. Il reçoit et analyse d'éventuelles offres de reprise de l'activité et les soumet au Tribunal en vue d'une cession de l'entreprise. Il y a lieu de révéler également que l'administrateur intervient de manière privilégiée en matière de prévention des difficultés entreprises et, plus précisément, en matière de conciliation et de mandat ad hoc. En ce qui concerne la représentation, il convient de rappeler que les dispositions légales françaises et africaines enseignent que, du fait de son dessaisissement, pendant toute la durée de la liquidation judiciaire ou de la liquidation des biens selon, les cas, le débiteur est représenté par le liquidateur en droit français ou par le syndic en droit africain²⁴²⁷. De même, il a été expliqué qu'à l'ouverture de la procédure collective, les créanciers sont représentés par le mandataire judiciaire en droit français et par le syndic en droit africain. De telles missions exigent des différents mandataires de justice concernés qu'ils soient d'excellents professionnels.

1459. En droit français, l'administrateur judiciaire qui doit, soit assister la débiteur dans la gestion, soit le représenter est un « *chef d'entreprise intérimaire* »²⁴²⁸ donc, par définition, plus gestionnaire que juriste. De ce fait, la formation devrait être pluridisciplinaire, la connaissance des structures techniques, économiques et financières exigeant des compétences autres que la seule compétence juridique. En revanche, le mandataire judiciaire qui assure la représentation collective des

²⁴²⁵ Supra, n°1346 et s.

²⁴²⁶ Supra n°1348 et s.

²⁴²⁷ Supra n°1363 et s.

²⁴²⁸ Y.GUYON, Droit des affaires, , op.cit, n°1162, p.184.

créanciers²⁴²⁹ exerce des fonctions de nature beaucoup plus juridique qu'économique²⁴³⁰. Il se doit en conséquence d'avoir une formation solide en droit.

1460. En droit africain le syndic est à la fois un chef d'entreprise intérimaire et représentant de la masse des créanciers. Il doit dès lors être doté de solides capacités en droit et en économie. C'est sans doute ce qui fait dire à M. SAWADOGO au sujet de la pratique du droit des procédures collectives en Afrique qu' « *il faut (...) des auxiliaires de justice compétents, de bonne moralité dont la rémunération n'absorbe pas tout l'actif de l'entreprise* »²⁴³¹.

1461. Il s'avère cependant que les garanties de compétence n'ont pas toujours été exigées des mandataires de justice. En France par exemple, force est de constater que l'inscription sur la liste des syndics administrateur après les décrets de 1955, 1958 et 1959, n'était subordonnée à l'exigence d'aucun diplôme particulier²⁴³². En Afrique, certes, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif organise le statut et les fonctions du syndic en ce qu'il comporte des dispositions relatives à leur nomination, à leur remplacement, à leur révocation, à leurs honoraires et à leurs attributions. Mais cette organisation est loin d'être complète si l'on la compare à celle issue de l'ancien décret français n°55-603 du 20 mai 1955 relatif aux syndics et aux administrateurs judiciaires²⁴³³.

1462. L'on constate plutôt que l'Acte uniforme concerné, du fait sans doute de sa vocation supranationale, s'est limité à la définition des aspects essentiels du statut des syndics²⁴³⁴. On peut dès lors en déduire que sur les points omis ou imparfaitement réglementés, il y a lieu de recourir au droit interne des Etats parties au traité OHADA. Or, peu d'Etats- Parties au Traité OHADA connaissent une réglementation claire et

²⁴²⁹ Supra, n°1333 et s.

²⁴³⁰ C'est sans doute la raison pour laquelle, le rapport COLCOMBET a préconisé la suppression des fonctions confiées aux représentants des créanciers et d'ouvrir ces fonctions aux Avocats, Experts-comptables et Commissaires aux comptes, v. A.MONTEBOURG et F.COLCOMBET, op.cit., p.314.

²⁴³¹ F.M SAWADOGO, in « *l'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone, à partir de l'exemple du Burkina Faso* », article précité, p.247.

²⁴³² B. SOINNE, Traité des procédures collectives, op.cit., n°755, p.532. Un stage de 6 mois était cependant prévu pour les candidats ayant déjà exercé certaines professions, de 18 mois pour les candidats licenciés en droit ou titulaire du diplôme des hautes études commerciales, de 3 ans pour les candidats n'ayant aucun diplôme juridique. Un examen professionnel était également nécessaire.

²⁴³³ A titre de rappel, il convient de relever que la loi française du 13 juillet 1967 avait laissé subsister le décret n°55-603 du 20 mai 1955 relatif aux syndics et aux administrateurs judiciaires ainsi que les décrets d'application n°56-608 du 18 juin 1956 et n°59-708 du 29 mai 1959 qui fixent les conditions d'aptitude et de recrutement, l'organisation professionnelle, la discipline, les règles de comptabilité et le tarif.

²⁴³⁴ J.R GOMEZ, OHADA, Entreprises en difficulté, op.cit, n°64, p.93.

cohérente de la profession de syndic en ce qui concerne notamment les aspects liés à l'aptitude, à la moralité et à la rémunération et cette situation ne peut qu'exercer une influence négative sur le déroulement et le dénouement de la procédure²⁴³⁵. S'agissant particulièrement du sauvetage de l'entreprise en difficulté, l'absence de réglementation précise quant aux garanties de compétence exigées du syndic est de nature à conduire les juges à désigner comme syndics des personnes inscrites sur des listes et dont les qualifications ne sont pas toujours adaptées aux missions attendues de ces mandataires de justice et, notamment, celles qui incombent à un chef d'entreprise²⁴³⁶.

1463. L'inefficacité des mandataires de justice en France et en Afrique en rapport avec le sauvetage de l'entreprise en difficulté ne saurait s'expliquer par le seul déficit de compétence professionnelle. A cette raison, l'on pourrait ajouter celle liée aux manquements déontologiques.

b) Les manquements déontologiques

1464. Avant d'entrer en fonction en France, les administrateurs et mandataires judiciaires prêtent serment d'exercer leurs fonctions en respectant certaines valeurs dont notamment, l'honneur, la dignité l'indépendance et la probité²⁴³⁷. La violation de ce serment pour les mandataires de justice peut également être source d'inefficacité dans la recherche du sauvetage des entreprises en difficulté.

1465. S'agissant particulièrement de l'indépendance des mandataires de justice, il a été constaté que certains mandataires de justice sont, de fait, sous la dépendance du Tribunal. Désigné par les juges, le mandataire de justice rechigne à avoir des positions contraires de peur d'être victime de mesures de rétorsion à l'occasion des futures désignations et abandonne son indépendance intellectuelle. Une telle

²⁴³⁵ F.M SAWADOGO, note sous article 41 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, in OHADA, Traité des Actes uniformes commentés et annotés, 3^e éd., p.929.

²⁴³⁶ Au Cameroun, les personnes généralement désignées comme syndics figurent dans les listes des experts, syndics de faillite, liquidateurs judiciaires, administrateurs des biens et commissaires aux comptes établis auprès des Cours d'Appel conformément à un décret n°60/251 du 31 décembre 1960. Dans la pratique et, même après l'entrée en vigueur du droit OHADA, les tribunaux ont généralement recours aux Experts comptables agréés inscrits sur ces listes. Sur la question, v. BIBOUM L.D., in Faillite et liquidataire judiciaire en droit positif camerounais, Mémoire de Licence, Université de Yaoundé, octobre 1990, p.69 et s.

²⁴³⁷ Les termes du serment sont exactement les suivants : « *Je jure d'exercer mes fonctions avec honneur, dignité, indépendance et probité, et de me conformer en toute occasion aux lois et règlements de ma profession* ».

dépendance est de nature à fausser au bout du compte la solution de la procédure²⁴³⁸. Cette situation de dépendance constitue souvent un facteur de collusion entre le mandataire de justice et le juge aussi bien en France qu'en Afrique²⁴³⁹. En tout état de cause, pour certains juges africains, le doute sur l'indépendance du syndic constitue un motif légitime pour son remplacement²⁴⁴⁰. C'est pour garantir l'indépendance du syndic vis-à-vis du débiteur que l'article 41, alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif prescrit qu' « *aucun parent ou allié du débiteur jusqu'à quatrième inclusivement ne peut être nommé syndic* ».

1466. Le risque de dépendance du mandataire de justice à l'égard du juge est d'autant réel que le choix des mandataires de justice par la juridiction compétente est discrétionnaire²⁴⁴¹. Selon la jurisprudence française, le Tribunal n'a nullement l'obligation d'assurer un équilibre entre les diverses études de son ressort à l'occasion des nominations²⁴⁴². Il convient cependant de préciser que la situation de dépendance du mandataire de justice du fait du pouvoir discrétionnaire de nomination reconnu au Tribunal est plus certaine lorsque ladite juridiction dispose d'un choix large dans l'exercice de son pouvoir. Il faut en déduire que la situation est moins perceptible dans les petites juridictions en raison du faible nombre de professionnels.

1467. A ce propos, en France, il ya lieu de relever que le pouvoir discrétionnaire de nomination des mandataires de justice reconnu au Tribunal fait l'objet d'un contrôle et peut, de ce fait, contribuer à limiter les risques de collusion entre le mandataire de justice et le juge. En effet, l'article L.662-6, alinéa 2 du Code de commerce²⁴⁴³ prévoit que « *le greffe du Tribunal de commerce et celui du Tribunal de Grande instance, établissent, au terme de chaque semestre, la liste des administrateurs judiciaires et des mandataires désignés par les juridictions et les autres personnes*

²⁴³⁸ Pour illustration de cette situation, v. rapport COLCOMBET, op.cit., p.240. Il s'agit du cas d'un mandataire judiciaire qui a été menacé par le juge-commissaire de ne plus recevoir de dossiers pour avoir donné l'avis selon lequel la cession ne devait pas être réalisée dans le cadre d'un redressement judiciaire, mais plutôt dans le cadre d'une liquidation.

²⁴³⁹ Sur l'existence d'un tel risque de complicité en Afrique, v.F.M SAWADOGO, « *L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique* », article précité, p.247.

²⁴⁴⁰ En application des dispositions de l'article 41 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

²⁴⁴¹ Pour l'application de ce principe en droit français, v. civ., 2^e 14 déc. 1992, Bull.Civ.II, n°3145 D.1993, somm.p.193.obs.A.HONORLAT.

²⁴⁴² CA. Metz, 1^{ère} ch., 9 nov.2000, Act. proc. coll 2001/11, n°134.

²⁴⁴³ Anc^l, loi du 26 juillet 2005, article 59.

auxquelles un mandat (...) a été confié par ladite juridiction, pendant cette période. Ils y font figurer, pour chacun des intéressés, l'ensemble des dossiers qui leur ont été attribués et les informations relatives aux débiteurs concernés prévues par décret pris en Conseil d'Etat. Ils y annexent le montant du chiffre d'affaires qu'il a réalisé, au titre des mandats qui lui ont été confiés par la juridiction, au Cours du semestre précédent ». L'article R.662-15 du Code de commerce²⁴⁴⁴ ajoute que cette liste « *mentionne, pour chacun des débiteurs concernés, son chiffre d'affaires et le nombre de ses salariés tels qu'ils sont définis par l'article R.621-11 du Code de commerce* ».

1468. Les mandataires désignés transmettent au greffier du Tribunal qui les a désignés, avant le terme de chaque semestre, le montant du chiffre d'affaires qu'ils ont réalisé au Cours du semestre précédent, au titre de l'ensemble des mandats prévus par le livre VI du Code de commerce. Ce montant doit être annexé par le greffier à la liste qu'il établit. Cet état semestriel des désignations contient des désignations en qualité de mandataire ad hoc, d'administrateur judiciaire, de mandataire judiciaire, de commissaire à l'exécution du plan, de liquidateur, ainsi que des mandats d'administrateur aux fins de faire fonctionner les comités de créanciers, dans les procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire sans administrateur judiciaire.

1469. En vertu de l'alinéa 2 de l'article L-662-6 du Code de Commerce, ces informations sont portées à la connaissance du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, du Ministère public du ressort concerné et des autorités chargées du contrôle et de l'inspection des administrateurs et des mandataires judiciaires Les modalités de cette information sont déterminées par l'article R.662-16 du Code de commerce²⁴⁴⁵.

1470. A la faveur de cette information, il pèse sur le Tribunal une sorte d'obligation implicite de justifier son choix de désigner fréquemment tel mandataire ou de lui confier de manière systématique, les dossiers importants²⁴⁴⁶. La finalité de l'article 662-6 du Code de commerce est d'améliorer ainsi la transparence dans la répartition

²⁴⁴⁴ Anc^t. D.28 déc.2005, article 350.

²⁴⁴⁵ Anc^t. D.28 déc.2005, article 351.

²⁴⁴⁶ Rappr.J.-Cl.COM.,I. PERRUCHOT, fasc. 2226, [Organes-Administrateur judiciaire-statut], éd. 2006, n°14.

des affaires et des rémunérations afin de créer un milieu professionnel plus concurrentiel dans l'intérêt des entreprises qui doivent recourir aux services d'un administrateur ou d'un mandataire judiciaire²⁴⁴⁷. Mais encore, faut-il que le mode de rémunération pratiqué par ces mandataires de justice ne constitue pas un obstacle au redressement de l'entreprise.

c) *Les modes de rémunération pratiqués*

1471. Une réglementation inadaptée de la rémunération des mandataires de justice est de nature à compromettre le sauvetage de l'entreprise en difficulté en ce sens qu'elle peut contribuer à alourdir son passif. Sur cette question, le rapport COLCOMBET fait état du « *niveau particulièrement élevé des rémunérations des mandataires de justice* »²⁴⁴⁸. Les mandataires de justice français seraient ainsi investis d'une « *mission de service public particulièrement rémunératrice* ».

1472. Par ailleurs, il y a problème lorsque le barème de rémunération est conçu de telle manière que le mandataire ne soit pas neutre par rapport aux solutions retenues. Tel, semble-t-il, était le cas pour le barème fixant le mode de rémunération des mandataires de justice issu du décret n° 85-1390 du 27 décembre 1985. En effet, si pour une affaire prise en charge par un administrateur judiciaire et qui aboutit à une liquidation ou à un plan de continuation suite à un redressement judiciaire d'une durée de six mois, le tarif de rémunération reste identique, pourquoi ce mandataire de justice essaierait-il de sauver les emplois ? S'il procède à une cession, il sera mieux payé que s'il aboutit à un plan de continuation et sauve les emplois²⁴⁴⁹.

1473. En Afrique, la question est beaucoup plus préoccupante dans la mesure où il n'existe pas de réglementation en matière de rémunération des mandataires de justice, faute d'une réglementation claire et cohérente de la profession de syndic dans les Etats parties au Traité OHADA. Ce vide juridique constitue la porte ouverte à une rémunération excessive des mandataires de justice. La situation était valable avant

²⁴⁴⁷ A.LEINHARD, note sous article L.662-6 du Code de commerce, in Code des procédures collectives commenté, Dalloz, 6^e éd, p. 327.

²⁴⁴⁸ A. MONTEBOURG et F.COLCOMBET, op. cit. p.179.

²⁴⁴⁹ Idem.

l'avènement du droit OHADA²⁴⁵⁰. Elle demeure valable après l'avènement de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

1474. Si, en effet, l'article 43, alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif reconnaît au syndic la qualité de « *mandataire rémunéré* », les conditions de cette rémunération demeurent indéterminées. La Cour d'Appel de Dakar reconnaît expressément du reste cette situation en indiquant « *qu'aucun texte législatif ou réglementaire ne fixe de barème applicable aux prestations expertales* » et « *qu'il convient dès lors de se référer aux usages en la matière compte tenu de la mission confiée* »²⁴⁵¹. Comme le relève à juste titre un auteur²⁴⁵², « *pour les petites et moyennes entreprises, la rémunération du syndic, souvent très élevée, peut compromettre tout chance sérieuse de redressement de l'entreprise et de paiement substantiel des créanciers* ».

1475. Le constat général d'échec imputable aux mandataires de justice dans le sauvetage des entreprises en difficulté peut également s'expliquer par des causes propres aussi bien au système africain qu'au système français. Il convient de les examiner.

3. Les causes d'inefficacité propres à chaque système

1476. Les causes d'inefficacité des mandataires de justice dans le sauvetage des entreprises en difficulté liées spécifiquement au système africain(a) et au système français(b) ne sont pas les mêmes.

a) Les causes d'inefficacité propres au système africain

1477. Il a été démontré que l'absence d'une réglementation en Afrique des fonctions de syndic est de nature, sur bien des aspects, à entraver le sauvetage des entreprises

²⁴⁵⁰ V. F.M.SAWADOGO, « *l'accès à la justice en Afrique francophone : problème et perspective, le cas du Burkina Faso* », in Rev.Jur. et Coop., mi-septembre 1995, p. 201, où il est fait état d'un liquidateur judiciaire qui s'est payé 6 ans de rémunération par avance, conduisant l'entreprise concernée à la disparition.

²⁴⁵¹ V. note sous article 41 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, 3^e éd, p.92.

²⁴⁵² F.M SAWADOGO, Droit des entreprises en difficulté, op.cit., n°152, p. 148.

en difficulté²⁴⁵³. Outre cette situation, d'autres causes d'inefficacité spécifiques aux mandataires de justice africains impliqués dans les procédures collectives peuvent être relevées. Ces causes ont notamment trait d'une part à l'absence de spécialisation et, d'autre part, au déficit de contrôle.

1478. A l'identique des juridictions et des juges, l'absence de spécialisation des mandataires de justice impliqués dans le déroulement des procédures collective peut être source d'inefficacité dans le sauvetage des entreprises en difficulté. Cette absence de spécialisation concerne également l'expert que le Président de la juridiction compétente désigne au moment où il rend une ordonnance de suspension des poursuites dans le cadre du règlement préventif que le syndic.

1479. A propos de l'expert, il convient de relever que celui-ci occupe une place de choix dans le dispositif en vigueur en matière de règlement préventif. Selon les dispositions de l'article 8, alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, l'expert a pour mission principale de faire rapport au Président de la juridiction compétente « *sur la situation économique et financière de l'entreprise, les perspectives de redressement compte tenu des délais et remises consentis ou susceptibles de l'être par les créanciers et toutes autres mesures contenues dans les proposition du concordat préventif* ». Il doit par ailleurs apprécier la situation du débiteur²⁴⁵⁴, signaler à la juridiction compétente les manquements du débiteur aux interdictions que la loi lui impose²⁴⁵⁵, entendre le débiteur et les créanciers en leur prêtant ses bons offices en vue de parvenir à la conclusion d'un accord sur les modalités de redressement de l'entreprise et d'apurement de son passif²⁴⁵⁶.

1480. De telles missions liées à la prévention des difficultés des entreprises supposent des garanties de compétence et une spécialisation certaines de la part de l'expert. Or, le législateur communautaire africain est resté muet sur cette préoccupation. Il s'est borné de relever que l'expert désigné dans le cadre d'une procédure de règlement préventif est soumis aux dispositions des articles 41 et 42 de

²⁴⁵³ Supra, n°1473.

²⁴⁵⁴ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 12-1.

²⁴⁵⁵ Ibid, article 12-2. Il s'agit précisément de signaler les manquements aux interdictions imposées au débiteur par l'article 11.

²⁴⁵⁶ Ibid, article 12-3.

l'Acte uniforme relatives au statut du syndic, lesquelles sont sans rapport avec la préoccupation sus énoncée.

1481. A propos précisément des syndics, il a déjà été relevé que ni ledit Acte, ni les législations nationales ne se sont intéressées aux garanties de compétence susceptibles d'être exigées du syndic²⁴⁵⁷ à telle enseigne que dans le contexte africain, ces mandataires de justice ne sauraient être considérés comme des professionnels spécialisés. Par ailleurs, l'hétérogénéité des fonctions dévolues au syndic, lequel représente à la fois la masse des créanciers, le débiteur en cas de liquidation et assiste ce dernier en cas de redressement judiciaire, n'est pas pour arranger les choses. En réalité, la question qu'il convient de se poser en l'espèce est celle de savoir si, véritablement, la même personne peut à la fois faire office de « chef d'entreprise intérimaire » en assistant ou en représentant le débiteur et représenter les créanciers. Si l'on admet que cela est techniquement possible, il faudrait tout au moins que de par sa formation, ce mandataire de justice ait des aptitudes qui lui permettent, suivant la posture du moment, d'exercer ses fonctions comme un véritable « professionnel spécialisé ». Ce qui, en l'état actuel des choses, est loin d'être le cas. Du reste, l'application judiciaire du droit des entreprises en difficulté depuis l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif laisse apparaître que devant les juridictions africaines, sans doute pour des raisons de complémentarité, les grandes procédures font souvent appel à un expert-comptable et à un Avocat, lesquels sont souvent désignés comme co-syndics²⁴⁵⁸.

1482. S'agissant du déficit de contrôle susceptible d'être exercé sur les syndics, il importe de relever au préalable que la responsabilité des mandataires de justice peut être mise en jeu pour les fautes commises par eux dans l'exercice de leurs fonctions. Cette responsabilité est régie par les règles générales du mandat telles que posées par l'article 1992 du Code civil.²⁴⁵⁹ De manière plus précise, l'article 43, alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du

²⁴⁵⁷ V. supra, n° 1461.

²⁴⁵⁸ F.M SAWADOGO, Droit des entreprises en difficulté, op. cit., n° 152, p. 147.

²⁴⁵⁹ L'article 1992 du Code civil énonce : « Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire ».

passif énonce que les syndics sont « *civilement responsables de leurs fautes dans les termes du droit commun, sans préjudice de leur responsabilité pénale* ». Il en découle que la responsabilité du syndic peut être soit civile, soit pénale. L'expert désigné en matière de règlement préventif peut voir sa responsabilité engagée de la même manière puisque son statut est assimilé à celui du syndic²⁴⁶⁰. S'agissant particulièrement de la responsabilité civile, celle-ci peut être engagée tant à l'égard du débiteur lui-même²⁴⁶¹ qu'à l'égard de la masse des créanciers²⁴⁶², ou d'un créancier pris individuellement pour un préjudice qui lui est propre. La responsabilité civile du syndic peut également être engagée envers les tiers sur le fondement des articles 1382 et suivants du Code civil lorsque ses agissements fautifs leur ont causé un préjudice²⁴⁶³.

1483. Par ailleurs, les textes prévoient un contrôle par le juge-commissaire sur l'activité du syndic. Ce dernier est ainsi tenu de rendre compte de sa mission et du déroulement de la procédure collective au juge-commissaire « *selon une périodicité définie par ce magistrat. A défaut, il doit rendre compte une fois par mois et, dans tous les cas, chaque fois que le juge-commissaire le lui demande* »²⁴⁶⁴.

1484. Il n'est cependant pas certain que ce dispositif soit suffisant pour dissuader les mandataires de justice et, plus particulièrement, le syndic de toute dérive dans l'exercice de sa mission. S'agissant de la mise en jeu de sa responsabilité, la pratique en Afrique démontre que c'est rarement que les victimes font valoir leurs droits devant les juridictions du fait de l'ignorance desdits droits ou d'une simple attitude de complaisance. Quant au contrôle que le juge-commissaire est en droit d'exercer sur le syndic, il pourrait simplement se limiter sur le papier lorsqu'on sait que du fait notamment de leur formation insuffisante en matière de procédures collectives ainsi que de la collusion éventuelle avec les mandataires de justice, les juges africains se retrouvent souvent paradoxalement à la traîne des experts qu'ils ont désignés²⁴⁶⁵. Avant l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, en dépit de la mission de contrôle des opérations

²⁴⁶⁰ Supra, n°1479.

²⁴⁶¹ Cass. com., 26 juin 1968, Bull. cass. 1968.4. n° 207.

²⁴⁶² Cass. com., 6 juill. 1971.4. n° 196.

²⁴⁶³ Cass. req. 22 oct. 1923, Gaz.Pal. 1923.2.713.

²⁴⁶⁴ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, article 43, alinéa 4

²⁴⁶⁵ Supra, J.M NYAMA, article précité.

de faillite et de liquidation reconnue au juge commissaire sous l'empire de la législation ancienne, l'on a pu observer des procédures de liquidation durer pendant plus de 15 années²⁴⁶⁶.

1485. Au plan disciplinaire, il faut relever que la plupart des syndics aujourd'hui désignés dans les procédures collectives sont choisis à partir des listes arrêtées par les Cours d'Appel au sein desquelles sont créées des « chambres disciplinaires ». Dans la réalité, force est cependant de constater que ces structures fonctionnent à peine. Ce qui n'est certainement pas le cas dans le système français qui, pourtant lui aussi, est porteur de germes d'inefficacité des mandataires de justice dans le sauvetage des entreprises en difficulté.

b) Les causes d'inefficacité propres au système français

1486. La réforme française issue de la loi n° 85-99 du 25 janvier 1985, relative aux administrateurs judiciaires, aux mandataires-liquidateurs et aux experts en diagnostic avait pris soin de distinguer trois catégories de professionnels. Ce faisant, cette réforme avait permis de diviser les fonctions traditionnelles du « *syndic de faillite* », pour les répartir entre plusieurs mandataires de justice. A la suite des modifications survenues postérieurement issues notamment de la loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003 et de la loi du 26 juillet 2006, la dualité des professionnels et des fonctions a été érigée en principe. Deux corps de spécialistes formés pour remplir des fonctions différentes ont ainsi été créés. D'une part le corps des administrateurs judiciaires ayant essentiellement pour tâche d'administrer les biens d'autrui et de surveiller la gestion de ces biens et, d'autre part, le corps des mandataires judiciaires chargés de représenter les créanciers et de procéder éventuellement à la liquidation des entreprises.

1487. Certes, ces réformes ont eu pour mérite d'apporter plus de clarté et de professionnalisme dans les missions confiées aux mandataires de justice dans les procédures collectives avec le remplacement du syndic, « *auxiliaire unique et*

²⁴⁶⁶ V. à cet effet, L. D. BIBOUM in, Faillite et liquidation judiciaire en droit positif camerounais, Mémoire de Licence en droit, Université de Yaoundé, octobre 1990, précité.

polyvalent »²⁴⁶⁷ par deux auxiliaires spécialisés. Cependant, la multiplication des mandataires de justice est, à y voir de près, de nature à entraver le sauvetage des entreprises en difficulté. L'entrave peut d'abord résulter du coût financier lié à la rémunération des différents mandataires de justice sur les fonds des entreprises qui, par définition, sont en mauvaise santé financière. L'entrave peut ensuite résulter des lenteurs dans le déroulement et dans l'aboutissement de la procédure²⁴⁶⁸. Pour M. GUYON, l'intervention simultanée des administrateurs et des mandataires est de nature à entraîner des difficultés, tout comme la coordination entre ces deux professionnels peut également entraîner des pertes de temps²⁴⁶⁹. L'entrave peut enfin résulter des différentes actions en justice que peuvent exercer concurremment les différents mandataires de justice en fonction des répartitions légales²⁴⁷⁰ et qui donnent lieu souvent à un « *contentieux inutile et coûteux* » selon l'expression de Mme HONORAT²⁴⁷¹.

1488. Au total, aussi bien en Afrique qu'en France, les préoccupations liées à la qualité du personnel d'encadrement de la faillite sont réelles et concernent à la fois les organes judiciaires et les mandataires de justice. Les problématiques que soulèvent ces préoccupations sont, il va sans dire, de nature à compromettre le sauvetage des entreprises en difficulté. Il importe dès lors de s'intéresser aux solutions adoptées ici et là en vue d'y apporter des réponses idoines.

PARAGRAPHE 2 : L'ORIGINALITE DES SOLUTIONS

1489. Les préoccupations relatives à la qualité du personnel d'encadrement de la faillite ont donné lieu à des solutions diverses selon que l'on se situe dans le système africain (A) ou dans le système français (B) Il convient d'en examiner à grands traits les contours.

²⁴⁶⁷ L'expression est de Y. GUYON, Droit des affaires, op. cit. ,n° 1159, p.182.

²⁴⁶⁸ F.M. SAWADOGO, Droit des entreprises en difficulté, op. cit.,n° 157, p.154.

²⁴⁶⁹ Y. GUYON, Droit des affaires, op. cit. , n° 1164, p. 187.

²⁴⁷⁰ On sait ainsi par exemple que le commissaire à l'exécution du plan a qualité pour poursuivre les actions introduites avant le jugement qui arrête le plan et auxquelles l'administrateur judiciaire ou le mandataire est partie.

²⁴⁷¹ A. HONORAT, D. 1992, som.375, note sous com. 14 avr.1992.

A. *LES SOLUTIONS AFRICAINES*

1490. Dans le système africain issu du droit de l'OHADA, l'on peut valablement soutenir que les réponses apportées au problème de la formation du personnel judiciaire relèvent d'une originalité positive (1) tandis que celles apportées au problème des mandataires de justice relèvent d'une originalité négative (2).

1. Une originalité positive : les réponses au problème de formation du personnel judiciaire

1491. Comme il a abondamment été démontré²⁴⁷², la formation des organes judiciaires impliqués dans le déroulement des procédures collectives est l'une des conditions *sine qua non* de succès du sauvetage judiciaire des entreprises en difficulté. A cet égard, la création au sein de l'OHADA d'une structure de formation et de perfectionnement en droit des affaires des Magistrats et autres personnels judiciaires (a) ainsi que l'apport de la jurisprudence issue de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (b) sont de nature à contribuer de manière fort significative à la formation du personnel judiciaire et parajudiciaire en charge de la gestion des questions relatives au droit des entreprises en difficulté en Afrique.

a) La création d'une Ecole de formation et de perfectionnement : l'ERSUMA²⁴⁷³

1492. Les initiateurs du Traité OHADA ont sans doute estimé qu'il eût été incomplet de se limiter à une uniformisation du droit dans l'espace OHADA au seul plan normatif et qu'il fallait étendre cette uniformisation au niveau des personnes en charge de l'application quotidienne des textes, à savoir les Magistrats et autres personnels judiciaires. A ce propos, un auteur n'écrivait-il pas à juste titre que « *l'Etat de droit est indissociable de la connaissance du droit positif par ceux qui le reçoivent et par ceux qui sont chargés de sa mise en œuvre²⁴⁷⁴* » ? Par ailleurs, il est apparu que l'insécurité judiciaire décriée par les opérateurs économiques découlait

²⁴⁷² V. supra, n°1459 et s.

²⁴⁷³ Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature.

²⁴⁷⁴ KOUASSI KOUADIO, Bilan et perspectives de l'OHADA, *Ecodroit*, n° 11, mai 2002, p. 10 et s.

entres autres d'une formation insuffisante des Magistrats et des auxiliaires de justice aussi bien au plan des techniques juridiques qu'au plan déontologique²⁴⁷⁵. Toutes ces raisons justifient la création de l'Ecole Régionale Supérieure de Magistrature basée à Porto-Novo²⁴⁷⁶ (ERSUMA).

1493. Ayant pour vocation générale « *d'œuvrer à l'amélioration de l'environnement juridique et judiciaire dans l'ensemble des Etats membres* », l'ERSUMA est, en particulier, chargé d'assurer la formation et le perfectionnement des Magistrats et auxiliaires de justice des Etats Parties au traité OHADA en droit harmonisé et en droit des affaires. Cette Ecole constitue également un centre de documentation et de recherche en matière juridique et judiciaire. Selon l'article 13 du statut, la mission de formation confiée à l'ERSUMA consiste notamment à assurer la formation initiale des Magistrats, la formation complémentaire des auditeurs de justice, à organiser des stages de recyclage et de spécialisation. Appliquée au droit des entreprises en difficulté, cette formation multiforme est de nature à renforcer les capacités des organes judiciaires et du personnel para-judiciaire impliqués dans cette matière et de contribuer ainsi plus efficacement au sauvetage des entreprises en difficulté.

1494. Toutefois, il est permis de douter de l'incidence de cette formation sur la qualité des décisions rendues en droit des entreprises en difficulté en raison notamment des critères de choix du personnel judiciaire appelé à participer aux sessions de formation organisées par l'ERSUMA dont l'objectivité n'est par toujours évidente dans certains Etats membres²⁴⁷⁷. D'un autre côté, la formation par l'ERSUMA du personnel judiciaire impliqué dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises gagnerait sans doute d'avantage en efficacité si des actions complémentaires étaient réalisées de manière à faire de cette structure un véritable « *centre d'excellence* »²⁴⁷⁸ en matière de droit uniforme en général et de droit des entreprises en difficulté en particulier dans l'espace OHADA. Ces actions pourraient

²⁴⁷⁵2475 J. ISSA-SAYEGH et J. LOHOUES-OBLE, OHADA, Harmonisation du droit des affaires, Bruylant, 2002, collection Droit uniforme, n° 372, p. 158.

²⁴⁷⁶ Porto-Novo est la capitale de la République du Bénin.

²⁴⁷⁷ L'on constate par exemple ainsi dans certains Etats membres la désignation de manière répétée pour participer aux sessions de formation organisées par l'ERSUMA du personnel judiciaire en fonction dans les services centraux du Ministère de la justice au détriment des Magistrats en poste dans les tribunaux et par conséquent confrontés aux réalités du terrain. Par ailleurs, il n'est pas toujours établi que les personnes choisies pour participer à des formations continues ont les pré-requis nécessaires pour suivre des formations de spécialistes.

²⁴⁷⁸ L'expression est de P.-G. POUGOUE et Y. KALIEU, op. cit., n° 32, p. 49.

se résumer notamment à la collecte et à la publication des décisions de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage et des juridictions internes des Etats-parties en droit des entreprises en difficulté, l'acquisition systématique de toutes les publications parues sur le droit des entreprises en difficulté OHADA²⁴⁷⁹, l'accueil des chercheurs dans le cadre des séjours destinés à des recherches en droit des entreprises en difficulté OHADA, l'institution de sessions de formation sanctionnée par des diplômes spécialisés en droit des entreprises en difficulté.

1495. A côté de la formation dispensée à l'ERSUMA, les avis et décisions de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage sont de nature à contribuer d'avantage à la formation des juges en charge de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises.

b) L'apport de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage

1496. Deux missions principales ont été assignées par le législateur communautaire africain à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage²⁴⁸⁰ (CCJA). D'une part une mission consultative et, d'autre part, une mission contentieuse.

1497. Dans sa fonction consultative, la Cour peut être consultée par tout Etat Partie, le Conseil des Ministres ou une juridiction nationale sur toute question d'interprétation ou d'application du Traité, de ses Règlements d'application ou des Actes uniformes²⁴⁸¹. Elle se prononce par voie d'avis. La saisine de la Cour peut ainsi permettre de clarifier des points obscurs du droit des entreprises en difficulté OHADA issu de l'Acte uniforme y relatif et, partant, contribuer à la formation des organes judiciaires impliqués dans le déroulement des procédures collectives. Cette saisine peut d'autant être intéressante lorsqu'elle émane de juridictions nationales du moment où une telle saisine ne se conçoit que lorsqu'un contentieux est déjà né²⁴⁸². Bien que ni le Traité, ni le Règlement de procédure n'aient pas cru devoir se prononcer sur la portée et les effets des avis émis par la Cour Commune de Justice et

²⁴⁷⁹ Telles que les ouvrages, revues, thèses, mémoires, actes de colloque et séminaires etc.

²⁴⁸⁰ Le siège de la CCJA est à Abidjan en Côte d'Ivoire.

²⁴⁸¹ Traité OHADA, article 14, alinéa 2.

²⁴⁸² C'est le sens qu'il faut donner à l'article 14, alinéa 2 du Traité qui renvoie à l'article 13, lequel énonce le principe selon lequel « le contentieux relatif à l'application des Actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des Etats Parties ».

d'Arbitrage, il paraît à tout le moins logique que l'avis sollicité par une juridiction nationale soit suivi par cette dernière sans toutefois que la méconnaissance de cet avis soit d'emblée considérée comme constitutive d'un cas d'ouverture de recours à cassation²⁴⁸³.

1498. Dans sa fonction contentieuse, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, saisie d'un recours en cassation, se prononce sur toutes les décisions rendues par les juridictions d'appel des Etats- Parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des Règlements²⁴⁸⁴.

1499. La particularité de cette juridiction suprême est qu'elle constitue un troisième degré de juridiction puisque, « *en cas de cassation, elle évoque et statue sur le fond*²⁴⁸⁵ ». Ce pouvoir d'évocation entraîne comme conséquence majeure la substitution de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage aux juridictions nationales statuant en dernier ressort en cas de cassation à telle enseigne que, la Haute Juridiction communautaire apparaît, *in fine*, à la fois comme une juridiction de cassation et une juridiction de renvoi.

1500. Il apparaît en fin de compte que la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, en vertu du principe de la supranationalité judiciaire opérant un transfert de compétence des juridictions nationales de cassation à son profit, a compétence exclusive pour connaître du contentieux des Actes uniformes et des Règlements pris en application du Traité de l'OHADA. « *Ainsi placée au sommet de la pyramide judiciaire des Etats dans le domaine du droit des affaires, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage apparaît comme une Cour suprême fédérale, qui plus est, dotée d'un pouvoir d'évocation* »²⁴⁸⁶.

1501. Avec un tel statut, il n'est guère surprenant que l'article 20 du Traité de l'OHADA énonce que « *les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ont*

²⁴⁸³ En ce sens, J. ISSA-SAYEGH et J. LOHOUES-OBLE, op. cit., n° 415, p.172.

²⁴⁸⁴ Traité OHADA, article 14, alinéa 3.

²⁴⁸⁵ Cette disposition issue de l'article 14, alinéa 5 du Traité OHADA constitue une importante innovation de l'ordre juridique communautaire. En effet, dans l'ordre juridique interne de la grande majorité des Etats- Parties au Traité OHADA et à l'image de la Cour de cassation française, la juridiction de cassation est considérée comme une juridiction statuant en droit et non en fait et n'est donc pas, par voie de conséquence, un troisième degré de juridiction.

²⁴⁸⁶ P.-G. POUGOUE et Y. KALIEU, op. cit., n° 26, p 42.

l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. Ils reçoivent sur le territoire de chacun des Etats Parties une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions des juridictions nationales ». Il résulte de cette disposition du Traité de l'OHADA que les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage sont revêtus de l'autorité de la chose jugée et de la force exécutoire. L'autorité de la chose jugée entraîne tout d'abord la suppression du contrôle du juge étatique²⁴⁸⁷. Elle s'impose ensuite sur le territoire de chacun des Etats Parties²⁴⁸⁸. Dès lors, les décisions rendues par cette Cour dans le domaine du droit des affaires en général, et du droit des entreprises en difficulté en particulier, ne peuvent qu'en tant que jurisprudence faire autorité et constituer des bases référentielles pour les juges en charge de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises. Mais encore faut-il que ces décisions soient régulièrement publiées et puissent être accessibles. Force est de constater qu'un effort certain est fait dans ce sens depuis l'avènement du Traité de l'OHADA dans une démarche générale de vulgarisation du droit OHADA²⁴⁸⁹.

1502. Si l'on peut soutenir qu'en rapport avec les préoccupations relatives à la qualité du personnel d'encadrement de la faillite et, s'agissant du personnel judiciaire, des solutions positives existent dans l'espace OHADA, l'on ne peut pas en dire autant pour ce qui est des mandataires de justice.

2. Une originalité négative : les réponses au problème des mandataires de justice

1503. On l'a relevé, le nouveau droit africain des entreprises en difficulté a rompu avec le passé en instituant le syndic comme mandataire de justice unique aussi bien en matière de redressement judiciaire qu'en matière de liquidation des biens²⁴⁹⁰. Dans une certaine mesure et, dans le contexte africain, le choix d'un organe ambivalent comme mandataire de justice en matière de procédures collectives peut se justifier (a)

²⁴⁸⁷ Il en résulte qu'aucune procédure n'est nécessaire pour conférer aux arrêts l'autorité de la chose jugée, ceux-ci ayant eux-mêmes le caractère juridictionnel. Ils ne peuvent dès lors que faire l'objet de voies de recours extraordinaires, à savoir la tierce opposition et la révision prévues par les articles 47 et 49 du Règlement de procédure.

²⁴⁸⁸ A cet égard, l'on ne saurait valablement invoquer les règles relatives à la reconnaissance des jugements étrangers dès lors que les arrêts de la CCJA sont, par hypothèse, assimilés aux décisions rendues par les juridictions nationales.

²⁴⁸⁹ C'est dans ce sens qu'il convient de comprendre par exemple la publication désormais gratuite de la jurisprudence sur le site www.OHADA.com et la parution d'un "Répertoire quinquennal" de jurisprudence.

²⁴⁹⁰ V. supra, n°1324 et s.

en dépit des limites certaines qu'il présente (b), lesquelles limites commandent une réglementation plus complète en la matière (c).

a) *Un choix justifié*

1504. Par définition, une entreprise en difficulté a une trésorerie obérée. Dès lors, et comme cela a été relevé à propos de la situation en France²⁴⁹¹, la multiplication des mandataires de justice dans le cadre des procédures collectives, outre le fait qu'elle est susceptible d'entraîner des lenteurs dans le déroulement de la procédure, peut s'avérer contre-productive et compromettre sérieusement le sauvetage de l'entreprise en difficulté ainsi que le paiement des créanciers. Pris sous cet angle, Le choix par le législateur communautaire africain d'un organe unique et polyvalent comme mandataire de justice dans le cadre des procédures collectives peut paraître réaliste dans un contexte où la faiblesse des économies est loin d'être une fiction.

1505. D'un autre côté, force est de constater que la thèse ayant en son temps justifié en France la division des fonctions traditionnelles du « *syndic de faillite* » pour les répartir entre plusieurs mandataires de justice ne résiste pas à l'analyse. En effet, comme justification à cette division, il a de tout temps été avancé l'idée selon laquelle, un même mandataire de justice ne pouvait pas avoir « *mission de représenter des intérêts opposés* » en l'occurrence, représenter à la fois le débiteur et les créanciers. Reconnaissons à ce propos avec M. BOLARD qu'un mandataire de justice doit nécessairement apprécier des intérêts divergents car, s'ils n'étaient pas divergents, sa mission serait inutile faute d'objet²⁴⁹². Sur cet aspect, il est douteux que la loi du 25 janvier 1985 et la diversification des mandats de justice ainsi que les lois postérieures aient changé quoique ce soit puisque aujourd'hui, l'administrateur doit notamment « *arbitrer entre les intérêts du débiteur et des repreneurs, des actionnaires et des créanciers* », et le mandataire judiciaire « *faire face aux intérêts opposés des créanciers chirographaires et privilégiés* ». Il en résulte, selon M. BOLARD, que « *le droit antérieur était mieux conçu. Représentant l'intérêt*

²⁴⁹¹ V. Supra, n°1487 et s.

²⁴⁹² G. BOLARD, « *Le droit d'action des mandataires de justice dans les faillites* », in Mélanges en l'honneur d'A. HONORAT, précité, p. 26 et s., spéc. p. 34.

collectif, l'unique mandataire de justice agissait sous le contrôle du juge, accessible à tout titulaire d'un intérêt particulier distinct de l'intérêt collectif ».

1506. En dépit de la pertinence de tous ces arguments qui plaident en faveur de l'institution d'un mandataire de justice unique dans les procédures collectives relevant du droit de l'OHADA, cette option, telle qu'elle existe aujourd'hui, présente des limites qui méritent d'être relevées.

b) Un choix limité

1507. Par le passé, aussi bien en France qu'en Afrique, les faillites au sens large étaient des saisies collectives. Il en résultait que les créanciers prenaient en main l'administration du patrimoine du débiteur défaillant par l'intermédiaire du syndic qui n'administrerait pas l'entreprise pour le compte du débiteur, mais plutôt pour le compte des créanciers. Le syndic exerçait donc une mission unique dans l'intérêt des créanciers, mais selon des modalités variables²⁴⁹³.

1508. Or, aujourd'hui, les choses ont changé et les préoccupations ne sont plus seulement celles concernant l'intérêt particulier des créanciers et s'étendent d'avantage à l'intérêt général relevant de la sphère socio-économique. Tenant compte de cette évolution du droit des procédures collectives, il ne semble pas que le statut actuel du syndic tel qu'il ressort de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif soit adapté. Il conviendrait de le réformer pour l'adapter à l'approche contemporaine du droit des entreprises en difficulté.

1509. Dans le cadre d'une telle réforme, il ne s'agirait pas de s'aligner sur l'option française de diversification des mandats de justice. Les inconvénients liés notamment au coût des mandataires et aux lenteurs procédurales attachés à ce système ont déjà suffisamment été mis en exergue. Le maintien du syndic comme auxiliaire unique dans le droit de l'OHADA n'est donc pas en soi une mauvaise chose. En revanche, pour permettre à ce mandataire de justice de jouer efficacement son rôle, une

²⁴⁹³ Y GUYON, Droit des affaires, op. cit. , n° 1159, p. 182.

nouvelle réglementation plus élaborée dans les Etats Parties au traité OHADA s'impose et devrait concerner notamment : les garanties de compétence, l'organisation professionnelle, les règles déontologiques, les règles de comptabilité et le tarif. A défaut d'un Acte uniforme sur tous ces aspects, la technique des « *directives* » et des « *recommandations* » pourrait être choisie.

1510. En ce qui concerne particulièrement les garanties de compétence, la réglementation devra par exemple exiger un diplôme de l'enseignement supérieur à tout postulant à la profession de syndic²⁴⁹⁴. Muni d'un tel diplôme, le postulant devra présenter un concours d'entrée dans un Institut d'Etudes judiciaires pour une durée minimale de 3 ans et maximale de 4 ans. Il devra par la suite accomplir à temps complet et de manière continue, un stage professionnel d'une durée de 2 ans. La formation devra être sanctionnée par un examen de fin de stage donnant lieu à un certificat d'aptitude à la profession de syndic. Après un tronc commun, des spécialisations pourront être prévues lors de la formation de manière à ce que l'on aboutisse à une « *spécialisation de la spécialisation* ». Ainsi, en fonction du diplôme de base, pourront être formés des syndics spécialisés soit dans la gestion des entreprises soumises à une procédure collective, soit dans la représentation des créanciers et la liquidation des entreprises. De la sorte, au moment de la désignation du syndic, le Tribunal devra avoir la possibilité de choisir celui dont les compétences paraîtront plus compatibles avec la situation de l'entreprise. Pour exercer leur profession, les syndics devront être inscrits sur des listes nationales ou régionales.

1511. En France, pour l'amélioration de la qualité du personnel d'encadrement de la faillite, des solutions assez audacieuses ont été retenues aussi bien au niveau du personnel judiciaire qu'au niveau des mandataires de justice. Il convient d'en retracer les grandes lignes.

²⁴⁹⁴ Il pourrait être ainsi exigé au postulant un niveau minimal de Baccalauréat plus 4 années (Maitrise ou Master) en droit, en sciences économiques, en gestion ou en comptabilité.

B. LES SOLUTIONS FRANCAISES

1512. L'on peut affirmer grosso modo que les réponses au problème de la qualité du personnel d'encadrement de la faillite en France reposent sur trois piliers principaux. Ces trois piliers correspondent respectivement au souci affirmé d'une meilleure formation des juges consulaires (1), à la reconnaissance de l'exigence d'impartialité du juge de l'entreprise en difficulté (2) et à la réécriture du statut des mandataires de justice (3).

1. Le souci affirmé d'une meilleure formation des juges consulaires

1513. Le souci de parvenir à une meilleure formation professionnelle et déontologique des juges consulaires chargés de la prévention et du traitement des entreprises en difficulté en France peut être perçu à travers deux faits majeurs. Il s'agit d'une part de la création d'un Conseil National des tribunaux de Commerce (a) et, d'autre part, de la mise en place d'une politique de formation (b).

a) La création d'un Conseil National des tribunaux de Commerce

1514. En date du 23 septembre 2005, un décret n° 2005-1201²⁴⁹⁵ pris par Monsieur le Ministre de la Justice, Garde des Sceaux a créé le Conseil National des Tribunaux de Commerce. Un arrêté d'application du 27 septembre 2005, ainsi qu'une circulaire du 29 septembre 2005 relative à l'instruction des candidatures des juges des Tribunaux de commerce aux fonctions de membre du Conseil ont également été publiés.

1515. La création du Conseil National des tribunaux de commerce²⁴⁹⁶, organe placé auprès du Garde des Sceaux et présidé par lui, s'inscrit dans un mouvement de concertation relatif aux tribunaux de commerce, destiné à favoriser une meilleure qualité de la justice consulaire et une réflexion approfondie sur les questions de déontologie. Il a été dit du Conseil qu'il était « *comptable de la compétence des*

²⁴⁹⁵ Ce décret a été publié au JORF n° 224 du 25 septembre 2005.

²⁴⁹⁶ Cet organe figure dans la partie réglementaire du Code de commerce et fait l'objet des articles R721-7 et suivants.

tribunaux de commerce » et « *gardien de la déontologie des juges consulaires* » ayant pour mission « *d'élaborer un guide des bonnes pratiques* »²⁴⁹⁷.

1516. Composé de trois membres de droit²⁴⁹⁸ et de seize membres désignés par le Garde des Sceaux²⁴⁹⁹ pour une période de cinq ans non renouvelable²⁵⁰⁰, cet organe a un rôle exclusivement consultatif dans les domaines de la formation et de la déontologie des juges consulaires. Il a le même rôle en matière d'organisation, de fonctionnement, d'activité, de compétence et d'implantation des tribunaux de commerce²⁵⁰¹. Dans les mêmes domaines, le Conseil peut émettre des propositions²⁵⁰².

1517. Appelé à se réunir au moins trois fois par an et à élaborer un rapport annuel d'activité destiné à son président, le rôle de cet organe, aussi bien en matière de formation et de déontologie des juges consulaires que dans les autres domaines visés par les textes, concerne l'ensemble des tribunaux de commerce. Sont cependant exclues du champ de compétence direct du Conseil National des Tribunaux de Commerce, les juridictions commerciales composées exclusivement de juges professionnels, ou celles présidées par des juges professionnels mais échevinées, tels les tribunaux mixtes de commerce des départements d'outre mer et les chambres commerciales d'Alsace Moselle, aucune de ces juridictions n'appartenant à la catégorie juridique des tribunaux de commerce.

1518. Mais, plus que la création d'un organe consultatif, c'est la mise en place en France d'une véritable politique en matière de formation des juges consulaires qui retient d'avantage l'attention.

²⁴⁹⁷ PERRETTE REY, Président du Tribunal de commerce de Paris, discours prononcé lors de la rentrée solennelle 2005 du Tribunal de commerce de Paris, <http://WWW.justice.gouv.fr>.

²⁴⁹⁸ Le Directeur des services judiciaires, le Directeur des affaires civiles et du sceau et le Directeur des affaires criminelles et des grâces.

²⁴⁹⁹ Parmi ces membres figurent : un Premier Président de Cour d'Appel, un Procureur Général près une Cour d'Appel, un membre du Conseil d'Etat, un Greffier du Tribunal de commerce, deux personnalités qualifiées et dix juges consulaires en activité ou honoraires.

²⁵⁰⁰ Code de commerce, article R721-8.

²⁵⁰¹ Ibid, article R721-11.

²⁵⁰² Idem.

b) La mise en place d'une politique de formation des juges consulaires

1519. Il a été relevé que jusqu'à une époque assez récente, les juges consulaires étaient formés « *sur le tas* »²⁵⁰³ et que l'on observait un déficit de formation aussi bien au plan du droit qu'en matière déontologique de la part de ceux là qui sont en charge de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises.

1520. Face à cette situation à tout le moins préoccupante en rapport avec la qualité de la justice rendue et, au regard du rôle inestimable de la justice économique, il était apparu nécessaire de mettre en place une politique conséquente de formation des juges consulaires. Mais, à la vérité, le constat est que la réalisation de l'œuvre de formation des juges consulaires en France se met en place par touches successives.

1521. De manière officielle, une formation initiale et continue a été mise en place en 1989 par le Centre d'Etudes et de Formation des Juridictions Commerciales (CEFJC) basé à Tours²⁵⁰⁴. Ce centre a pris sur lui d'organiser le plus souvent en partenariat avec l'Ecole Nationale de la Magistrature (ENM), des cycles de conférence ou des séminaires de quelques jours au Cours desquels des juges bénévoles dispensent une formation à des juges consulaires récemment élus, mais également à des juges confirmés.

1522. Parallèlement, certaines Cours d'Appel ont pris l'initiative, dans le cadre de la formation déconcentrée des Magistrats, d'organiser des séminaires ou des cycles de conférences régionaux, au bénéfice des juges consulaires du ressort généralement animés par des Magistrats des chambres commerciales. De la même manière, certains tribunaux de commerce ont entrepris de mettre en place des formations locales, alors que les conférences régionales de tribunaux de commerce organisaient des sessions de formation. Cependant, la faiblesse de ces formations résidait essentiellement dans le fait que, non seulement elles n'étaient pas systématiques, mais en plus, elles étaient

²⁵⁰³ Il ressort du rapport d'enquête parlementaire sur les tribunaux de commerce que les juges débutants sont formés par les « anciens » et sont par la suite amenés à prendre en charge des dossiers simples, à donner leur avis, à proposer des jugements. Enfin, progressivement, ils sont appelés à connaître des dossiers de plus en plus complexes, V. A. MONTEBOURG et F. COLCOMBET, op. cit., p. 118.

²⁵⁰⁴ Ce centre de formation, fonctionnant sous le régime associatif de la loi française de 1901 a été créé à l'initiative de M. Jacques BON, alors Président du Tribunal de commerce de Paris.

facultatives. En effet, ces formations reposaient sur le volontariat des juges consulaires.

1523. En date du 28 novembre 2002, la Commission « qualité de la justice civile » a été installée par Monsieur le Ministre de la Justice. Cette Commission s'est scindée en deux groupes de travail dont l'un sur la formation des juges consulaires et des juges de proximité. Sur cette importante question, ce groupe de travail a déposé un rapport²⁵⁰⁵ duquel il résulte que les différents protagonistes étaient conscients des enjeux « *pour l'institution consulaire d'améliorer la qualité de sa justice* » et de ce qu'il fallait « *aller plus loin que les simples initiatives locales ou coordonnées par quelques personnalités qui, depuis plusieurs années, avaient compris en créant le centre de formation de Tours, que la survie de la justice consulaire passerait par la mise en place d'un système de formation de ses juges* »²⁵⁰⁶. Ce rapport s'articule autour de trois axes principaux qui correspondent aux questions suivantes : qui faut-il former ? Qui doit former ? Comment faut-il former ?

1524. S'agissant de la première préoccupation, il était question de savoir quelles étaient les personnes réellement concernées par la formation. Pour être plus précis, il s'agissait de savoir s'il fallait former les candidats aux fonctions de juges consulaires ou bien s'il fallait plutôt former les juges élus. A cette question, les auteurs du rapport ont répondu que l'élection qui fonde la liberté d'accès aux fonctions de juges consulaires postule que l'Etat ne s'implique pas dans la formation des candidats aux fonctions de juges consulaires. La légitimité par l'élection constitue donc l'obstacle à la formation par l'Etat des candidats aux fonctions de juges consulaires²⁵⁰⁷.

1525. Pour ce qui est en revanche de la formation des juges consulaires élus, les auteurs du rapport estiment que la crédibilité de la justice consulaire postule que l'Etat s'implique dans cette formation. En effet, selon le rapport, l'Etat est garant envers les citoyens de la qualité de la justice rendue quelle que soit la nature de la juridiction en cause et doit, dès lors, être responsable de la formation des juges qui

²⁵⁰⁵ V. Rapport sur la formation des juges consulaires, Commission « qualité de la justice civile », www.justice.gouv.fr. Ce rapport a été élaboré par Gilbert AZIBERT-Natalie FRICERO-Serge GUINCHARD.

²⁵⁰⁶ Rapport précité, p. 3.

²⁵⁰⁷ Rapport précité, p. 5.

rendent cette justice, au-delà de la diversité de leur mode de recrutement²⁵⁰⁸. A cet égard, la responsabilité de l'Etat doit être conforme aux exigences européennes²⁵⁰⁹ et constitutionnelles²⁵¹⁰. En dépit de la spécificité des juges consulaires en ce qu'ils sont élus, ces données leur sont transposables en termes de qualité de la justice rendue. Ces exigences de compétence et de capacité à juger impliquent que, ce que l'élection n'a pu faire, la formation le réalise sous la responsabilité de l'Etat qui doit garantir une bonne justice, indépendante et impartiale²⁵¹¹.

1526. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, c'est bien l'Etat qui sera condamné par la Cour européenne des droits de l'homme en cas de manquement de l'un quelconque de ses juges de carrière ou non, à ses obligations²⁵¹².

1527. Il en résulte que la formation des juges consulaires n'est pas seulement une exigence mise à la charge de l'Etat, mais également un droit pour ces juges qui, à l'identique de ceux qui font métier d'exercer des fonctions publiques au profit de l'Etat²⁵¹³, doivent bénéficier d'un droit à la formation²⁵¹⁴. Un tel droit est d'autant plus justifié que, ne pouvant être soumis, du fait de leur mode de recrutement par l'élection, à une restriction de candidature fondée sur leur inexpérience en matière juridique, ou leur inaptitude à juger, les juges consulaires sont en droit d'exiger de l'Etat que leur formation soit assurée postérieurement à leur élection, ne serait-ce que pour éviter d'être mis en cause par les justiciables dans l'exercice défailant de leur mission juridictionnelle.

1528. S'agissant de la seconde préoccupation liée à la question de savoir qui doit former les juges consulaires, le choix s'est posé entre une Ecole autonome de formation des juges consulaires et l'Ecole Nationale de la Magistrature. Pour le groupe de travail sur la formation des juges consulaires, l'unité du service public de

²⁵⁰⁸ Ibid, p. 8.

²⁵⁰⁹ Le Conseil de l'Europe se préoccupe en effet de la crédibilité de la justice perçue sous l'angle de la compétence juridique et de la capacité à juger de ses membres puisqu'il a élaboré en juillet 1998 une « *Charte européenne sur le statut des juges* ».

²⁵¹⁰ Le Conseil constitutionnel français a toujours été vigilant sur les conditions générales de recrutement des juges lorsque la question lui a été posée pour d'autres catégories de juges que les juges consulaires, notamment pour les Magistrats qui appartiennent au corps judiciaire ou pour ceux qui, sans appartenir à ce corps, aspirent à en exercer les fonctions à titre temporaire. Elle a rendu à cet effet plusieurs décisions qu'il serait fastidieux d'énumérer ici.

²⁵¹¹ Rapport précité, p. 11.

²⁵¹² Tel a été le cas dans l'affaire *Laine C / France*, jugée le 17 janvier 2002, à propos d'un juge commissaire désigné dans une procédure collective et resté inactif pendant plus de 10 ans, V. CEDH, 17 janv.2002, *Laine C/ France* req. n°41476/98.

²⁵¹³ Loi n°83-633 du 13 juillet 1993 portant statut des fonctionnaires et décret d'application n°85-607 du 14 juin 1985.

²⁵¹⁴ Rapport précité, p.11.

la justice postulait la compétence de l'Etat²⁵¹⁵. Sans nier totalement le concept avancé d'un « *service public de la justice économique* » dont relèveraient les juridictions consulaires, le groupe de travail a souligné avec pertinence que les juridictions consulaires sont intégrées dans un service public de la justice qui est un²⁵¹⁶. Pour s'en convaincre d'avantage, il suffit de rappeler que l'article L.411-1 du Code judiciaire énonce que « *les tribunaux de commerce sont des juridictions du premier degré (...)* ». Il n'y a pas deux services publics de la justice, l'un économique et l'autre pour les autres types de contentieux, mais « *un service public de la justice dont font partie intégrante les tribunaux de commerce* ». Par ailleurs, et selon les auteurs du rapport sur la formation des juges consulaires, s'engager dans la voie de la création d'une école spécifique de formation des juges consulaires reviendrait à la fois à rompre la coopération existante entre l'Ecole Nationale de la Magistrature et l'institution consulaire, engager des dépenses de fonctionnement plus élevées que si l'on s'appuyait sur une structure existante, instaurer un système anachronique dès lors que l'on créerait une école pour les professionnels qui, par définition n'ont pas le temps d'aller à l'école²⁵¹⁷.

1529. Pour toutes ces raisons, le groupe de travail, après avoir au préalable relevé que la mission juridictionnelle des juges consulaires est identique à celle des autres juges professionnels²⁵¹⁸, et qu'il appartient dès lors à l'Etat de prendre en charge leur formation comme il le fait pour les juges professionnels, a conclu que l'Ecole Nationale de la Magistrature (ENM), « *gardienne de la mission juridictionnelle des juges* » était mieux indiquée pour assurer la formation des juges consulaires.

Cependant, a souligné le groupe de travail, confier la formation des juges consulaires à l'Ecole Nationale de Magistrature ne saurait signifier exclure toute participation de la justice consulaire à cette formation. En effet, « *si le service public de la justice est*

²⁵¹⁵ Rapport précité, p.15.

²⁵¹⁶ Rapport précité, p.16.

²⁵¹⁷ Ibidem.

²⁵¹⁸ Pour le groupe de travail sur la formation des juges consulaires, c'est le même droit matériel qui est appliqué devant les tribunaux de commerce, devant les Cours d'Appel et devant la Cour de cassation et par certains tribunaux de Grande Instance, lorsqu'ils se substituent à un Tribunal de commerce ou lorsqu'ils appliquent la réglementation des procédures collectives aux associations à vocation commerciale ; ce sont les mêmes principes du droit des obligations, des biens, des sûretés etc... que les juges consulaires appliquent ; ce sont les mêmes principes et règles de procédure tirés du Code de procédure civile français que les juges consulaires appliquent (par exemple, principe du contradictoire, rédaction et motivation des jugements) ; c'est le même encadrement procédural par les principes tirés de la Convention européenne des droits de l'homme qui régit la procédure suivie devant les tribunaux de commerce ; c'est la même structure d'organisation et de fonctionnement qui vaut pour les tribunaux de commerce et pour les autres juridictions : des juges du siège, un greffier, l'intervention d'un représentant du Parquet.

un, il n'est pas uniforme et la plus grande souplesse doit régner à la mise en œuvre de cette formation des juges en association étroite avec l'institution consulaire »²⁵¹⁹.

1530. Sur la troisième préoccupation portant sur les modalités de formation des juges consulaires, le groupe de travail a, dans son rapport, dégagé les grands principes directeurs de la formation des juges consulaires applicables aussi bien à la formation initiale qu'à la formation continue. Ces principes intègrent notamment le caractère bénévole des fonctions des juges consulaires déjà fort occupés par ailleurs et la nécessité de réduire par l'enseignement de règles communes de procédures, les divergences de pratiques judiciaires. Ces principes sont : la proximité de la formation, l'homogénéisation des pratiques, un large appel à la mixité des équipes de formation, des orientations générales plus que des normes impératives.

1531. S'inspirant vraisemblablement des suggestions contenues dans le rapport du groupe de travail sur la formation des juges consulaires, les pouvoirs publics ont créé depuis janvier 2009 au sein de l'Ecole Nationale de Magistrature dont la compétence a été élargie par décret du 22 septembre 2004 à la formation des juges consulaires, un département des formations professionnelles spécialisées. Ce département dispense la formation des juges ne relevant pas du statut de Magistrat professionnel²⁵²⁰ et de certains collaborateurs de justice²⁵²¹.

1532. L'Ecole Nationale de la Magistrature et la Conférence Générale des juges consulaires de France offrent depuis lors, des formations de qualité conçues spécialement pour les juges consulaires²⁵²². Il ya d'abord une formation initiale obligatoire destinée aux juges nouvellement élus²⁵²³ qui se déroule sur des sites régionaux regroupant plusieurs Cours d'Appel et qui est dispensée par des équipes de formateurs et de juges professionnels. Il y a ensuite une formation continue²⁵²⁴ organisée en colloques ou groupes de travail interactifs²⁵²⁵. Les sessions de formation continue sont dispensées par des intervenants de haut niveau : professeurs de droit,

²⁵¹⁹ Rapport précité, p.20.

²⁵²⁰ Sont concernés ici les juges consulaires et les Juges de proximité.

²⁵²¹ Sont concernés ici les conciliateurs de justice et les délégués du Procureur.

²⁵²² Ces formations se déroulent en province comme à Paris.

²⁵²³ Cette formation se compose de 08 modules de 1 à 2 jours sur une période de 1 an.

²⁵²⁴ Chaque année 30 à 40 formations sont proposées, v.www.formation-juges-consulaires.org.

²⁵²⁵ Cette formation continue est certes destinée à titre principal aux juges consulaires, mais des Magistrats professionnels, Avocats et Greffiers peuvent y prendre part.

Avocats, hauts-Magistrats, juges consulaires,... Il convient par ailleurs de souligner que la Conférence Générale des juges Consulaires de France a mis à la disposition des juges consulaires un « *extranet de formation* »²⁵²⁶.

1533. Seule une évaluation ultérieure objective de la mise en œuvre du dispositif de formation des juges consulaires ainsi mis en place en France permettra en matière de prévention et de traitement judiciaire des difficultés d'entreprises, de mesurer son impact réel sur la qualité des prestations fournies et, notamment, sur la qualité des décisions rendues en rapport particulièrement avec la prévention et le traitement des difficultés des entreprises. Précision doit cependant être faite que l'un des principaux critères d'appréciation d'une telle qualité est l'impartialité des juges appelés à rendre ces décisions.

2. La recherche de solutions à l'exigence d'impartialité du juge de l'entreprise en difficulté

1534. Il a déjà été relevé que la composition de la juridiction commerciale en France est de nature à poser des problèmes d'impartialité du fait de la proximité des juges élus avec les justiciables²⁵²⁷. En effet, élus par un collège électoral de grands électeurs composé notamment de délégués consulaires élus par les entreprises ou désignés par les chambres de commerce et d'industrie, des juges consulaires et des membres des chambres de commerce et d'industrie, ainsi que des anciens juges consulaires de commerce et d'industrie, les juges consulaires sont exposés à des risques de conflits d'intérêts de nature à remettre en cause l'impartialité de la justice commerciale .

1535. Certes, il existe un cadre déontologique de l'activité des juges consulaires défini notamment par des dispositions du Code de l'organisation judiciaire ouvrant des sanctions disciplinaires en cas de manquement « *à l'honneur, à la probité, à la dignité et au devoir* » du juge consulaire²⁵²⁸, des dispositions spécifiques aux

²⁵²⁶ V. www.enm-juges-consulaires.org. L'accès exclusivement réservé aux juges consulaires est protégé par un identifiant et un mot de passe.

²⁵²⁷ Supra n° 1438 et s.

²⁵²⁸ Code de l'organisation judiciaire, articles L.414-1 et L.731-1.

procédures collectives²⁵²⁹, des dispositions du Code de procédure civile en matière d'abstention, de récusation et de renvoi à une autre juridiction²⁵³⁰.

1536. Il s'avère cependant à la lumière des différents rapports sur le fonctionnement des tribunaux de commerce que ce dispositif s'est avéré insuffisant quant à la garantie de l'impartialité du juge de l'entreprise en difficulté. Il a fallu dès lors recourir à de nouvelles pistes de réflexion, lesquelles ont conduit à l'adoption de solutions susceptibles d'apporter des réponses adéquates à la problématique ainsi posée. Il en va notamment ainsi de la réécriture de la carte judiciaire des juridictions consulaires²⁵³¹. En effet, la suppression depuis le 1^{er} janvier 2009 d'un grand nombre de tribunaux de commerce, particulièrement dans les zones rurales est de nature à tempérer la « *proximité à la fois géographique et sociologique* » susceptible de constituer un handicap sérieux à l'indépendance et à l'impartialité du juge de l'entreprise en difficulté.

1537. Mais, de manière plus spécifique, les solutions idoines au problème de l'impartialité du juge en France peuvent être perçues à travers deux mesures envisagées dont l'une acceptée (a) et l'autre refusée (b).

a) La modification du statut des juges consulaires : la solution acceptée

1538. Dans le but de renforcer l'impartialité de la justice consulaire, les pouvoirs publics français ont envisagé la mise en place d'un véritable statut du juge consulaire s'articulant autour d'un certain nombre d'idées maîtresses ce, en marge de la formation technique et déontologique organisée à l'Ecole Nationale de la Magistrature.

1539. Il y a d'abord la création de nouvelles règles d'incompatibilité²⁵³² et l'institution de dispositions visant à empêcher toute interférence entre les fonctions

²⁵²⁹ L'article 78 du Code de commerce institue une prohibition particulière quant à l'acquisition directe ou indirecte des biens du débiteur par « *toute personne ayant participé à un titre quelconque à la procédure* ». Cette disposition vise également les juges consulaires.

²⁵³⁰ Cf. Code de procédure civile, articles 339, 340, 341 et 356.

²⁵³¹ Supra, n°1181 et s.

²⁵³² Des projets de loi relatifs au cumul des mandats adoptés en première lecture par l'Assemblée Nationale en mai 1998 avaient institué des incompatibilités entre d'une part les fonctions de Maire et de Président de Conseil général de celles du juge de Tribunal de commerce et, d'autre part, le mandat de député et les fonctions de juge de Tribunal de commerce.

juridictionnelles et l'exercice d'une activité professionnelle ou de mandats judiciaires.

1540. Il y a ensuite l'obligation pour les juges consulaires de souscrire une déclaration des intérêts économiques au moment de leur élection et de leur entrée en fonction. L'idée ici est d'éviter des conflits d'intérêts dans les affaires dont sont appelés à connaître les juges consulaires ou auprès des justiciables.

1541. Outre le renforcement des règles disciplinaires afin d'assurer l'effectivité des poursuites contre les juges et les anciens juges consulaires, Il y a enfin la modification du régime électoral des juges consulaires dans le sens d'un élargissement du bassin électoral, évitant ainsi, par voie de conséquence, une trop grande proximité des intérêts locaux.

1542. A côté de cette modification du statut des juges consulaires, l'échevinage, s'il avait été admis, aurait dû également être une solution appropriée au problème de l'exigence d'impartialité du juge de l'entreprise en difficulté.

b) L'échevinage : la solution refusée

1543. Cette affirmation a déjà été soutenue : le premier avantage de l'échevinage est la garantie d'impartialité du Tribunal²⁵³³. Pour certains auteurs, le système de l'échevinage permet de rendre une justice « *plus dégagée des contingences locales* » auxquelles des juges désignés par élection risquent de ne pas être indifférents²⁵³⁴. Ce système permet ainsi de « *déprofessionnaliser* » partiellement une juridiction appelée à connaître des dossiers dans lesquels sont engagés non seulement les intérêts des commerçants, mais également ceux des salariés et de la collectivité²⁵³⁵.

1544. Pourtant, en dépit des avantages que présente le système de la mixité au regard de l'exigence d'impartialité du juge de l'entreprise en difficulté, celui-ci constitue, comme le relève fort bien un auteur, « *une véritable tarte à la crème de toute*

²⁵³³ Supra, n°1419 et s.

²⁵³⁴ R.HOUIN et M.PEDAMON, Droit commercial, Dalloz 9^e éd., n°2a, p. 42.

²⁵³⁵ R.HOUIN et M. PEDAMON, op.cit. p.42

proposition de réforme des juridictions consulaires »²⁵³⁶. En effet, toute proposition relative à la mise en place de ce système s'est toujours heurtée à l'opposition farouche des juges consulaires²⁵³⁷ qui ont considéré une telle initiative comme une marque de défiance. Plusieurs arguments sont avancés par eux pour justifier une telle résistance. D'abord, l'échevinage équivaldrait à les décharger de leur responsabilité et à s'en remettre aux magistrats professionnels. Ensuite, le taux de réformation en appel de leurs décisions n'est pas supérieur à celui qu'enregistrent les jugements rendus par les tribunaux de Grande Instance. Enfin, l'exercice de leurs fonctions s'enrichit de leur expérience professionnelle, de leur pratique de la vie des affaires, de leur connaissance des usages... tout en rappelant au passage que leur service, depuis l'origine est désintéressé. Dans le même sens, la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris a estimé que le système de l'échevinage, « *aboutirait à transformer les juges commerciaux en « assesseurs » et plus tard en « spectateurs »*. *Son introduction constituerait ainsi le premier pas vers la suppression de la juridiction commerciale* »²⁵³⁸.

1545. En dépit des recommandations faites dans le rapport d'enquête parlementaire sur le fonctionnement des tribunaux de commerce d'instituer auprès de ceux-ci le système d'échevinage sous plusieurs options possibles en raison de nombreux avantages qu'il présente²⁵³⁹, l'on peut affirmer que cette idée a été abandonnée, certainement pour longtemps, faute de consensus ainsi que la réforme qui devrait s'en suivre, laquelle, selon même un membre du Gouvernement²⁵⁴⁰ « *reposait sinon sur la négation, du moins sur l'absence de reconnaissance de la spécificité de la juridiction consulaire* »²⁵⁴¹.

1546. Les pouvoirs publics se sont plutôt contentés de réserver la connaissance de certaines affaires aux grandes juridictions consulaires et d'élargir le recrutement des

²⁵³⁶ O. DUFOUR, « *Reforme des tribunaux de commerce, ou l'on reparle d'échevinage...* », Les Petites Affiches, n°87 du 22 juillet 1998.

²⁵³⁷ Déjà en 1983, la tentative de Me Robert BADINTER, alors Ministre de la justice d'instituer le système de l'échevinage au sein des tribunaux de commerce, s'était soldée par un échec, les juges des tribunaux de commerce ayant brandi la menace d'une démission collective.

²⁵³⁸ Rapport d'enquête parlementaire COLCOMBET op.cit, p.281.

²⁵³⁹ Ibid, p. 284 et s.

²⁵⁴⁰ Renonçant ainsi aux initiatives prises par ses prédécesseurs.

²⁵⁴¹ Propos de M. Dominique PERBEN, alors Garde des Sceaux en date du 22 novembre 2002 dans son discours prononcé devant la Conférence Générale des Tribunaux de Commerce (CGTC), v. Les Echos judiciaires Girondins, journal n°4896 du 10 décembre 2002.

juges en ouvrant le collège électoral qui désigne les délégués²⁵⁴² consulaires aux cadres salariés exerçant les fonctions de direction commerciale, technique ou administrative dans les entreprises. Mieux, avec la modification de la carte des tribunaux de commerce depuis le 1^{er} janvier 2009 caractérisée d'une part par l'extension à tout le territoire français de la compétence des juridictions consulaires et, d'autre part, par le transfert de la compétence commerciale des tribunaux de Grande Instance aux Tribunaux de commerce, l'on peut affirmer qu'il y a là, à quelques exceptions près²⁵⁴³, la consécration d'une composition exclusive des juges élus non professionnels au sein des juridictions consulaires et une reconnaissance supplémentaire de leur spécificité, laquelle demeure cependant sans incidence sur les réponses apportées aux préoccupations relatives aux mandataires de justice qui y sont désignés et dont le statut a dû également être réécrit.

3. La réécriture du statut des mandataires de justice

1547. La profession de mandataire de justice qui regroupe en France les deux métiers d'administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire est née de la disparition en 1985 de la profession de syndic. Elle a connu une évolution spectaculaire au Cours des deux dernières décennies sous l'impulsion de nombreuses réformes législatives et réglementaires et de la prise en compte d'une forte évolution des attentes du milieu économique.

1548. L'environnement juridique des mandataires de justice a, en effet, connu de profondes modifications à travers l'entrée en vigueur de deux textes fondamentaux : la loi n°2003-7 du 03 janvier 2003 modifiant, le livre VIII du Code de commerce, qui réforme le statut des mandataires de justice et la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

1549. Les principales préoccupations relatives aux mandataires de justice et en rapport avec le sauvetage des entreprises en difficulté trouvent des réponses dans ce dispositif législatif à travers deux impératifs. D'une part, l'exigence de conditions

²⁵⁴² M.HOUIN et M. PEDAMON, op. cit, n° 29, p.42.

²⁵⁴³ V. supra, n°1192. pour les régimes particuliers ou existe le système d'échevinage

rigoureuses de moralité et d'aptitude pour l'accès à la profession ainsi que la quête de spécialisation (a). D'autre part, le renforcement des contrôles et de la discipline exercés sur ces professionnels (b).

a) L'exigence de conditions rigoureuses de moralité et d'aptitude et la quête de spécialisation

1550. Pour accéder à la profession et être inscrits sur les listes, les mandataires de justice français doivent répondre à des conditions très strictes d'aptitude et de moralité²⁵⁴⁴.

1551. Au plan de l'aptitude, pour devenir mandataire de justice en France, il faut être titulaire au minimum d'un diplôme sanctionnant un deuxième cycle d'enseignement supérieur²⁵⁴⁵. En plus de ces exigences, les candidats aux fonctions d'administrateur judiciaire ou de mandataire judiciaire doivent passer²⁵⁴⁶ l'examen d'inscription au stage professionnel et accomplir à temps complet et de manière continue, un stage de trois ans au moins et six ans au plus²⁵⁴⁷. Ce stage est préalable au passage de l'examen professionnel particulièrement sélectif auquel ne sont reçus chaque année que de très rares candidats²⁵⁴⁸.

1552. Il est à relever que la Commission d'inscription sur la liste des administrateurs peut procéder à la dispense de certaines personnes d'une partie de l'examen professionnel²⁵⁴⁹. Cependant, compte tenu de la sélectivité de l'examen professionnel, une telle dispense doit faire l'objet de toutes les attentions. Il a ainsi été jugé que la dispense accordée à un Avocat ayant au moins cinq ans d'ancienneté ne peut porter que sur la partie juridique de l'examen et non sur l'examen tout entier²⁵⁵⁰. Il a spécialement été jugé qu'un ancien Avocat ne pouvait, en cette qualité, être dispensé

²⁵⁴⁴ B. SOINNE, Les mandataires de justice, Litec, 2003, et RPC. 2004.305 et 2005.1.

²⁵⁴⁵ Décret n°85-1389 du 27 décembre 1985, articles 4 et 36, renvoyant à l'article 4. Il peut s'agir d'une Maîtrise ou d'un Master en droit, en sciences économique ou de gestion, d'un diplôme des Ecoles supérieures de commerce et de gestion, d'un DEA en droit ou en gestion etc...

²⁵⁴⁶ Et cela au maximum trois fois, v. D. n°85-1389, article 4-1, alinéa 2 et 36-1, réd. Décret n°2004-518, du 10 juin 2004, articles 9 et 34.

²⁵⁴⁷ D. 27 déc.1985, articles 6 et 38, réd. Décret n°2004, articles 10 et 36.

²⁵⁴⁸ P-M LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, op. cit., n°351.41, p.473.

²⁵⁴⁹ D. n° 85-13,89 du 27 décembre 1985, articles 13 et 45, réd. Décret n°2004-518 du 10 juin 2004, articles 16 et 43

²⁵⁵⁰ C-A. Paris, 1^{ère} ch., F. 29 mai 2002, Gaz Pal, 9-11 juin 2002, flash p.40.

de la partie comptable de l'examen²⁵⁵¹. Pour accorder une telle dispense, le Conseil National des Administrateurs judiciaires et des Mandataires judiciaires doit être consulté, bien qu'il ait été jugé que l'absence de consultation ne saurait entraîner la nullité de la décision²⁵⁵².

1553. Au plan de la moralité, il est exigé des candidats aux fonctions d'administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire de n'avoir pas commis des faits contraires à l'honneur ou à la probité ayant donné lieu à une condamnation pénale²⁵⁵³ ou à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, de radiation, de révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation²⁵⁵⁴. Par ailleurs, les intéressés ne doivent pas être frappés de faillite personnelle ou d'une des mesures de déchéance ou d'interdiction prévues par les législations sur les procédures collectives, qu'il s'agisse de celles issues du Code de commerce, de la loi du 25 janvier 1985 ou de celle du 13 juillet 1967²⁵⁵⁵.

1554. En ce qui concerne la quête de spécialisation, il suffit de rappeler que la principale innovation des textes de 1985 a consisté à créer deux corps de professionnels : les administrateurs judiciaires et les mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises. La loi du 03 janvier 2003 viendra par la suite adapter une nouvelle fois la terminologie applicable aux liquidateurs, ne désignant plus ceux-ci sous le vocable de « *mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises* » né de la loi du 31 décembre 1999, mais plutôt sous l'expression de « *mandataires judiciaires au redressement et à la liquidation des entreprises* ». La loi de 2005 est venue simplifier cette terminologie, réduisant la dénomination au vocable de « *mandataires judiciaires* ».

1555. En dépit des inconvénients déjà relevés et liés à cette diversification des mandats de justice dans le système français²⁵⁵⁶, celui-ci système a tout au moins le mérite de la clarification et de la spécialisation des mandataires de justice. En effet, en érigeant en principe la dualité des professions comme des fonctions, la réforme

²⁵⁵¹ C-A Douai, 29 avr 2002, Rev.proc.coll.2003, P.114, n°3, obs. SOINNE.

²⁵⁵² CA Metz, 1^{ère} ch., 20 juin 1999, Rev. Proc. Coll.2003, p. 113, n°2, obs.crit. B.SOINNE.

²⁵⁵³ Code de commerce, articles L. 811-5, 2° et L.812-3, 3°.

²⁵⁵⁴ Ibid, articles L. 811-5, 3° et L. 812-3, 3°.

²⁵⁵⁵ Ibid, articles L.811-5, 4° et L.812-3, 4.

²⁵⁵⁶ Supra, n°1487.

française relative au statut des mandataires de justice a donné naissance à deux corps de spécialistes formés pour remplir des fonctions différentes²⁵⁵⁷.

1556. L'incompatibilité des fonctions d'administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire apparaît ainsi comme le corollaire de la spécialisation voulue par le législateur français. Le professionnel ayant le statut d'administrateur judiciaire ne peut également avoir celui de mandataire judiciaire et réciproquement. Le professionnel ayant opté pour l'un des statuts ne saurait être désigné par une juridiction aux fonctions liées à l'autre profession. L'incompatibilité légale entre les deux professions est telle que, un professionnel exerçant les fonctions de mandataire judiciaire, ayant été admis à s'inscrire sur la liste des administrateurs judiciaires sous condition suspensive de son retrait préalable de la liste des mandataires judiciaires, ne peut se faire autoriser par le Tribunal à conserver les dossiers de mandataire judiciaire. Selon la Cour d'Appel de Paris, l'octroi d'une telle autorisation aurait *« pour conséquence de créer les conditions d'un exercice professionnel contraire à une disposition d'ordre public, et, en toute hypothèse, de porter atteinte au principe de la séparation des professions d'administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire »*²⁵⁵⁸.

1557. La loi va même plus loin en matière d'incompatibilité dans la mesure où elle interdit également à l'administrateur judiciaire ou au mandataire judiciaire, l'exercice de toute autre profession. Elle interdit également à ces professionnels d'avoir la qualité d'associé en nom ou de dirigeant social sous quelques réserves²⁵⁵⁹. A titre d'exception à la règle, la loi permet que les administrateurs judiciaires puissent également exercer les fonctions d'Avocat²⁵⁶⁰, ce qui peut d'ailleurs poser problème lorsque la personne concernée se présente dans la même affaire avec des casquettes différentes²⁵⁶¹. En revanche, la compatibilité de la profession de mandataire judiciaire avec celle d'Avocat n'a pas été admise²⁵⁶².

²⁵⁵⁷ A LEIHARD, Sauvegarde des entreprises en difficultés, op. cit. n°835, p.114.

²⁵⁵⁸ CA PARIS, 3^e ch.A, 16 mai 2006, Gaz. Proc.Coll.2006/4, p. 16, note ch. BIDAN.

²⁵⁵⁹ Sur le détail de la question, V. Code de commerce, articles L.811 et L.812-8.

²⁵⁶⁰ Code de commerce, article L. 811-10.

²⁵⁶¹ V. com., 26 nov.2002, rev.proc.coll.2003, p. 116, n°5, obs. B.SOINNE.

²⁵⁶² La solution a le mérite d'empêcher des pratiques curieuses pour un mandataire judiciaire d'être représenté par lui-même en tant qu'Avocat avec ce que cela pourrait poser comme problème au niveau de la détermination de la juste rémunération de l'Avocat.

1558. Cependant, en dépit de cette séparation complète entre elles et la spécialisation qui en résulte, les fonctions d'administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire sont réglementées par de nombreuses dispositions communes applicable à l'ensemble des mandataires de justice. Il en va notamment ainsi des dispositions relatives au contrôle et à la discipline, lesquelles ont fait l'objet d'un renforcement à la faveur des dernières réformes.

b) Le renforcement des contrôles et de la discipline

1559. Le constat général est que, en raison des enjeux en présence, un important dispositif législatif et réglementaire a été mis en place de manière à aboutir à l'institution de multiples cadres de contrôles susceptibles de donner lieu, en théorie, à des sanctions disciplinaires conséquentes à l'encontre des mandataires fautifs appartenant aux deux corps de spécialistes concernés.

1560. Le premier contrôle et le plus important, repose sur l'intervention du juge tout au long de la procédure. Depuis 1838 en effet, les syndics ont cessé d'être désignés par les créanciers pour l'être par le Tribunal, d'où l'expression de la volonté du législateur français d'assurer un contrôle judiciaire des procédures collectives. C'est bien le juge qui a seul autorité pour prendre les décisions les plus importantes. C'est notamment le juge ou le Tribunal, selon les cas, qui autorise la poursuite de l'activité de l'entreprise dans le but d'organiser son sauvetage ou sa liquidation, qui décide de sa cession à un éventuel repreneur, arrête un plan de continuation, autorise les ventes d'actifs etc... c'est également le juge qui contrôle l'application du tarif fixé par la loi et c'est auprès du juge que les mandataires de justice rendent leurs comptes à l'issue de leur mission.

1561. A côté de ce contrôle judiciaire, existent des contrôles externes. Ainsi, administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires sont placés sous le contrôle du Ministère Public. Ils font l'objet d'inspections qui ont été renforcées par le décret du

28 décembre 1998²⁵⁶³. Un arrêté du 6 juin 2003²⁵⁶⁴ précise l'étendue minimale des vérifications à effectuer.

1562. Par ailleurs, le Président du Conseil National des Administrateurs Judiciaires et des Mandataires judiciaires, le Ministère public, le Ministre de la justice, les Commissaires du Gouvernement, certains Magistrats inspecteurs et le Magistrat coordonnateur peuvent, en outre, à tout moment, déclencher un contrôle²⁵⁶⁵ occasionnel dont le déclenchement est arbitraire, faute de critère²⁵⁶⁶, lequel contrôle peut être inopiné²⁵⁶⁷. Lorsque les contrôleurs découvrent des irrégularités tenant à la gestion et à la représentation des fonds, titres, effets et autres valeurs détenus pour le compte des tiers, ils doivent en aviser immédiatement certaines autorités dont le Procureur de la République et le Président du Conseil National des Administrateurs Judiciaires et des Mandataires Judiciaires²⁵⁶⁸. Les contrôleurs doivent, dans les deux mois de la fin des opérations de contrôle, établir un projet de rapport qu'ils font parvenir au professionnel contrôlé. Celui-ci a alors un mois pour présenter ses observations, à la suite de quoi, les contrôleurs établissent un rapport définitif aux autorités mentionnées ci-dessus²⁵⁶⁹. Afin d'éviter des complaisances dans les contrôles, la négligence ou l'incapacité dans l'accomplissement des contrôles est passible de poursuites disciplinaires²⁵⁷⁰.

1563. Au plan interne, la loi du 03 janvier 2003 a donné au Conseil National la prérogative de saisir lui-même les commissions nationales de discipline et d'inscription, ce qu'il n'avait pas la faculté de faire auparavant. Le Conseil National regrette cependant, à la lumière de l'expérience de ces dernières années, de ne pas disposer du pouvoir de contrôler les entrées et les sorties de la profession du fait notamment de la composition de la Commission Nationale d'Inscription et de Discipline qui est de douze membres dont trois seulement sont des professionnels²⁵⁷¹.

²⁵⁶³ Sur la question, v. M. OLIVIER, « Nouvelles mesures de renforcement du contrôle administratif et financier des administrations judiciaires et des mandataires de justice à la liquidation des entreprises », Gaz. Pal.4/8 avr.1999.

²⁵⁶⁴ JO 31 juil.2003, D.13054 ; JCP E 2003, p. 1356, n°238 ; REV.pro.coll.2003, p.255.

²⁵⁶⁵ D. n°85-1389, 27 déc.1985, articles 54-16 à 54-22, 55 à 57.

²⁵⁶⁶ 13. B. SOINNE, « Les dispositions nouvelles relatives au statut des mandataires de justice (accès et exercice des professions, tarification et exécution de certaines tâches par des tiers) », Rev.proc.coll.2005/1, sp.p 57.

²⁵⁶⁷ D.27. déc.1985

²⁵⁶⁸ D. n°85-1389, article 54-22, alinéa 1.

²⁵⁶⁹ Ibid, article 54-22, alinéas 2 et 3.

²⁵⁷⁰ Ibid, article 54-23.

²⁵⁷¹ V. « Les mandataires de justices, Administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires, une profession, deux métiers », in www.ajmj.fr.

1564. Il existe également depuis le décret n°2004-518 du 10 juin 2004²⁵⁷², un contrôle tous les trois ans dont fait l'objet les professionnels. Ce contrôle est effectué par deux autres professionnels et un commissaire aux comptes. Ce contrôle porte à la fois sur la qualité²⁵⁷³ et sur la régularité financière et la représentation des fonds. Il semble bien que ces contrôles « *constituent un élément essentiel de la garantie du sérieux de la profession* » et que « *leur rigueur et leur pertinence ont permis de sanctionner ou de radier plusieurs professionnels dont le comportement était répréhensible* »²⁵⁷⁴.

1565. Les différents contrôles effectués peuvent effectivement donner lieu à des sanctions d'ordre disciplinaire²⁵⁷⁵. Les sanctions disciplinaires peuvent être fondées sur des contraventions aux lois et règlements, des infractions aux règles professionnelles et tout manquement à la probité ou à l'honneur, se rapportant ou non à l'exercice professionnel²⁵⁷⁶. La faute disciplinaire peut être commise dans le cadre d'une mission de commissariat au plan. Il en est ainsi du manquement au dépôt du rapport au Président du Tribunal sur le défaut d'exécution du plan de cession que ne peut suppléer le dépôt des états trimestriels²⁵⁷⁷, alors surtout que l'inexécution du plan peut ne pas être d'ordre financier²⁵⁷⁸.

1566. L'action disciplinaire est engagée par le Ministre de la justice, le Président du Conseil National des Administrateurs Judiciaires et Mandataires Judiciaires, le Commissaire du Gouvernement ou le Procureur de la République du ressort de la juridiction dans lequel est établi le professionnel, étant entendu que la démission du professionnel mis en cause ne fait pas obstacle aux poursuites disciplinaires²⁵⁷⁹.

²⁵⁷² Article 56 du décret n° 2004-518 du 10 juin 2004.

²⁵⁷³ Vérification de la réalisation des diligences minimales relevant des missions confiées aux professionnels et sur la régularité financière et la représentation des fonds.

²⁵⁷⁴ « *Les mandataires de justice...* », op. cit, www.ajmj.fr

²⁵⁷⁵ Pour les règles relatives à la discipline des administrateurs et des mandataires à la liquidation, v. les articles 22 à 23 et 52 à 54 du D. n°05-1389, en dernier lieu modifié par le D. n°2004-518 du 10 juin 2004 (articles 22 à 29) et 47 et par l'article R .661-8 du Code de commerce.

²⁵⁷⁶ Code de commerce, articles L.811-12-A et L.812-9, renvoyant, pour les mandataires judiciaires aux dispositions intéressant les administrateurs.

²⁵⁷⁷ Com., 8 juill.2003, bull.civ.IV, n°125; JCP E.2004. chron. 151, p.175, n°6 obs-M.CABRILLAC

²⁵⁷⁸ M.CABRILLAC, note sous com. 8 juil.2003, Bill. Civ 175, n°6.

²⁵⁷⁹ Code de commerce, articles L.811-12, alinéa 1 et L.812-9, renvoyant à l'article L.811-12, alinéa 1.

1567. Les sanctions²⁵⁸⁰ prescriptibles par dix ans, sont : l'avertissement, le blâme, l'interdiction temporaire pour trois ans maximum ou la radiation²⁵⁸¹. Prises par la Commission d'Inscription et de Discipline, ces sanctions sont susceptibles de recours dans le délai d'un mois devant la Cour d'appel²⁵⁸². S'agissant des administrateurs judiciaires, une compétence exclusive avait été donnée à la Cour d'Appel de Paris, solution maintenue par le décret du 10 juin 2004 et étendue aux mandataires judiciaires²⁵⁸³.

1568. La Commission Nationale d'Inscription et de Discipline peut suspendre provisoirement de l'exercice de ses fonctions, le professionnel mis en cause²⁵⁸⁴. La suspension provisoire est prononcée soit par le Tribunal de Grande Instance saisi par le Procureur de la République, soit par le Président du Conseil National des Administrateurs judiciaires et des Mandataires judiciaires.

1569. Les actes accomplis au mépris d'une interdiction, d'une radiation ou d'une suspension peuvent être déclarés nuls sur requête de tout intéressé ou du Ministère public par le Tribunal, qui rend alors une décision exécutoire *erga omnes*²⁵⁸⁵.

1570. En définitive, au plan normatif, l'on constate qu'il existe en France une panoplie de règles destinées à l'encadrement des multiples contrôles effectués sur les mandataires de justice et partant, à asseoir la discipline qui s'impose pour atteindre l'objectif de sauvetage judiciaire des entreprises en difficulté. Le véritable problème se situe cependant au niveau de la mise en œuvre effective de ce dispositif. A cet égard, les conclusions du rapport parlementaire sur le fonctionnement des tribunaux de commerce n'incitent guère à l'optimisme et suggèrent plutôt une rupture entre la théorie et la pratique. A en croire en effet les conclusions de ce rapport, alors que les contrôles théoriques, aussi nombreux qu'approfondis devaient permettre d'encadrer des professions aux missions délicates, force est de constater que dans la réalité, « *la multiplication des affaires a révélé tout à la fois l'absence de responsabilité de la*

²⁵⁸⁰ Ibid, article, 811-14 et L.812-9, renvoyant à l'article L.811-14.

²⁵⁸¹ Ibid, articles L. 811-12, et L.812-9, renvoyant à l'article L.811-12.

²⁵⁸² D. n°85-1389, article 28-1.

²⁵⁸³ Dès lors que l'article 53 du décret du 27 décembre 1985 rend applicable pour ces derniers les dispositions .des articles 22 à 29-6 de ce même décret.

²⁵⁸⁴ Code de commerce, article L.811-13

²⁵⁸⁵ Ibid, article 811-15, alinéa 2 et L.812-9, renvoyant à cette disposition.

profession, l'inexistence d'une volonté forte de la part de la chancellerie de contrôler ces professionnels et les procédures collectives en général et la faiblesse de la culture économique et financière des parquets, mobilisés sur l'action pénale et malheureusement en panne de moyens »²⁵⁸⁶.

1571. Il n'est dès lors pas étonnant que certains aient vite fait de conclure que le mandat de justice délivré par les tribunaux aux mandataires est « *exploitable et exploité par les professionnels spécialisés* » en matière de procédures collectives. Il est utilisé au service de leur activité professionnelle et pour la « *prospérité* » de leurs cabinets (..) et non au service de l'administration de la justice et dans l'intérêt de la prévention ou du traitement des difficultés de l'entreprise, objets devenus très secondaires. »²⁵⁸⁷.

²⁵⁸⁶ Rapport COLCOMBET, op. cit.p.206.

²⁵⁸⁷ Ibid, p.219, propos tenus dans le cadre d'une audition par M. Maurice –Antoine LAFORTUNE, Avocat général à la Cour de cassation, ancien membre de la Commission Nationale d'Inscription et de Discipline des administrateurs judiciaires.

CONCLUSION GENERALE

1572. Au terme de notre étude, un constat général s'impose. Avec l'avènement de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif dans l'espace OHADA, le grand écart qui s'était creusé entre le droit des entreprises en difficulté français et le droit de la faillite en vigueur dans les pays africains appartenant à la Zone Franc au lendemain des indépendances s'est nettement resserré.

1573. En effet, le nouveau droit africain des procédures collectives s'est aligné sur le droit français en prenant en compte les besoins économiques et, plus précisément, en faisant coexister à côté de la finalité liée au paiement des créanciers, l'objectif de sauvegarde de l'entreprise au travers notamment des procédures de règlement préventif et de redressement judiciaire. Corrélativement, le rôle du juge s'est accru avec cependant une nouvelle forme d'intervention caractérisée par le caractère peu contentieux des procédures. Ce constat général laisse apparaître ainsi que le droit des entreprises en difficulté OHADA réaffirme la parenté des ordres juridiques français et africain qui s'était éloignée depuis l'époque des indépendances.

1574. De manière particulière, il est apparu qu'en droit africain, la non implication du juge dans la procédure ou sa trop grande présence peut, selon le cas, être un obstacle à la prévention des difficultés de l'entreprise et, partant, à sa sauvegarde. Il en va ainsi de la procédure d'alerte et du règlement préventif. La non implication du juge africain dans le déclenchement de la procédure d'alerte soustrait à cette procédure une dose d'efficacité significative dès lors qu'il n'est pas certain que les personnes internes à l'entreprise habilitées à déclencher cette procédure ont toujours les coudées franches pour le faire comme ce serait le cas pour l'autorité judiciaire. *A contrario*, l'intervention du juge dans le règlement préventif africain peut être néfaste à la sauvegarde de l'entreprise en difficulté aussi bien en raison de l'automatisme de la suspension des poursuites que de l'absence de confidentialité, la situation étant

différente en droit français tant dans le cadre du mandat ad hoc, de la conciliation que de la sauvegarde.

1575. Le rôle du juge quant à la détermination du sort de l'entreprise en état de cessation des paiements est redoutable aussi bien en droit africain qu'en droit français. Ce rôle est d'autant déterminant que, contrairement aux procédures à visée préventive dans lesquelles, la saisine du juge procède d'une démarche volontariste du débiteur, ici, non seulement le débiteur a l'obligation de procéder à la déclaration de cessation de ses paiements ou de déposer son bilan aux fins de saisine du Tribunal, mais encore, d'autres personnes ont la faculté de faire constater cette cessation des paiements. Le pouvoir ainsi reconnu aux juges africain et français de décider du devenir de l'entreprise par le choix entre soit une mesure de sauvetage, soit une mesure de dispersion de l'actif par voie de liquidation connaît cependant des limites.

1576. L'on a pu en effet observer que les « *pouvoirs exorbitants* » accordés aux créanciers dans les deux ordres juridiques au travers notamment du vote de concordat de redressement en droit de l'OHADA et du vote du plan de redressement par les comités de créanciers en droit français tempèrent largement les pouvoirs du juge quant à la détermination du sort de l'entreprise en difficulté. L'on objectera cependant à juste titre qu'en droit africain d'une part, en dépit du vote par les créanciers du concordat de redressement, une homologation judiciaire est toujours nécessaire pour valider définitivement l'opération, d'autre part, dans l'hypothèse du concordat simplifié, le sort de l'entreprise dépend de la seule volonté du juge. Pareillement, en droit français, l'intervention du juge est toujours nécessaire aussi bien après le vote des comités qu'en dehors de tout vote desdits créanciers.

1577. Il reste que l'analyse du pouvoir d'appréciation des juges africain et français quant au choix de continuation ou de cession de l'entreprise laisse apparaître que les constatations et les vérifications préalables de fait et de droit qui incombent à ceux-ci ne sont pas toujours aisées et peuvent être source d'incertitude en ce qui concerne particulièrement l'existence de possibilités sérieuses de redressement et de règlement de passif pris en tant que critères communs de continuation de l'entreprise.

1578. En dépit de quelques divergences, les législateurs africain et français ont doté les juges de moyens d'action processuels adéquats pour la réalisation de leur mission de sauvetage des entreprises en difficulté constitutifs d'un véritable « *droit processuel des entreprises en difficulté* ». Cependant, en matière d'exécution provisoire des décisions rendues en droit des entreprises en difficulté, le sauvetage des entreprises par les juges africains serait sans doute mieux assuré si les décisions homologuant le concordat de redressement étaient assorties d'une exécution de plein droit. Une réforme de la législation communautaire dans ce sens serait bien indiquée. Une telle réforme pourrait également concerner l'arrêt de l'exécution provisoire. D'une part, le législateur communautaire africain, comme en droit français, pourrait conférer à l'appel du Ministère public, garant de l'ordre public et de l'intérêt général, un caractère suspensif. D'autre part, pour des raisons d'harmonisation dans l'espace OHADA, de sécurité juridique et judiciaire et surtout d'efficacité dans la réalisation de la mission de sauvetage des entreprises en difficulté, il apparaît hautement souhaitable que des règles spécifiques destinées à l'arrêt de l'exécution provisoire de plein droit attaché aux décisions rendues en matière de procédures collectives soient édictées. De même, en dépit du souci de stabilisation des solutions judiciaires de sauvetage des entreprises qui justifie la restriction du droit de critique des décisions rendues en matière d'entreprises en difficulté, force est de constater qu'à l'opposé du législateur français qui, à partir des législations de 1994, 2005 et 2008 a accru la possibilité de recours, la fermeture des voies de recours est particulièrement prononcée en droit africain. Parce que le principe du double degré de juridiction constitue un droit fondamental et que le caractère faillible de la justice humaine n'est point un leurre, le législateur communautaire africain des procédures collectives gagnerait à réformer le régime des voies de recours dans le sens d'une meilleure prise en compte des intérêts aussi bien des parties que des tiers autant qu'il gagnerait à légiférer en matière de recours –nullités.

1579. Sur un tout autre plan, le juge de l'entreprise en difficulté ne peut contribuer au sauvetage de l'entreprise que s'il est saisi à temps des difficultés rencontrées, difficultés elles-mêmes détectées très tôt. A ce propos, en droit africain, non seulement le juge n'est pas mis à contribution dans la procédure d'alerte, mais encore, l'objectif de sauvetage de l'entreprise est en péril en raison notamment de l'imprécision du critère d'ouverture du règlement préventif, imprécision de nature à

conduire à une ouverture tardive de la procédure. Le législateur communautaire africain gagnerait dès lors à substituer au critère d'ouverture actuel, un critère beaucoup plus souple à même de favoriser véritablement le sauvetage de l'entreprise à l'identique du droit français où, aujourd'hui, les critères d'ouverture des procédures préventives sont de nature à permettre une intervention judiciaire bien en amont des difficultés.

1580. En droit africain et en en droit français, le juge des procédures collectives est également limité dans sa mission de sauvetage parce qu'il est tenu de prendre en compte, dans son office, les droits d'une catégorie particulière de créanciers. S'agissant particulièrement des droits des créanciers propriétaires, il s'avère que les conditions de mise en œuvre des actions en revendication sont plus rigoureuses en droit africain qu'en droit français. Toutefois, avec la réforme du droit des sûretés issue de l'Acte uniforme du 10 décembre 2010, il existe désormais une parenté certaine entre le droit français et le droit africain en ce sens qu'il s'est opéré un allègement des conditions de la revendication concernant notamment l'objet de la revendication.

1581. Au plan structurel, l'on aura noté que le manque de spécialisation et l'inaccessibilité du juge sont susceptibles de constituer également un handicap notable à la réalisation de l'objectif de sauvetage de l'entreprise. A cet égard, alors qu'en France le mouvement de spécialisation de la justice commerciale en charge de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises constitue une donnée permanente objet d'améliorations successives, en Afrique, tout est encore à faire et les réformes y relatives entreprises par certains Etats Parties au Traité OHADA ne peuvent qu'être encouragées avec pour but ultime, une harmonisation de la justice commerciale dans l'espace OHADA. Par ailleurs, il convient de relever qu'en Afrique et en France, le cadre juridico-institutionnel ainsi que le contexte socio-culturel limitent le rôle du juge dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté.

1582. Enfin, l'étude menée aura permis de démontrer que dans les ordres juridiques africain et français, l'efficacité du sauvetage judiciaire des entreprises en difficulté est aussi en grande partie tributaire de la qualité du personnel affecté à une telle mission. Même si les problèmes ne se posent pas de la même manière et que les

solutions diffèrent d'un espace géographique à un autre, la communauté des préoccupations entre l'Afrique et la France sur cette question est incontestable.

1583. Mais, au-delà des nombreux obstacles fonctionnels ou structurels qui s'opposent à la mission de sauvetage de l'entreprise par les juges africain et français au point que la tentation est grande de conclure à une « *mission impossible* », la question demeure de savoir si, véritablement, le sauvetage d'une entreprise en difficulté relève de l'office d'un juge, même assisté d'un expert. En effet, et comme cela a déjà été rappelé²⁵⁸⁸, la fonction de juger consiste à lever l'obstacle qui entrave les droits ou l'activité des justiciables. Or, l'objectif de sauvegarde ou de sauvetage de l'entreprise en difficulté confère au juge une mission d'organisation qui n'est pas de l'essence de la fonction juridictionnelle. Ce qui fait d'ailleurs dire à M. CAGNOLI que la fonction dévolue au juge des procédures collectives est de nature plus administrative que juridictionnelle²⁵⁸⁹. Certes, en raison de l'existence d'intérêts antagonistes, le juge a toute sa place en droit des entreprises en difficulté. Peut-on cependant valablement soutenir qu'il dispose de toutes les aptitudes nécessaires pour être au four et au moulin et atteindre à l'occasion des objectifs pas toujours compatibles ?

1584. De fait, l'accroissement de l'office du juge orienté d'avantage vers la poursuite d'objectifs économiques paraît à tout le moins excessif. Peut-être conviendrait-il de cantonner l'intervention judiciaire en droit des entreprises en difficulté dans des limites raisonnables. Remplissant sa fonction de *jurisdictio*, le juge se limiterait par exemple à être un « *arbitre judiciaire* » exerçant non pas un contrôle d'opportunité, mais plutôt un contrôle de légalité. Dans cette optique et, pour paraphraser M. TERRE, il serait alors question pour le juge de « *réaliser la primauté du juridique dans et par le judiciaire* »²⁵⁹⁰. Sur cette question, la réflexion mérite sans doute d'être poursuivie.

²⁵⁸⁸ Supra, n° 396.

²⁵⁸⁹ P. CAGNOLI, op. cit., n° 311, p.250.

²⁵⁹⁰ F. TERRE, « *Droit de la faillite ou faillite du droit ?* », R.J. com., 1991, p.29.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX ET ETUDES

A. DROIT FRANÇAIS

ARGENSON (J.) et TOUJAS (G.) : *Règlement judiciaire et faillite*, Librairies techniques, 3^e éd., 1963.

ARGENSON (J.) et TOUJAS (G.) : *Règlement judiciaire-liquidation-liquidation des biens et faillite*, Traité et formulaire, 4^e éd., 1973, t.2.

BONNARD (J.) : *Droit des entreprises en difficulté*, 3^e éd. Hachette Supérieur, 2006.

BRILMAN (J.) : *Le redressement des entreprises en difficulté*, éd., Hommes et techniques, 1986.

BRUNET : « *De la distinction de l'homme et de l'entreprise* », Etudes Roblot, 1984.

BRUNOIS (R.) : *Les entreprises en difficulté : les solutions préconisées par le Comité d'études présidé par P. SUDREAU et leur influence sur l'évolution de la législation* in « *Aspects contemporains du droit des affaires de l'entreprise* », Etudes Azard, CUJAS, 1980, p. 47.

CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.), PETEL (Ph.) : *Droit des sûretés*, Litec, 8^e éd. 2007 n°653.

CAGNOLI (P.) : *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, L.G.D.J, 2002.

CARBONNIER : *Droit civil*, t. 4, Les obligations, 20^e édit., Thémis, P.U.F., 1996, n° 194

CARPENTIER (J.-B.) et CHARVERIAT (A.) : « *Les contrôleurs* » Gaz. Pal. 3-4 mars 1995, p.2

CHAPUT (Y.) : *Droit des entreprises en difficulté et faillite personnelle*, PUF, « *Droit fondamental* », 1996.

- CHASSAGNON (Y.) : *L'intervention judiciaire dans les entreprises en difficulté*, 2^e éd., Technique et Documentation, Lavoisier 1986 et plus récemment
- COQUELET (M.-L.) : *Entreprises en difficulté - Instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, 3^e éd., 2009.
- CROCQ (P.) : « *Procédure collective et saisie-immobilière* », Lamy Droit de l'exécution forcée, 2009, Etude 334.
- DAGOT : *Les sûretés*, P.U.F., 1981, p.76 ;
- DONNIER (M.) et DONNIER (J.-B.) : *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 7^e éd. Litec 2003
- FARIAT (G.) : *Droit économique*, PUF, Thémis, 1971
- FRAIMOUT (J.-J.) : *Droit des entreprises en difficulté*, Ellipses, 2007.
- GIBIRILA (D.) : *Droit des entreprises en difficulté*, Defrénois 2009.
- GUYON (Y.) : *Droit des affaires, t. II, Entreprises en difficulté, redressement judiciaire*, faillite, 8^e éd., Economica, 2001.
- HOUIN (R.) : « *Permanence de l'entreprise au travers de la faillite* », « *Liber amicorum* », Baron I.Frédéricq, 1965, t.II.
- JACQUEMONT (A.) : *Procédures collectives*, 7^e éd., Litec, 2011.
- JACQUEMONT : *Droit des entreprises en difficulté*, 3^e éd., Litec, 2003.
- JEANTIN (M.) et LE CANNU (P.) : *Droit commercial – Instruments de paiements et de crédit – Entreprises en difficulté*, Dalloz, 5^{ème} éd, 1999
- JOSSERAND : *L'impartialité du Magistrat en procédure pénale*, LGDJ 1988
- KERCKHOVE (E.) : *Traité de droit commercial, de Juglart et Ippolito, t. VI, Procédures collectives de paiement*, 3^e éd., Montchrestien, 1998.
- LE CANNU (P.) : *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, refonte de l'ouvrage de Jeantin M., 7^e éd., « Précis », Dalloz, 2006.
- LE CANNU (P.), LUCHEUX (P.), PITRON (M.) ET SENECHAL (J.-P.) : *Prévention, redressement et liquidation judiciaires*, GLN Joly, 1995,
- LE CORRE (P.-M.) : *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 2012/2013.
- LE CORRE (P.-M.) : *La réforme du droit des entreprises en difficulté - commentaire de l'ordonnance du 18 décembre 2008 et du décret du 12 février 2009*, Dalloz, 2009.
- LE CORRE-BROLY (E.) : *Droit des entreprises en difficulté*, A. Colin, « U », 2001.
- LIENHARD (A.) : *Procédures collectives*, 4^e éd., Delmas, 2011.

- LIENHARD (A.) : *Sauvegarde des entreprises en difficulté*, 2^e éd., Delmas, 2007.
- LIKILLIMBA (G-A.) : *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, Litec, 2001.
- LUCAS : in LUCAS et LECUYER, *Réforme des procédures collectives, loi de sauvegarde article par article*, LGDJ 2006, p.223.
- MARTIN (J.-F.) et VALLENS (J.-L.) : *Lamy Droit commercial* (partie relative au redressement et à la liquidation judiciaires), éd. Lamy, 2005.
- MAZEAUD et CHABAS : *Leçons de droit civil*, t. 3, vol.1, Sûretés-Publicité foncière, 6^e édit. Par RANOUIL et CHABAS, Montchrestien, 1988, n° 129.
- MONTEBOURG (A.) et COLCOMBET (F.) : « *Les tribunaux de commerce : une justice en faillite ?* », éd. Michel Lafon, 1998.
- NABET (P.) : *La coordination des procédures d'insolvabilité en droit de la faillite internationale*, D bibl. dr. entr. LexiNexis, 2010.
- NORMAND (J.) : *Principes directeurs du procès - Office du juge - Détermination des éléments de l'instance - Les parties - L'objet du litige*, J. Cl. Procédure, fasc. 151, 1995.
- PAILLUSSEAU (J.) : « *Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté* », Etudes offertes à R. HOUIN, Dalloz, Sirey, p. 108.
- PAILLUSSEAU (J.) : « *Une révolution juridique en Afrique francophone-l'OHADA* », in perspectives de droit économique-dialogue avec Michel JEANTIN, Dalloz, 1999.
- PAILLUSSEAU (J.), CAUSSAIN (J.-J.), LAZARSKI (H.) et PEYRAMAURE (P.) : *accession d'entreprise*, Dalloz, 4^e éd., 1999.
- PERCEROU (J.) : *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, Librairies Arthur Rousseau, t. 1, 2^e éd., 1935, avec la collaboration de DESSERTAUX
- PEROCHON (F.) et BONHOMME (R.) : *Entreprises en difficulté - Instruments de crédit et de paiement*, 8^e éd., LGDJ, 2009.
- PERROT (R.) : *Droit judiciaire privé*, Les cours de droit, t. 2, 1981.
- PERROT (R.) : *Institutions judiciaires*, Montchrestien, 9^e éd., 2000.
- PETEL (P.) : *Procédures collectives*, 6^e éd., I^{er} Dalloz, 2009.
- RIPERT et ROBLOT par DELEBECQUE (Ph.) et GERMAIN (M.) : *Traité de droit commercial*, t. II, 17^e éd., LGDJ, 2004.
- ROETS : *Impartialité et justice pénale*, Cujas 1997
- ROUSSEL GALLE (Ph.) : *Réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, « Carré droit », Litec 2005.

- ROUSSEL GALLE (Ph.) : *Réforme du droit des entreprises en difficulté - De la théorie à la pratique*, 2^e éd., Litec 2007.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.) : *Droit des entreprises en difficulté*, 6^e éd., « Domat », Montchrestien, 2009
- SANTA (M.)-CROCE : *De la limitation des voies de recours à la délimitation de l'excès de pouvoir, Perspectives du droit économique*, Dialogues avec M. JEANTIN, Dalloz 1999.
- SAYAG et SERBAT : *L'application du droit de la faillite, éléments pour un bilan*, Etudes du CREDA, Litec 1992.
- SAYAG : *Publicités légales et information dans les affaires*, Litec, 1992, n°351.
- SIMLER et DELEBECQUE : *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 2^e éd. Dalloz, 1989.
- SOINNE (B.) : *Traité des procédures collectives*, 2^e éd., Litec, 1995.
- SOINNE (B.) : *Les mandataires de justice* : Litec, 2003.
- VALLANSAN (J.) : *Difficultés des entreprises - Commentaire article par article du livre VI du code de commerce*, Litec, 4^e éd., 2006.
- VALLANSAN (J.) : *Lamy Droit commercial (partie relative au redressement et à la liquidation judiciaires)*, éd. Lamy, 2010.
- VALLANSAN (J.) : *Redressement et liquidation judiciaires*, 2^e éd. Litec, 2003.
- VALLANSAN (J.), CAGNOLI (P.), FIN-LANGER (L.) et REGNAUT-MOUTIER (C.) : *Difficultés des entreprises - Commentaire article par article du livre VI du code de commerce*, Litec, 5^e éd., 2009.
- VIDAL (D.) : *Droit de l'entreprise en difficulté*, 3^e éd., « Manuels », Gualino, 2010.
- VIVANT (M.) : « *Redressement judiciaire et liquidation judiciaire - Dirigeants sociaux - Sanctions patrimoniales - Comblement de passif. Extension de la procédure* », J.Cl. Commercial, fasc. 2905, 1997, mis à jour par C. HANNOUN.
- VOINOT (D.) : *Droit économique des entreprises en difficulté*, LGDJ 2007.

B. DROIT AFRICAIN

1. Ouvrages antérieurs au droit de l'OHADA

- AGGREY (A.) : *Guide de la faillite*, Juris-Edition juridiques de Côte -d'ivoire, 1989 (plusieurs fascicules).

- BARRE (R.) et SCHAEFFER (E.) (sous la direction de) : *Droit des entreprises en difficulté, Acte du congrès de l'Institut International des droits d'expression et d'inspiration française*, (IDEF) tenu au Gabon Bruylant, Bruxelles 1991. Cet ouvrage traite du droit des Etats Africains suivants : Benin, Cameroun, Congo, Gabon, Madagascar, Mali, République Centrafricaine et Sénégal.
- DARBON (D.) et DUBOIS DE GODUSSON (J.) : *La création du droit en Afrique*, éd. Kartala, 1997.
- ENCYCLOPEDIE JURIDIQUE DE L'AFRIQUE, tome IV.
- GONIDEC (P.-M.) : *Les Droits africains*, tome 1, évolution et sources, éd. LGDJ, 1964.
- KONE (M.) : *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA, Comparaisons avec le droit français*, LGDJ, 2003.
- KOUASSI (C.) : *Traité des faillites et liquidations en Cote d'Ivoire*, Etudes juridiques et formulaires, éd. SOGOGEC, collection espace entreprise, 1987.
- NDOYE (N.) : *Code des obligations civiles et commerciales annotées (du Sénégal)*, Editions Juridiques Africaines, Dakar, Sénégal, 1991.
- POUGOUE (P.G.) : *Compte rendu du colloque de l'IDEF sur le droit des entreprises en difficulté*, Libreville (Gabon) 6/13 mai 1990,
- SCHAEFFER (E.) : *Droit économique en Afrique noire francophone : Dynamisme et finalités du droit africain*, Economica, 1980.
- YONATA (S.) : *Indépendance de la justice et droits de l'homme*, le cas du Burkina Faso, éditions PIOOM, 1997, p.85

2. Ouvrages postérieurs au droit de l'OHADA

- ANOUKAHA (F.) : *Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA*, éd., P.U.A., 1998.
- ANOUKAHA (F.), TJOUEEN (A.D.) : *Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution en OHADA*, éd. P.U.A., 1999.
- FENEON (A.) et GOMEZ (J.R.) : *OHADA, Droit commercial général, commentaires*, éd. EDICEF/Edition FFA, 1999.
- GOMEZ (J.R.) : *OHADA, Entreprises en difficulté, Lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français*, BAJAG-MERI, n°s 6 et s.

- ISSA-SAYEG (J.) (ouvrage collectif coordonné par) : *OHADA, sûretés*, Bruylant, Juriscope, 2002, collection Droit uniforme africain.
- ISSA (J.)-SAYEGH et LOHOUES (J.)-OBLE : *OHADA, Harmonisation du droit des affaires*, Bruylant, 2002, collection Droit uniforme.
- ISSA-SAYEG (J.), POUGOUE (P-G.), SAWADOGO (F.M.) (sous la coordination de ...): *OHADA, Traité des Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 4^e éd., 2012.
- MANDESSI BELL (E.) : *Manuel des procédures collectives d'apurement du passif des entreprises en difficulté en Afrique*, Norme OHADA, Collection Droit OHADA, 1999, FORM'ACTION, Douala.
- NDOYE (D.) : *La nouvelle Cour de cassation des pays de l'OHADA*, éd. EDJA, 1998, collection Droit Communautaire africaine.
- NGUEBOU (J.) : *Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA*, éd. P.U.A., Yaoundé, 1998.
- NYAMA (J.M.) : *Droit des entreprises en difficulté*, CERFOD, 2004, p. 71.
- ONANA ETOUNDI (F.) : *La problématique de l'unification de la jurisprudence par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*, Collection « Pratique et contentieux de droit communautaire », Février 2008.
- POUGOUE (P.G.) et KALIEU (Y.) : *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, P.U.A., collection Droit Uniforme, 1999.
- POUGOUE (P.G.) et KALIEU (Y.) : *Introduction critique à l'OHADA*, PUA, 2008.
- POUGOUE (P.G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU TOUKAM (J.) : *Le droit des sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique OHADA*, P.U.A., Yaoundé, 1998.
- SAMBE (O.) et DIALLO (M.I.) : *Guide pratique des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, Editions Comptables et Juridiques, Dakar, 1998.
- SAWADOGO (F.M.) : *Droit des entreprises en difficulté*, OHADA, Bruylant Bruxelles, 2002
- TIGER (Ph.) : *Le droit des affaires en Afrique*, OHADA, éd. P.U.F., Coll., Que sais-je ?

C. DROIT COMPARE EN GENERAL

AGOSTINI (E.) : *La circulation des modèles juridiques* : RID comp. 1990, p.481.

CONSTANTINESCO (L.J.) : *Traité de droit comparé*, t.II, méthode comparative, L.G.D.J, 1974.

DAVID (R.) et JAUFFRET (C.)-SPINOZI : *Les grands systèmes de droit contemporains*, précis Dalloz, 10^e éd.

FROMONT (M.) : *Grands systèmes de droit étrangers*, Mémento Dalloz, 3^e éd.1998

II. THESES ET MEMOIRES

A. DROIT FRANÇAIS

AMEILHAUD (G.) : *L'effet dévolutif de l'appel en matière civile*, thèse Toulouse, 1942.

AMRANI-MEKKI (S.) : *Le temps et le procès civil*, thèse (dact.), Paris I, 2000.

ANDRE (T.) : *Le rôle du Ministère public dans les procédures collectives*, thèse (et), Paris X, 1991.

ARDANT (P.) : *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, thèse, LGDJ, 1956.

BEAUCHARD (J.) : *Le renouvellement en appel de la matière litigieuse dans le procès civil*, thèse (dact.), Poitiers, 1979.

BERLINER (H.) : *Les mutations du traitement juridictionnel en matière d'entreprises en difficulté*, thèse (dact.), Nice, 1990.

BLERY (C.) : *L'efficacité substantielle des jugements en matière civile*, LGDJ, 2000.

BOY (L.) : *L'intérêt collectif en droit français (réflexions sur la collectivisation du it)*, thèse (dact.), Nice, 1979.

CALLE (P.) : *L'exécution provisoire des décisions en matière de redressement et de liquidation judiciaires*, mémoire de DE A, Caen, 1998.

CARVAL (S.) : *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, thèse, LGDJ, 1995.

CASTELLAN (S.-D.) : *Le juge commissaire dans la faillite et le règlement judiciaire*,

- thèse, Sirey, 1965.
- CAYROL (N.) : *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, thèse, Economica, 2001.
- CHAMPAUD (C.) : *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, thèse, Sirey 1962.
- DEFRANCE (D.) : *Procédures collectives et voies d'exécution*, mémoire DEA de droit privé, Université de Lille II, 1997 / 1998
- DESPAX (M.) : *L'entreprise et le droit*, thèse, LGDJ, 1957.
- EUDIER (F.) : *Ordre public substantiel et office du juge*, thèse (dact.), Rouen, 1994.
- FERRAND (P.-N.) : *La cession d'entreprise en difficulté en droit français et en droit américain*, thèse (dact.), Paris II, 1994.
- FRISON-ROCHE (M.-A.) : *Généralités sur le principe du contradictoire (droit processuel)*, thèse (dact.), Paris, 1988.
- GABORIAU (B.) : *L'action collective en droit processuel français*, thèse (dact.), Paris, 1996.
- GAILLARD (E.) : *Le pouvoir en droit privé*, thèse, Economica, 1986.
- GARY (R.) : *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, thèse, Bordeaux 1931.
- GASSIN (R.) : *La qualité pour agir en justice*, thèse, Aix-Marseille, 1955.
- GOUBEAUX (G.) : *La règle de l'accessoire en droit privé*, thèse, LGDJ, 1969.
- GUILLIEN (R.) : *L'acte juridictionnel et l'autorité de chose jugée*, thèse, Bordeaux, 1931.
- HOONAKER (P.) : *L'effet suspensif des voies de recours dans le nouveau Code de procédure civile : une chimère ? Contribution à l'étude de l'exécution provisoire*, thèse (dact.), Strasbourg, 1988.
- HOONAKKER (P.) : *L'effet suspensif des voies de recours dans le nouveau Code de procédure civile : une chimère ? Contribution à l'étude de l'exécution provisoire*, thèse Strasbourg, 1988.
- JEANNEROT (P.) : *L'intervention judiciaire dans les procédures de redressement judiciaire*, thèse (dact.), Paris, 1992.
- JESTAZ (P.) : *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, LGDJ, 1968.
- JOSSERAND (S.) : *L'impartialité du magistrat en matière pénale*, thèse, LGDJ, (1998).

- LE BARS (T.) : *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, thèse, Caen, LGDJ, 1997.
- LEFORT (C.) : *Théorie générale de la voie d'appel*, thèse (dact.), Angers, 2000.
- LEVY (J.-M.) : *Contribution à l'étude de la cession de l'entreprise dans le redressement judiciaire*, thèse (dact.), Paris, 1989.
- MIGUET (J.) : *Immutabilité et évolution du litige*, thèse, LGDJ, 1977.
- MAS (D.) : *La portée de l'effet dévolutif de l'appel aux fins d'annulation d'un jugement sur le fond (contribution à l'étude de l'appel-nullité)*, thèse, Nice, éd. Université de Nice, 1987.
- MELEDO-BRIAND (D.) : *Nature du droit des entreprises en difficulté et système de droit*, thèse (dact.), Rennes, 1992.
- MOLFESSIS (N.) : *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, thèse, LGDJ, 1998.
- MONSERIE (M.-H.) : *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, thèse, Litec, 1994.
- NEUVILLE (S.) : *Le plan en droit privé*, thèse, LGDJ, 1998.
- NORMAND (J.) : *Le juge et le litige*, thèse, LGDJ, 1965.
- PEROZ (H.) : *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, thèse (dact.), Caen, 1997.
- RIALS (S.) : *Le juge administratif français et la technique du standard*, thèse, LGDJ, 1980.
- ROLLAND (B.) : *Les procédures de règlement collectif du passif*, thèse (dact.), Lyon III, 1999.
- SAHLI (K.) : *L'appel pour vice grave*, mémoire DEA, Caen, 1998.
- SEILER (P.) : *L'autorité de la chose jugée en matière de solidarité passive*, thèse, Paris, Domat-Montchrestien, 1933.
- STAES (O.) : *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, thèse (dact.), Toulouse, 1995.
- STORCK (M.) : *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, thèse, Strasbourg, LGDJ, 1982.
- THERY (P.) : *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, thèse (dact.), Paris, 1981.
- TOMASIN (D.) : *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, thèse, LGDJ, 1975.

- TOUDIC (V.) : *Le Ministère public, partie principale dans le procès civil*, thèse (dact.), Caen, 1997.
- UFFIN (E.) : *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, thèse, LGDJ, 1998.
- WALINE (M.) : *La notion judiciaire de l'excès de pouvoirs – L'excès de pouvoirs du juge*, thèse, Paris 1926.

B. DROIT AFRICAIN

- ABAR (D.)-CHI : *Pour une adaptation du droit nigérien des procédures collectives à l'évolution socio-économique*, thèse de Doctorat en droit, Université d'Orléans, 1990.
- BEIRO : *L'indépendance de la magistrature en Afrique : le cas de la Guinée*, Mémoire de fin d'études, Droits fondamentaux, Université de Nantes et Paris X-Nanterre, AUPELF-UREF, 1996-1997.
- BIBOUM (L.D.) : *Faillite et liquidation judiciaire en droit positif camerounais*, Mémoire de Licence en droit, Université de Yaoundé, octobre 1990.
- ENGANEMBEN (A.D.) : *Pauvreté et accès à la justice au Cameroun : l'assistance judiciaire*, Mémoire de fins d'études de Master en droits de l'homme et action humanitaire, Université catholique d'Afrique Centrale, Institut catholique de Yaoundé, janvier 2003.
- LABITE (D.) : *Les sûretés spéciales en droit français et togolais, leur adaptation aux exigences du crédit*, thèse, Lyon III, 1993.
- MOHO FOPA (E.) : *Réflexions critiques sur le système de prévention des difficultés des entreprises de l'OHADA*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2006,
- NGUIHE KANTE (P.) : *Les techniques de sauvetage des entreprises en difficulté en droit camerounais*, thèse Doctorat 3^e cycle en Droit privé, Université de Yaoundé II-Soa (Cameroun), 1999
- NYAMA (J.) : *Stratégie et perspectives du droit de la faillite au Cameroun*, thèse, Paris 1980.
- TOE (S.) : *Approche critique de l'application judiciaire du droit des procédures collectives dans l'espace OHADA*, thèse, Université de Perpignan Via Dominitia, Mai 2010.

III. ARTICLES ET CHRONIQUES

A. DROIT FRANÇAIS

- ALLIOT (M.) : « *Les résistances traditionnelles* », in R. J. I.C ; 1967, 247.
- ARGELLIES (R.) : « *L'exécution provisoire des jugements rendus en matière de redressement et de liquidation judiciaires* », in « *Les aspects procéduraux du redressement et de la liquidation judiciaires des entreprises* », *Gaz. Pal.* 1987, doct., p. 175.
- ARRIGHI (J.P.) : « *Les nouveaux cas de nullités de la période suspecte* », *Gaz. Pal.* 9-10 sept. 2005, n° sp., p.9, sp. p. 15, n° 36.
- AUBERT (F.) : « *La procédure des procédures collectives* », Mélanges A. HONORAT, éd. Frison-Roche, 2000, p. 7.
- AUBERT (F.) : « *Les délais et les voies de recours* » Petites Affiches, n°71 du 14 juin 1995, p.4.
- BALENSI (I.) : « *L'homologation judiciaire des actes juridiques* », *RTD civ.* 1978, p. 43 et p. 233.
- BANDRAC (M.) : « *L'action en justice, droit fondamental* », Mélanges R. PERROT, Dalloz, 1996, p.1.
- BANDRAC (M.) : « *De l'acte juridictionnel, et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas* », Mélanges P. DRAI, *Le juge entre deux millénaires*, Dalloz 2000, p. 171.
- BARRET (O.) : « *L'appel-nullité (dans le droit commun de la procédure civile)* », *RTD civ.* 1990, p. 199.
- BEAUCHARD (J.) : « *Nullité des actes de procédure - irrégularités de fond* », *J. Cl. Procédure*, fasc. 138, 1998.
- BEAUCHARD (J.) : « *Parties à l'instance d'appel - Appelant - Intimé* », *J. Cl. Procédure*, fasc. 713, 2000.
- BEHAR (M.)-TOUCHAIS : « *La fraude aux droits des créanciers dans les plans de cession* », *D. affaires*, 1997, p.365
- BEHARS-TOUCHAIS (M.) : « *La fraude aux droits des créanciers dans les plans de cession (a propos des arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation des 10 octobre 1995 et 9 juillet 1996)* », *D. affaires* 1997, p. 365.
- BERGER-PERRIN (B.) : « *Les modulations du temps dgjis la procédure suivant l'objet du*

- litige* », Le temps dans la procédure, Dalloz, 1996, p. 25.
- BIGOT : « *La pratique des revendications et demandes en restitution de biens consécutive à l'application de la loi du 10 juin 1994 et du décret du 21 octobre 1994* », Gaz. Pal. 18-20 déc. 1994, doctr.
- BOCCARA (B.) : « *La procédure dans le désordre : I - Le désert du contradictoire* », JCP, éd. G. 1981,3004.
- BOIRON (J.-F.) : « *Le prince chez les marchands* », Gaz. Pal. 1982, doct., p. 251.
- BOLARD (G.) : « *Heurs et malheurs des voies de recours dans les faillites* », Rev. proc. coll. 1991, p. 1.
- BOLARD (G.) : « *Le droit d'action des mandataires de justice dans les faillites* », « *Mélanges A. HONORAT* », éd. Frison-ROCHE, 2000, p. 27, n° 6.
- BOLARD (G.) : « *Les écritures qualificatives* », JCP éd. G. 2000,1, 214, n° 4.
- BOLARD (G.) : « *Les garanties du procès civil* », Droit et pratique de la procédure civile, Dalloz action, 2000, n° 2301 et s.
- BOLARD (G.) : « *Les juges et les droits de la défense* », Mélanges P. BELLET, Litec, 1991, p. 49.
- BOLARD (G.) : « *Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky* », JCP éd. G. 1993,1, 3693.
- BOLARD (G.) : « *Les voies de recours* », *Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, RTD com. 1987, n° spéc., t. 2, p. 55. BOLARD (G.) : « *L'appel-nullité* », D. 1988, chron., p. 177.
- BOLARD (G.) : « *Rapport de synthèse* », (colloque Nice Sophia-Antipolis, 25 avril 1998, Redressement et liquidation judiciaires : questions procédurales), Les Petites Affiches 23 octobre 1998, n° 129, p. 65.
- BOLARD (G.) : « *Les recours-nullité en procédure civile* », Justices 1996, n° 4, p. 119.
- BOURRIE-QUENILLET (M.) : « *La faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif* », JCP éd. E. 1998, comm., p. 455. .
- BREMOND (G.) et SCHOLASTIQUE (E.) : « *Réflexions sur la composition des comités...* », JCPE 2006 : 1405
- BRULLIARD (G.) : « *L'évolution de la notion de juridiction dite « gracieuse » ou volontaire et de celle de juridiction d'après les récents travaux de la doctrine italienne* », RID comp. 1957, p.5.
- BRUNET (A.) : « *La qualité du représentant des créanciers* », Rev. proc. coll., 1986, p. 35.

- BRUNET (A.) et GERMAIN (M.) : « *L'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 relatif à l'action en contribution au paiement du passif social* », Petites affiches , n° 88, p. 51.
- CADIET (L.) : « *L'évolution de l'appel dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires de l'entreprise* », Rev. proc. coll. 1989, p. 371.
- CADIET (L.) : « *L'exécution provisoire des décisions rendues en matière de redressement et de liquidation judiciaires de l'entreprise* », Rev. proc. coll. 1987, p. 21, n°4.
- CADIET (L.) : « *Sur l'appel-nullité dans les procédures collectives* », Rev. proc. coll. 1988, p. 17.
- CADIET (L.) : « *Premières vues sur le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le nouveau Code de procédure civile* », JCP. éd. G. 1999, actualité, p. 397.
- CAMPANA (M.-J.) : « *Les revendications après la réforme du 10 juin 1994* », Le nouveau droit des défaillances d'entreprise, Dalloz, 1995, p. 197.
- CANIVET : « *La justice des années 2000 doit s'adapter aux attentes de la société* », JCP, 2000, I, 192.
- CATALA-FRANJOU : « *De la nature juridique du droit de rétention* », R. T. D. civ., 1967
- CAUSSE (H.) : « *Redressement et liquidation judiciaires - Organes - Juge-commissaire* », J. Cl. Commercial, fase. 2220, 1994 .
- CHAMPAUD (C.) : « *L'idée d'une magistrature économique. Bilan de deux décennies* », Justices 1995, n° 1, p. 61.
- CHAPUT (Y.) : « *l'office du juge dans le traitement précoce des difficultés* », in le nouveau droit des défaillances d'entreprises, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1995, p. 97 et s.
- CHAPUT (Y.) : « *Les clauses de réserve de propriété, commentaire de la loi du 12 mai 1980, Etudes et commentaires* », J.C.P 1981, I, 3017.
- CHEVALLIER (J.) : « *Réflexions sur l'arrêt Cadot* », Droits : la fonction de juger,
- CHEVALLIER (J.) : « *Remarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles* », RTD civ. 1962, p. 5.
- CHRIQUI (H.) : « *Prévention des difficultés des entreprises : peut-on aller plus loin ?* », Gaz. Pal., 16-18 mai 2004, p.2

- COMMARET (D.-N.) : « *Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat* », *D.* 1998, chron., p. 262 .
- CORNU (G.) : « *Les principes directeurs du procès civil (fragments d'un état des questions)* », Mélanges P. BELLET, Litec, 1991, p. 83.
- COURET (A.) : « *La cession de l'entreprise dans le cadre d'une procédure collective* », *Bull. Joly* 1986, p. 289.
- COURTIER (J.-L.) : « *Considérations sur l'article 169 de la loi du 10 juin 1994 sur les procédures collectives* », *Rev. huissiers* 1995, p. 257.
- CROCQ (P.) : « *Le droit à un tribunal impartial* », Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 8^e éd., 2002, p.479, n°521 et s.
- CROCQ (P.) : « *Le gage, avec ou sans dépossession, après la loi du 04 août 2008 et l'ordonnance du 18 décembre 2008* », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 04, juillet-août 2009, p. 27.
- CROZE (H.) : « *Les organes de la procédure* », *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?* Mélanges R. PERROT, Dalloz, 1996.
- DAIGRE (J.-J.) : « *De l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun au dirigeant d'une société en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire* », *Rev. sociétés* 1988, p. 199.
- DAIGRE (J.-J.) : « *Premiers enseignements d'une enquête du CREDA, colloque organisé le 13 décembre 1995 : Plans de redressement, réalités et perspectives* », *JCP éd. E.* 1996,1, 566.
- DAIGRE, « *Une évolution jurisprudentielle bienvenue - Le non-cumul de l'action en comblement de passif et des actions en responsabilité de droit commun* », *Bull. Joly* 1995, p. 953.
- DAMMANN (R.) : « *Les comités des créanciers* », *RDLA*, mars 2006, p.65.
- DAMMANN (R.) : « *Droit européen des procédures d'insolvabilité : problématique des conflits de juridiction et de forum shopping* », *D.* 2005, chron. P.1779.
- DELATRE : « *Prévention : amélioration de la conciliation* », *RPC* 2009-1, p.6, et chron. *Les Petites Affiches*, 19 oct. 2005, p.3
- DELENEUVILLE (J.-M.) : « *L'entreprise et la loi du 25 janvier 1985* », *Rev. proc. coll.* 1998, n° 5, p. 445.
- DELENEUVILLE (J.-M.) : « *L'exécution provisoire, l'appel et la publicité des jugements rendus en matière de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises* », *Rev. proc. coll.* 1999, n° 1, p. 1.

- DELMOTTE (Ph.) : « *L'accès du juge dans les procédures collectives* », Actes du colloque de CRAFEJE, Nice, 27 mars 2004, Les Petites Affiches, 10 juin 2004, p.50.
- DELVILLE (J.-P.) : « *Les incidences de la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif sur le cautionnement* », JCP éd. G. 1996,1, 3961.
- DERRIDA (F.) : « *Du rôle des contrôleurs dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires* », Mélanges A. HONORAT, éd. Frison-Roche, 2000, p. 89.
- DERRIDA (F.) : « *La notion de partie dans les décisions relatives au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises* », D. 1989, chron., p. 77.
- DERRIDA (F.) et JULIEN (P.) : « *Le droit procédural du redressement et de la liquidation judiciaires et le droit judiciaire privé* », Mélanges P.RAI, le Juge entre deux millénaires, Dalloz, 2000, P.284.
- DERRIDA (F.) : « *La clause de réserve de propriété et le droit de la faillite* », Rev. synd. et adm. jud. 1980, n° 2.
- DUFOUR (O.) : « *Reforme des tribunaux de commerce, ou l'on parle d'échevinage...* », Les Petites Affiches n° 87, 22 juillet 1998.
- DUGUIT (L.) : « *L'acte administratif et l'acte juridictionnel* », RDP 1906, p. 413.
- DURAND (P.) : « *Les fonctions publiques de l'entreprise privée* », Dr. Soc. 1945, p. 245.
- DURAND (P.) : « *La notion juridique d'entreprise* », Travaux de l'association CAPITANT, 1947, t. 3, p. 45.
- DURAND (P.) : « *Les fonctions publiques de l'entreprise privée* », Dr. Soc., 1945, p.245.
- DURAND (P.) : « *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel* », RTD. civ., p. 73.
- DUREUIL (B.) et MESTRE (J.) : « *La purge des dettes par l'article 169 de la loi du 25 janvier 1985* », Rev. proc. coll. 1989, p. 389.
- DUREUIL (B.), « *La représentation des sociétés en liquidation judiciaire ou frappées d'un plan de cession totale* », Mélanges A. HONORAT, éd. Frison-ROCHE, 2000, p. 99.
- FABIANI (D.) : « *Les voies de recours en matière de cession d'entreprise* », Les Petites Affiches 1^{er} juillet 1987, p. 22 .

- FABIANI (D.) : « *Redressement et liquidation judiciaires - Organes - Représentant des créanciers* », J. Cl. Commercial, fasc. 2235, 1988.
- FERRAND (P.N.) : « *Le mandataire ad hoc dans le cadre de l'article 35 de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984* », Les Petites Affiches, 8 janvier 1996, p. 12
- FRICERO (N.) : « *L'excès de pouvoir en procédure civile* », *Rev. générale des procédures*, 1998, p. 17.
- FRICERO (N.) : « *Les procédures collectives à l'épreuve du procès équitable* », Mélanges A. HONORAT, éd. Frison-Roche, 2000, pp. 17 et 18.
- FRICERO (N.) : « *Nouvelles applications de la CESDH aux procédures adaptées aux affaires* », *Dr. et patrimoine* septembre 1999, p. 73.
- FRISON (M.A.)-ROCHE et BARANES : « *Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligence de la loi* », *D.* 2000, chrono, pp. 253-267.
- FRISON (M.A.)-ROCHE et FEUGERE (B.) : « *Le vade-mecum du contrôleur* », *La vie judiciaire*, 24-30 avril 1995
- FRISON (M.A.)-ROCHE : « *Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge* » *D.*2013, p.28, chron.
- FRISON-ROCHE (M.-A.) : « *Autorité de chose jugée et voies de recours dans les procédures collectives* », *Petites affiches*, 28 octobre 1998, p. 16.
- FRISON-ROCHE (M.-A.) : « *Déni de justice et interprétation de la loi par le juge* », *J. Cl. Civil*, art. 4, 1996.
- FRISON-ROCHE (M.-A.) : « *Les autorités de régulation confrontées à la Convention européenne des droits de l'homme, entretien avec M.-A. FRISON- ROCHE* », *Les Petites Affiches*, 10 février 1999, p. 17.
- FRISON-ROCHE (M.-A.) : « *Le contrôleur* », *Petites affiches* 14 juin 1995, n° spéc., p. 8.
- GADOU (E.) : « *Justice privée et droit des procédures collectives (exception d'inexécution- droit de rétention - compensation)* », *RTD com.* 2000, p. 817.
- GASTAUD (J.-P.) : « *La nature juridique du plan arrêté judiciairement* », *Les Petites Affiches* 16 juin 1993, p. 13.
- GERBAIS (P.) : « *Les voies de recours dans les procédures collectives - Innovations de la loi du 10 juin 1994* », *Bull. avoués* 1995, p. 2.
- GERBAY (P.) : « *Les effets de l'appel, voie d'annulation* », *D.* 1993, chron., p. 143.
- GERMAIN (M.) : « *De l'amiable au judiciaire : les limites de la cessation des paiements* », *l'AFFIC*, Actes du forum du 18 mars 1999, p.30.

- GHESTIN (J.) : « *Réflexion d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété* », D. 1981. I., chron. p. 1 à 16 ; Ph. BENEZRA, « *Réserve de propriété et procédures collectives* », Gaz. Pal. 1989. I., doct. p. 1 à 9.
- GHESTIN (J.) et JAMIN (C.) : « *La protection du vendeur sous réserve de propriété et la survie de l'entreprise* », R. P. C. 1989. 291, n°27, p. 309.
- GHOZI (A.) : « *Nature juridique de la production des créances dans les procédures collectives de règlement du passif* », RTD com. 1978, p. 1,
- GIVERDON (C.) : « *Appel - Effet dévolutif - Prétentions nouvelles* », J. Cl. Procédure, fasc. 717-2, 1995.
- GOYET (C.), « *Remarques sur l'impartialité du tribunal* », D. 2001, chron., p. 328.
- GRANGER (R.) : « *La compétence du tribunal de règlement judiciaire ou de la faillite, (recherche d'un critère de compétence)* », J.C.P., 1957, I, 1359.
- GUETA (P.) : « *L'exécution provisoire des décisions* », Les Petites Affiches, 1^{er} juillet 1987, p.12 et s.
- GUYON (Y.) et DERRUPE (J.) : « *Entreprises en difficulté - Redressement judiciaire (phase de traitement - Les créanciers)* », Rép. Dalloz. Sociétés, 1996.
- GUYON (Y.) : « *La transparence dans les procédures collectives* », conférence tenue le 9 septembre 1998 lors d'un colloque organisé par la Revue des procédures collectives, Les Petites Affiches, n°79 du 21 avril 1999.
- HEBRAUD (P.) : « *La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge* », Ann. Fac. Toulouse, t. 26, 1978, p. 379.
- HERON (J.) : « *Convention européenne des droits de l'homme et théorie des voies de recours* », Mélanges P. DRAI, *Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 369.
- HERON (J.) : « *Le rôle du juge et des parties dans l'administration de la preuve en matière civile* », XVII^{ennu}: colloque des I.E.J, Publication de l'Université des sciences sociales de Grenoble, janvier 1989, p. 10.
- HONORAT (A.) et MAS (D.) : « *Les perspectives de l'appel-nullité* », Petites affiches, 1^{er} juillet 1987, p. 28.
- HOUIN (R.) : « *La réforme de la faillite* », RTD com. 1955, p. 481.
- HOUIN (R.) : « *L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite* », Etudes et commentaires, J. C. P. éd. C. I., 1980, I., 13283.

- HOULETTE (E.) : « *Le rôle du Ministère public dans la loi de sauvegarde* », J.C.P. E. 2005, n°42, p.1772, spéc. n°169.
- IGALENS (J.) et DESSART (F.) : « *L'expert en diagnostic d'entreprise : institution mort-née ou contribution à la prévention des défaillances d'entreprises* », *Petites affiches* 25 novembre 1992, p. 21.
- JACQUEMONT (J.) : « *La future procédure de conciliation : une attractivité nouvelle pour l'entreprise en difficultés et ses créanciers* », RPC 2004, p. 290, spéc. p. 291.
- JEANTIN (M.) : « *La continuation de l'entreprise* », RJ. Com. 1986, n° spécial, p. 187 et s
- JEZE (G.) : « *L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux* », RDP 1909, p. 667 et s.
- JOCKEY (M.) : « *Le nouveau personnage du contrôleur* » in le nouveau droit des défaillances d'entreprises, Dalloz, 1995, p.131
- KERNALEGUEN (F.) : « *L'excès de pouvoir du juge* », Justices 1996, n° 3, p. 151.
- KOEHRING-JOULIN (R.) : « *La notion européenne de « tribunal indépendant et impartial » au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme* », *Rev. sc. crim.* 1990, p. 765.
- KUNTZ : « *De la prévention des difficultés des entreprises, du mandat ad hoc et de le procédure de conciliation* », *Les Petites Affiches*, n° sp., 8 févr.2006, n° 28, p. 53, sp. p. 9
- LABORDE (J.-P.) : « *Le nouveau droit pénal des procédures collectives ou la réforme sans bruit* », *Rev. proc. coll.* 1987, p. 1
- LAFONT DE SENTENAC : « *Rôle du commissaire aux comptes et de l'expert-comptable dans la détermination du passif du débiteur en conciliation ou en sauvegarde* », *Bull. Joly* 2006/8 et 9, § 220, p.1083s, sp. p. 1086.
- LAFORTUNE (M.-A.) : « *Le Ministère public et l'entreprise en difficulté* », *Petites Affiches*, 12 janvier 1994, p. 20.
- LAGARDE (X.) : « *Office du juge et ordre public de protection* », JCP éd. G. 2001, 1,312.
- LAHRER-ROYER (C.) : « *Parties à l'instance* », *J. Cl. Procédure*, fasc. 105, 1994.
- LAMBERT-FAIVRE (Y.) : « *L'entreprise et ses formes juridiques* », *RTD com.* 1968, p. 907.

- LAMARCHE (Th.) : « *L'accession différée : une nouvelle approche des grandes classifications* », *RTD civ.* 2006.1.
- LAMBERT : « *La personnalité juridique de la masse* », *JCP* 1960, I, 1568 et 1590.
- LAMPUE (P.) : « *La distinction des contentieux* », *Mélanges G. SCHELLE, LGDJ*, 1950, t. 1, p. 285.
- LAMPUE (P.) : « *La notion d'acte juridictionnel* », *RDP* 1946, p. 56.
- LAUBIE (A.) : « *Le plan de continuation ou de cession de l'entreprise*, » *Rev. Proc. Coll.* 1986, n° 4, p. 19.
- LAVAU (G.-E.) : « *Du caractère non suspensif des recours devant les tribunaux administratifs* », *RDP* 1950, p. 777.
- LE BARS (T.) : « *La théorie du fait constant* », *JCP éd. G.* 1999,1, 178.
- LE BRIS (R.-F.) : « *Théorie de l'entreprise et théorie du service public* », *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle, Mélanges C. CHAMP A UD*, Dalloz, 1997, p. 398.
- LE CANNU (P.) : « *La notion juridique d'entreprise dans les lois du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985* », *Petites Affiches* 14 mai 1986, p. 19.
- LE CANNU (P.) : « *Redressement et liquidation judiciaires - Organes - Administrateur - Fonctions (régime général)* », *J. Cl. Commercial*, fasc. 2226, 2001.
- LE FOYER DE COSTIL (H. et G.) : « *Les connaissances personnelles du juge* », *RID comp.* 1986, p. 517.
- LE GALL (J. P.): « *A quel moment le contradictoire? Une application de la Convention européenne des droits de l'homme* », *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 54.
- LEMAIGAT (P.) : « *L'efficacité du droit de rétention du créancier gagiste dans les procédures collectives* », *Les Petites Affiches*, n° 242 du 6 décembre 1999.
- LENABASQUE (H.): « *La cession de l'entreprise en redressement judiciaire* », *JCP éd. E.* 1990, II, 15770.
- LIENHARD (A.) : « *Sauvegarde des entreprises : fin du premier round parlementaire*, » *D.* 2005, chrono, p. 775.
- LUCHEUX (J.-M) : « *Les innovations dans les modalités de leur traitement amiable* », in *Le nouveau droit de défaillances d'entreprises*, Dalloz, coll. THEMIS et commentaires, 1995, p.81.

- MAGNIER (V.) : « *La notion de justice impartiale - A la suite de l'arrêt Oury, Cass. Ass. Plén., 5 février 1999* », JCP éd. G. 2000,1, 252.
- MARGUENAUD (J.-P.) : « *Le juge judiciaire et l'interprétation européenne* », L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, sous la direction de F. SUDRE, Bruylant, 1998, p. 231.
- MARTIN (J.-F.) : « *La cession d'entreprise* », RTD com. 1986, spécial, p. 119.
- MARTIN (J.-F.) et VALLENS (J.-L.) : « *Redressement et liquidation judiciaires* », Lamy Droit commercial, 2000, n° 2261 et s.
- MARTIN (R.) : « *Faut-il supprimer le ministère public (devant les juridictions civiles, et administratives)* », RTD civ. 1998, p. 873.
- MARTIN (R.) : « *La saisine d'office du juge (essai sur sa signification)* », JCP 1973, IV, 6316.
- MARTIN (R.) : « *Le fait et le droit ou les parties et le juge* », JCP éd. G. 1974, I, 2625 .
- MARTIN (R.) : « *Le juge devant la prétention* », D. 1987, chron., p. 35.
- MARTIN (R.) : « *Retour sur la distinction du fait et du droit* », D. 1987, chron., p. 273.
- MARTINEAU-BOURGNINAUD : « *le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises* », D.2005, chron.p.1356, n°8.
- MARTINEAU-BOURGNINAUD : « *Le spectre de la cessation des paiements...* », D. 2005.1356.
- MARTIN SERF (A.) : « *Réflexion sur la nature contractuelle du concordat* », Rev. de jurisp. Com, sept-oct 1980, p. 293 et s
- MARTIN-SERF (A.) : « *L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse* », Mélanges A. HONORAT, éd. Frison-ROCHE, 2000, p. 143.
- MARTIN-SERF (A.) : « *Les revendications et les restitutions : questions procédurales* », Petites affiches 28 octobre 1998, p. 23.
- MAS (D.) : « *L'effet dévolutif de l'appel et les procédures collectives de règlement du passif* », D. 1984, chron., p. 169, n° 17.
- MATRAY : « *Réflexions sur la faillite d'office* », rev. gén. Dr., 1988, p.145.
- MAY (J.-C.) : « *La triple finalité de la loi sur le redressement et la liquidation judiciaire* », Les Petites affiches, 25 novembre 1987, n° 141, p. 18 et 27 novembre 1987, n° 142, p. 15.

- MERCADAL (B.) : « *La notion d'entreprise* », Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges J. DERRUPE, Litec, 1991, p. 9.
- MIGUET (J.) : « *Exécution provisoire, généralités* », J. Cl. Procédure, fasc. 516, 1997.
- MONSERIE (M. H.) – BON : « *droit de rétention* », Dict-perm. Difficultés des entreprises, n° spécial, mars 2009, P. 4178.
- MONTENAN (Th.) : « *Médiation et sauvegarde des entreprises* », in La lettre de l'observatoire consulaire des entreprises en difficulté, juin 2005, n° 26, p.8, 2° col.
- MONTERAN : « *La réforme de la prévention des difficultés* », D.2009. 639
- MORVAN (P.) : « *Le comité d'entreprise et ses doubles dans le droit des procédures collectives* », J.C.P. éd. E. 2003, 1625, n°20.
- MOTULSKY (H.) : « *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge* », D. 1964, p. 235.
- MOTULSKY (H.): « *Nouvelles réflexions sur l'effet dévolutif de l'appel et de l'évocation* », JCP 1958,1, 1423.
1989, n° 9, p.79.
- NAVARRO (J.-S.) : « *Standards et règles de droit* », RRJ 1988, p. 834.
- NEROT (C.) : « *Action en comblement de passif : la position du Parquet de Paris* », Petites affiches, 1988, n° 64, p. 25.
- NEVEU (Y.) : « *Les innovations apportées au régime des sanctions par le projet de réforme* », RJ. Com., hors série 2004, p. 131
- NICOLA (G.) : « *Inaccessible droit !* », RRJ 1998, pp. 15-49.
- NORMAND (J.) : « *Juge de l'exécution, décisions et voies de recours* », J. Cl. Procédure, fasc. 2060, 1993.
- NORMAND (J.) : « *Le juge et le fondement du litige* », Mélanges P. HEBRAUD, 1981, p. 595.
- NORMAND (J.) : « *Le juge peut-il tenir pour non établi un fait allégué et non contesté ? A-t-il, plus généralement, le pouvoir de mettre en doute ce qui, entre les parties, n'est pas sujet à discussion ?* » RTD civ. 1992, p. 448. *
- NORMAND (J.) : « *Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » (art. 6-1), RTD civ. 1996, p. 689.
- NORMAND (J.) : « *Les apports respectifs du juge et des parties à la solution du litige, aujourd'hui et demain* », RTD civ. 1998, p. 461 et s.

- OBADIA (E.) et SEXER (Y.) : « *La responsabilité des dirigeants sociaux et l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985* », Bull. Joly 1994, § 175, p. 617.
- OLIVIER (M.) : « *Un nouveau venu en matière d'expertise, l'expert en diagnostic d'entreprise* », Gaz. Pal. 1985, doct. p. 191.
- OLIVIER (M.) : « *Nouvelles mesures de renforcement du contrôle administratif et financier des administrations judiciaires et des mandataires de justice à la liquidation des entreprises* », Gaz. Pal.4/8 avr.1999.
- ORIANNE (P.) : « *Les standards et les pouvoirs du juge* », RRJ 1988, p. 1037.
- ORTH (A.) : « *Le rôle du juge dans la nouvelle législation des entreprises en difficulté* », RJ com. février 1987, n° spécial, p. 91.
- PAILLUSSEAU (J.) : « *Le droit est aussi une science d'organisation (et les juristes sont parfois des organisateurs juridiques)* », RTD com. 1989, p. 1.
- PAILLUSSEAU (J.) : « *Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit* », D. 1997, chron., p. 97.
- PATIN (J.) : « *Le plan, élaboration et nature juridique* », in « *Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises* », RTD com. 1986, n° spécial, t. 1, p. 75.
- PERCEROU (R.) : « *Le traitement judiciaire de la situation des entreprises en difficulté ; mythe ou possibilité réelle* », Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle, Mélanges C. CHAMPAUD, Dalloz, 1997, p. 507.
- PERCEROU (R.) : « *Le traitement judiciaire de la situation des entreprises en difficulté : mythe ou possibilité réelle* », Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle, Mélanges C. CHAMPAUD, Dalloz 1997, p.507
- PERDRIAU (A.) : « *La communication au Ministère public des affaires de faillite* », JCP éd. G. 1986,1, 3228.
- PERDRIAU (A.) : « *La responsabilité civile des mandataires de justice dans les procédures collectives* », JCP éd. E., 1989, II, 15547.»
- PERDRIAU (A.) : « *Le contrôle de la Cour de cassation en matière de faillite* », JCP éd. G. 1987,1, 3288.
- PERDRIAU (A.) : « *Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 au regard du juge de cassation* », JCP éd. G. 1999,1, 115.

- PERDRIAU (A.) : « *Pour une limitation des appels-nullité* », Gaz. Pal. 1996, doct., p. 204.
- PERDRIAU (A.) : « *Existe-t-il des pourvois nullité ?* », D. 2002, chron. p.1993.
- PERNAUD (P.) : « *Quelques modifications touchant le représentant des créanciers et le liquidateur dans la loi du 10 juin 1994* », Le nouveau droit des défaillances d'entreprise, Dalloz, 1995, p. 145.
- PEROCHON (F.) : « *Fraude du débiteur et poursuites du créancier forclos* », Mélanges A. HONORAT, éd. Frison-ROCHE, 2000, p. 161.
- PEROCHON (F.) : « *Le « bénéfice » sélectif de la procédure collective*, Mélanges C. MOULY, Litec, 1998, t. 2, p. 401.
- PEROCHON (F.) : « *La revendication de biens fongibles par le vendeur* », Les Petites Affiches, n°spéc.14 sept 1994, p.82
- PEROCHON (F.) : « *Les créanciers postérieurs à la réforme du 26 juillet 2005* », Gaz. Pal. 7-8 sept. 2005, p. 57, n° 68
- PETEL (P.) : « *La réforme des voies de recours* », Le nouveau droit des défaillances d'entreprise, Dalloz, 1995, p. 188.
- PETEL (Ph.) : « *La réforme des plans de redressement* », colloque CRAJEFE du 27 mars 2004, Les Petites Affiches, 10 juin 2004, p.34, n°21.
- PETEL (Ph.) : « *Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II- commentaire de l'ordonnance n°2008- 1345 du 18 décembre 2008* », JCP E 2009. 1049, n°14
- PETEL (Ph.) : « *Les créanciers postérieurs* », Rev. pro. coll. 2006/2, p. 142s, sp. p.146, n° 27.
- PETEL (Ph.) : « *Les nouveaux critères d'ouverture (aspects juridiques)* » Dr. et patr, déc. 2009, n°187, p.59 s, sp.p.62.
- PH HAEL (J.) : « *La consécration du droit d'alerte du Président du Tribunal* », commentaire de l'article 34 de la loi du 1^{er} mars 1984, modifié par la loi du 10 juin 1994, relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, Petites affiches, n° 117 du 30 septembre 1994, n° 15
- PICARD : « *Le mandat ad hoc : un instrument à redécouvrir* », Les Petites Affiches, 14 juin 2007, p. 7.
- PIGASSOU (P.) : « *Entreprises en difficulté - Redressement judiciaire (procédure et organes)* », Rép. com. Dalloz, 1997.
- PREVOST (A.) : « *La transparence dans les procédures collectives : le point de vue du juge* », Gaz. Pal. 1997, 2 doct. P.1242.

- RETIF (S.) : « *L'extension des procédures collectives aux professions libérales* », Rev. proc. coll. 2006. p. 152.
- RIALS (S.) : « *Les standards, notions critiques du droit* », Les notions à contenu variable en droit, Bruylant, 1984, p. 39.
- RIALS (S.): « *Ouverture - L'office du juge* », Droits : la fonction de juger, 1989, n°9, p. 3.
- ROBERT (P.) : « *Une autre assistance éducative, commentaire de la loi 70-459 du 4 juin 1970 et du règlement d'administration publique 70-1276 du 23 décembre 1970* », RTD civ. 1973, p. 26.
- ROHART-MESSAGER : « *L'amélioration de la prévention* », GPC, 7 mars 2009, p.5
- ROUGER (M.) : « *Difficultés économiques et interventions judiciaires* », Mélanges A. HONORAT, éd. Frison-Roche, 2000, p. 187 et s.
- ROUSSEL GALLE (Ph.) : « *Les aides publiques aux entreprises en difficulté : les lignes directrices communautaires, le Ciri et les Codefi* », Rev.proc.coll.2006/2, p.128 et s., sp.,p.129.
- ROUSSEL GALLE (Ph.) : « *Etude prévention des difficultés* », in DPA, 2009 et Les Petites Affiches, 12 juil. 2006
- ROUSSEL GALLE (Ph.) : « *La procédure de sauvegarde. Quand et comment se mettre sous protection de la justice* », JCP E, 2006, chron. 2437, p. 1679 ; sp. p.1688, n° 34.
- ROUSSEL GALLE (Ph.) : « *Le droit des entreprises en difficulté après les réformes du 26 juillet 2005 et du 18 décembre 2008* », Economie, décembre 2009, p. 955 et s, n° 6
- ROUSSEL GALLE (Ph.) : « *Les acteurs de la prévention des difficultés des entreprises : Dict. permanent difficultés des entreprises* », févr. 2007, Bull. 279, p. 4664.
- ROUSSEL GALLE (Ph.) : « *Les privilèges de procédure* », Cahiers de droit de l'entreprise, n°4, juillet-août 2009, p.43
- SABOURIN (P.) : « *Les autorités administratives dans l'Etat* », Les autorités administratives indépendantes, PUF, 1988, sous la direction de C.-A. COLLIARD et G. TIMSIT, PUF, 1988, p. 95.
- SAINT-ALARY-HOUÏN (C.) : « *Les intentions de réforme des lois du 1er mars 1984 et du 25 janvier 1985* », Petites affiches, 6 septembre 2000, p. 64.

- SAINT-ALARY-HOUIN (C.) : « *La responsabilité patrimoniale des dirigeants de sociétés en difficulté* », Rev. proc. coll. 2001, p. 145.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.) et MONSERIE (M.-H.) : « *Redressement judiciaire et liquidation judiciaire - Action en nullité* », J.Cl. Commercial, fasc. 2515, 1996.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.) : « *Variations sur le plan de cession d'une entreprise en difficulté* », Mélanges Champaud, édition Dalloz, 1997, p. 539.
- SAINT-ALARY-HOUIN : « *L'ouverture de la procédure de sauvegarde* », RPC 2008/2, p. 85s, sp.p.88, n° 16.
- SAPIN (A.) : « *Le règlement amiable... ou la conciliation. Potion miracle ou placebo ? Conciliation et cessation des paiements* », in « *entreprises en difficulté : nouvel essai. Moins de liquidation par plus de prévention. Mythe ou réalité ?* » Colloque droit et commerce, Deauville, 3-4 avril 2004, RJ com. 2004, hors série, p. 59.
- SAPIN (B.) : « *Confidentialité et sécurité juridique* », RJ com., hors série 2004, p. 66.
- SAVAUX (E.) : « *La personnalité morale en procédure civile* », RTD Civ., 1995, p. 1.
- SCHMIDT (D.) : « *De l'intérêt social* », Rev. Dr. Banc, et Bourse, juillet août 1995, p. 130.
- SCHOLASTIQUE (B.) : « *Titre exécutoire et procédures collectives* », Dr. et proc.2005/1, p.7s. sp. n° 9.
- SENECHAL (J.P.) : « *Procédures civiles d'exécution et procédures collectives* », Les Petites Affiches, n° 254 du 22 décembre 1999.
- SOINNE (B.) : « *L'intervention du Ministère public dans les procédures de redressement et de liquidation* », D. 1983, chron., p. 11.
- SOINNE (B.) : « *La double nature de la déclaration de créances* », Banque mars avril 1993, p. 94.
- SOINNE (B.) : « *La responsabilité des dirigeants d'une personne morale en cas de redressement ou de liquidation judiciaire : une évolution jurisprudentielle préoccupante* », Rev. proc. coll., 1995, p. 249 .
- SOINNE (B.) : « *Le bateau ivre (à propos de l'évolution récente du droit des procédures collectives)* », Rev. proc. coll. 1997, p. 105.
- SOINNE (B.) : « *Le recours-nullité dans le cadre des procédures collectives* », Gaz. Pal. 1987, doct., p. 695.
- SOINNE (B.) : « *Problématique du plan de cession* », Rev. proc. coll.»1989, p. 463.

- SOINNE (B.) : « *La clôture de la liquidation judiciaire* », Rev. proc. coll. 1993, p. 217.
- SOINNE (B.) : « *Les dispositions nouvelles relatives au statut des mandataires de justice (accès et exercice des professions, tarification et exécution de certaines tâches par des tiers)* », Rev.proc.coll.2005/1, sp.p 57.
- SOINNE (B.) : « *La continuation de l'entreprise* », RTD Com. 1986, n° spécial, p. 87 et s
- SOINNE (B.) : « *La réforme des procédures collectives : la confusion des objectifs et des procédures* », RPC 2004, p.1, n°4.
- SOINNE (B.) : « *le paradoxe de l'entreprise éclatée* », JCP 1981, éd. cl II, 13551, P. 317.
- SOINNE (B.) : « *Prolégomènes sur une refonte du droit de la faillite* », D. 1976, Chron. 253.
- SORTAIS (J.-P.) : « *Les particularités procédurales en matière de sanctions* », Petites affiches, 1er juillet 1987, p. 39.
- SORTAIS : « *les mécanismes d'alerte et de conciliation* », Rev. Banque, édit.2007, n°33s et 41s.
- STAES (O.) : « *Aspects de procédure et voies d'exécution* », rev. proc. coll. 2009-1, p. 44, n° 51.
- TEBOUL (G.) : « *La réforme des procédures collectives : le retour* », les Petites Affiches, 4 novembre 2003, n° 220, p. 4.
- TERRE (F.) : « *Droit de la faillite ou faillite du droit ?* », R.J. com., 1991, p.29.
- THERY (Ph.) : « *L'incidence d'une procédure collective sur les procédures civiles d'exécution* », Dr. et proc. 2002/3, p. 140, spéc. p.144.
- TRIAULAIRE (J.P.) : « *Le rôle du Ministère public* », Rev. Proc. Coll. 2006/2, p. 212 et s., sp. p.215.
- VALDMAN : « *Loi de sauvegarde : quelle procédure pour quelles difficultés des entreprises* », Gaz.proc.coll. 2008/1, p.14.
- VALLANSAN (J.) : « *Le créancier oublié* », RJ com. 2000, p. 50,
- VALLANSAN (J.) : « *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises - Clôture pour insuffisance d'actif* », J. Cl. commercial, fasc. 2770, 1995.
- VALLENS (J.-L.) : « *Droit de la faillite et droits de l'homme. La loi sur le redressement judiciaire et la Convention européenne des droits de l'homme* », RTD com. 1997, p. 567.

- VALLENS (J.-L.) : « *L'effet du redressement judiciaire sur les instances en cours* », RTD com. 1991, p. 529.
- VALLENS (J.-L.) : « *L'exécution provisoire du jugement de redressement ou de liquidation judiciaires des entreprises* », D. 1997, chron., p. 111.
- VALLENS (J.-L.) : « *Questions procédurales de droit international privé et de droit européen* », Les Petites Affiches 23 octobre 1998, n° 129, p. 4.
- VALLENS (J.-L.) : « *La réforme du droit français des entreprises en difficulté* », Bull. d'actualité, Lamy droit commercial, septembre 2005, n°41.
- VALLENS (J.L.) : « *Le droit européen de la faillite : premiers commentaires de la convention relative aux procédures d'insolvabilité* », Dalloz, 1995, p.307 à 310
- VERDOT (R.) : « *La double fonction du juge-commissaire dans les procédures collectives de règlement judiciaire et de liquidation des biens* », JCP éd. G., 1974,1, 2606.
- VINCKEL (F.) : « *L'exécution forcée du plan de sauvegarde* », RPC 2009-3, p.26, n°9.comp. l'opinion nuancée de LIENHARD, Code 2009, p.205.
- VINCKEL (F.) : « *Le nouveau régime de la période suspecte... : une réforme en trompe l'œil* », JCP E 2006, 1118, n°9.
- VINCKEL (F.) : « *L'option entre les procédures préventives du nouveau droit des entreprises en difficulté : analyse des risques* », Les Petites Affiches, 12 juin 2006, n° 116, p.7s, sp.p.9, n° 9.
- VOINOT (D.) : « *Le renvoi dans les procédures collectives* », Rev. gén. procédures
- VOINOT (D.) : « *L'ouverture des procédures collectives* », Gaz. proc. coll. n°sp. 2009, 6 et 7 mars 2009, p.10s, sp. 12.
- WIEDERHEHR (G.) et D'AMBRA (D.) : « *Exécution des jugements et des actes* », Rép. pr. civ., 1994.
- WIEDERKEHR (G.) : « *De la distinction entre décision contentieuse et décision gracieuse* », Justices 1996, n° 4, p. 266.
- WIEDERKEHR (G.) : « *Droits de la défense et procédure civile* », D. 1978, chron., p. 36.
- WIEDERKEHR (G.) : « *La responsabilité de l'Etat et des magistrats du fait de la justice* », Justices 1997, n° 5, p. 13.
- WIEDERKEHR (G.) : « *Le système des voies de recours en droit judiciaire privé français* », RID comp. 1989, n° spéc., vol. 11, p. 225.

WIEDERKEHR (G.) : « *Qu'est-ce qu'un juge ?* » Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges R. PERROT, Dalloz, 1996, p. 575.

ZAKINE (I.) : « *L'exigence du contradictoire* », Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 69.

ZENATI (F.) : « *Le produit de l'action en comblement du passif et la masse des créanciers* », D. 1983, chron., p. 213.

B. DROIT AFRICAIN

1. Antérieurement au droit de l'OHADA

BOUKOUNGOU (J.D.) : « *Indépendance du pouvoir judiciaire et protection des droits de l'Homme au Congo à la lumière des deux décisions de la Cour Suprême du 02 août 1996* », Penant 1997

BOUMAH (A.) : « *Un nouveau Code de procédure civile gabonais* », Penant 1979, p. 373 et S-

DEGNI (R.)-SEGUI : « *L'accès à la justice et ses obstacles* », actes du colloque international des 29,30 Septembre et 1^{er} Octobre 1993 à Port-Louis.

FADIKA (M.) et ARTHUR (R.) : « *Commentaire du code ivoirien de procédure civile et commerciale* », Penant 1997, p. 85 et s.

FALL (A.B.) : « *L'accessibilité à la justice en Afrique* », Justice et Droits de l'homme, Actes du colloque du 28^e congrès de l'IDEF, 6-8 mars 2003, Paris, p.323 et s.

ILOKI (A.) : « *Les Tribunaux populaires du Congo* », Penant 1985, p. 107 et S-

KAMTO (M.) : « *Mutations de la Justice Camerounaise à la lumière des développements constitutionnels de 1996* », revue africaine de sciences juridiques, 2000, n°1, p. 9-20.

MARCHAND (P.) : « *L'organisation judiciaire en Haute Volta* », Penant, 1964, p. 121 et S-

MARTICOURIAN (A.) : « *L'organisation judiciaire du Cameroun* », Penant, 1969, p. 33 et s-

- MBAYE (K.) : « *L'organisation judiciaire du Sénégal* », Penant 1965, p. 27 et s. et p. 191 et s-
- MOYRAND (A.) et NABIA (A.) : « *L'organisation judiciaire du Tchad* », Penant 1988, p. 75 et s-
- POCANAM (M.) : « *Réflexions sur quelques aspects de droit de la faillite au Togo* », Penant, n°812, mai-septembre 1993, p.189 à 230.
- POCANAM (M.) : *Le concordat préventif, remède aux difficultés des entreprises au TOGO*, 1994, dactylographié, 41 pages
- RAYNAL (J.P.) : « *la diversité dans l'unité, le système juridictionnel nigérien* », Penant 1964 ? p. 121 et s-
- SAWADOGO (F.M.) : « *l'accès à la justice en Afrique francophone : problème et perspective, le cas du Burkina Faso* », in Rev.Jur. et Coop., mi-septembre 1995, p. 201
- SAWADOGO (F.M.) : « *L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone, à partir de l'exemple du Burkina Faso* », Revue burkinabé de Droit, n°26 , juillet 1994, p.191 à 248.

2. Postérieurement au droit de l'OHADA

- ANABA MBO (A.) : « *Exécution définitive et exécution provisoire dans l'espace OHADA* », Revue camerounaise de droit des affaires, n°5, octobre – décembre 2000, p.28.
- ANOUKAHA (F.) : « *L'émergence d'un nouveau droit des procédures collectives d'apurement du passif dans les Etats membres de l'OHADA* », Afrique juridique et politique, la Revue du CERDIP, n°1, vol.1, janv-juin 2002, p.85, n°53.
- ANOUKAHA (F.) : « *l'OHADA en marche* », annales de la Faculté des sciences juridiques et politiques de l'université de Dschang, T. 6, 2002, n° spécial, Droit OHADA- CIMA, p. 7 et s, note p. 19 et s.
- ANOUKAHA (F.) : « *Commentaire de la loi du 29 décembre 2006* », Juridis Périodique, n° 68, oct-nov-dec 2006, p. 45 et s.
- ASSOGBAVI (K.) : « *Les procédures collectives d'apurement du passif dans l'espace OHADA* », Pennant, n°832 , 2000, p.55 et sv., spéc.p.58.

- ASSONTA (R.) : « *Un virus en pleine expansion contre le droit d'accès à la justice civile au Cameroun : la consignation* », *Juridis périodique*, n° 81, janv-fevr-mars 2010, p. 111.
- BENKEMOUN (L.) : « *Sécurité juridique et investissements internationaux* », *Penant*, n° 855, p. 193
- BERTHE (A.W.) : « *La clause de réserve de propriété selon les Actes uniformes de l'OHADA* » www.ohada.com.
- BROU (M.K.) : « *La protection des vendeurs de biens avec la clause de réserve de propriété dans les procédures collectives : l'apport du traité OHADA* », *Penant*, n° 837, p. 300.
- CHIFFLOT (B.F), BEN-KEMOUN (L.) et THOUVENOT (S.) : « *Pérenniser le succès de l'OHADA ; piste de réflexion* », *RDAI/IBLJ*, n°2, 2006, p. 229 et s.
- FOMETEU (S- J.) : « *Le juge de l'exécution au pluriel ou la (parturition) au Cameroun de l'article 49 de l'acte uniforme OHADA portant voies d'exécution* », *juridis périodique*, n° 70, avril-mai-juin 2007, p. 97 et s
- GUYON (Y.) : in « *l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* », *Les Petites Affiches*, n°spécial 205, 13 octobre 2004
- ISSA (J.)-SAYEGH : « *L'intégration juridique des Etats africains de la Zone Franc* », *Penant*, 1997, n°823, p-5 et n°824, p.125.
- ISSA (J.)-SAYEGH : « *L'OHADA, instrument d'intégration juridique des pays africains de la Zone Franc* », *Penant*, 1997, n° 823, p.5-31 et n° 824, p.125 et s.
- ISSA (J.)-SAYEGH : Présentation de l'Acte uniforme..., in *Penant*, Numéro spécial OHADA, op.cit p.217.
- KANE EBANGA (P.) : « *La nature juridique du concordat de redressement judiciaire dans le droit des affaires OHADA* », *Juridis périodique*, n° 50, avril – mai – juin 2002, p. 110.
- MODI KOKO BEBEY (H.D.) : « *L'action en revendication dans les procédures collectives du droit français et de l'OHADA* », www.juriscope.org, p. 3.
- MODI KOKO BEBEY (H.D.) : « *Le tribunal compétent pour l'ouverture des procédures collectives du droit uniforme OHADA* », www.juriscope.org, p. 3.
- NGUIHE KANTE (P.) : « *Réflexion sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA* », *Ann. Fac. des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang (Cameroun)*, t 5, 2001, PUA, p. 87, n°1.

- NGWE (A.M) : « *L'application des Actes uniformes de l'OHADA au Cameroun* », Pennant, n°850, 2005, p.81 et s.
- PAILLUSSEAU (J.) : « *une révolution juridique en Afrique francophone-l'OHADA* », in perspectives de droit économique-dialogue avec Michel JEANTIN, Dalloz, 1999.
- ROUSSEL GALLE (Ph.) : « *OHADA et difficultés des entreprises* », R.J. com., 2001, n°2, p.1 et s. et n°3, p.62 et s.
- SAWADOGO (F.M.) : « *L'application des actes uniformes OHADA par les juridictions nationales du Burkina Faso* », Penant, n° 850, 2005, p.71.
- TAKAFO KENFACK (D.) : « *Faut-il supprimer l'alerte dans l'espace OHADA ?* », Juridis périodique, n°81, jan-fév-mars 2010, p.105.
- TATY (G.) : « *Brèves réflexions à propos de l'entrée en vigueur d'une réglementation commune du droit des affaires des Etats membres de la Zone Franc* », Penant, 1999, p.223 et s., spéc. p.230.
- ZERBO (Z.) : *Le droit de rétention dans l'Acte uniforme portant organisation des sûretés* : Penant 2001, n°836, p.125 et s.
- ZINZINDOHOUE (A.) : *Les juges nationaux et la loi aux prises avec le droit harmonisé* : RDAI/IBLJ, n°2, 2000, p.227 et s.

IV. NOTES ET OBSERVATIONS

- ALIX (P.) : note sous Com., 14 février 1995, Rev. sociétés 1995, p. 331.
- ANCEL (M.-E.) : note sous Civ. 3^e, 30 juin 1999, D. 2000, juris., p. 559.
- AUBY (J.-M.) : note sous CE, 30 juin 1950, Quéralt, S. 1951, III, p. 85.
- AUQUE-WAREMBOURG (F.) et LEMISTRE (B.) : obs. sous CA Toulouse, 6 juin 1991 Rev. proc.coll. 1992, p. 310, n° 3.
- BARBIERI (J.-F.) : note sous Com., 24 octobre 1995, D. 1996, juris., p.172.
- BARRET (A.) : obs. sous Com., 4 juillet 2000, Rev. proc. coll. 2001, p. 107, n° 1.
- BARRET (O.) : note sous Com., 15 janvier 1991, JCP éd. E. 1991, II, p. 165.
- BARTHELEMY (J.) et DE CHAISEMARTIN (C.) : note sous CE, 1^{er} février 1980, Clinique Ambroise Paré, JCP éd. G. 1980, II, 19445.
- BECQUERELLE (S.) : obs. sous CEDH, 24 août 1993, Nortier, D. 1994, somm. comm., p. 37.

- BEHAR-TOUCHAIS (M.) : note sous Com., 3 juin 1997, JCP éd. E. 4997, II, 988.
- BENABENT (A.) : note sous CE, 12 octobre 1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France, D. 1979, juris., p. 606.
- BENOIT-ROHMER (F.) : note sous CEDH, 28 septembre 1995, Procola c. Luxembourg, D. 1996, juris., p. 301.
- BOLARD (G.) : note sous Civ. 2^e, 13 juillet 2000, D. 2001, juris., p. 499.
- BOLARD (G.) : note sous Civ. 2^e, 25 mai 2000, D. 2000, juris. p. 819.
- BOLARD (G.) : note sous Civ. 2^e, 9 décembre 1997, D. 1998, juris., p. 229.
- BOLARD (G.) : note sous Civ. 1^{re}, 22 avril 1997, JCP éd. G. 1997, II, n° 22944.
- BOLARD (G.) : note sous Com., 12 mai 1992 et Com., 3 mars 1992, D. 1992, juris., p. 345.
- BOLARD (G.) : note sous Com., 28 mai 1996, D. 1997, juris., p. 538.
- BOULOC (B.) : note Crim., 8 novembre 1993, Rev. sociétés 1994, p. 298.
- BOULOC (B.) : note sous Civ. 2^e, 24 juin 1998 et Civ. 3^e, 24 juin 1998, D. 1999, juris., p. 221.
- BOULOC (B.) : note sous Crim., 26 mai 1994, Rev. sociétés 1994, p. 771.
- BOULOC (B.) : note sous Crim., 30 septembre 1991, Rev. sociétés 1992, p. 356.
- BOURDILLAT (J.-J.) : note sous CA, Montpellier, 18 février 1997, D. 1998, juris., p. 227.
- BUREAU (D.) : note sous Com., 12 mars 1996, Rev. sociétés 1996, p. 554.
- CABRILLAC (M.) : obs. sous Com., 11 mai 1999, JCP éd. G. 1999,1, 177, n° 9.
- CABRILLAC (M.) : note sous CA Limoges 13 août 1986, JCP éd. G. 1986, II, 20693.
- CABRILLAC (M.) : obs. JCP éd. G. 1994,1, 3799, n° 11.
- CABRILLAC (M.) : obs. sous Com. 18 janvier 2000, JCP éd. G. 2000,1, 249, n° 15.
- CABRILLAC (M.) : obs. sous Com., 17 juillet 2001, JCP éd. G. 2002,1, n° 1.
- CABRILLAC (M.) : obs. sous Com., 1^{er} juillet 1997, JCP éd. G. 1999,1, 111, n° 11.
- CABRILLAC (M.) : obs. sous Com., 20 mai 1997, JCP éd. G. 1998,1, 111, n° 6.
- CABRILLAC (M.) : obs. sous Com., 20 mai 1997, JCP éd. G. 1998,1, 111, n° 16.
- CABRILLAC (M.) : obs. sous Com., 22 octobre 1996, JCP éd. E. 1997,1, 651, n° 4.
- CABRILLAC (M.) : obs. sous Com., 3 juin 1997, JCP éd. E. 1998, chron. p. 33, n° 15.
- CABRILLAC (M.) : obs. sous Com., 6 juillet 1999, JCP éd. G. 2000,1, 233, n° 2.
- CABRILLAC (M.) : obs. sous Com., 7 décembre 1999, JCP éd. G. 2000, I, 249, n° 8.

- CABRILLAC (M.) et PETEL (P.) : obs. sous Com., 17 février 1998, JCP éd. G.1998, 1, 167, n° 3.
- CABRILLAC (M.) et PETEL (P.) : obs. sous Com., 2 avril 1996, JCP éd. E. 1996,1, 584, n° 1
- CABRILLAC (M.) et PETEL (P.) : obs. sous Com., 26 octobre 1999, JCP éd. G. 2001, 1, 233, n° 7.
- CABRILLAC (M.) et PETEL (P.) : obs. sous Com., 26 octobre 1999, JCP éd. G. 2000, 1, 233, n° 11.
- CABRILLAC (M.) et PETEL (P.) : obs. sous Com., 28 février 1995, JCP éd. E.1995, 1, 487, n° 15.
- CABRILLAC (M.) et PETEL (P.) : obs. sous Com., 28 juin 1994, JCP éd. G. 1995, I, 3815, n° 5.
- CABRILLAC (M.) et PETEL (P.) : obs. sous Com., 4 janvier 2000, JCP éd. G. 2000, 1, 249, n° 4.
- CABRILLAC (M.) et PETEL (P.) : obs. sous Com., 6 mars 2001, JCP éd. G. 2001, 1,360, n° 12.
- CABRILLAC (M.) et PETEL (P.) : obs. sous Com., 9 décembre 1997, JCP éd. G.1998, 1, 141, n° 3.
- CABRILLAC (M.) et PETEL(P.) : obs. sous Com., 26 janvier 1993, JCP éd. G. 993, 1, 3704, n° 4.
- CADIET (L.) : note sous Civ. 2^e, 14 décembre 1988, JCP éd. G. 1989, II, 21268.
- CADIET (L.) : obs. sous Ass. Plén., 24 novembre 2000, JCP éd. G. 2001, I, 311, n° 3.
- CADIET (L.) : obs. sous CA Paris, 22
- CADIET (L.) : obs. sous Civ. 2^e, 25 mai 2000, JCP éd. G. 2000,1, 267, n° 7.
- CADIET (L.) : obs. sous Civ. 1^{re}, 22 juin 1999, JCP éd. G. 2000,1, 221, n° 3.
- CADIET (L.) : obs. sous Civ. 1^{re}, 28 avril 1998, JCP éd. G. 1998,1, 173, n° 16.
- CADIET (L.) : obs. sous Com., 22 mars 1988 Rev. proc. coll., 1989, 40, n° 3.
- CADIET (L.) : obs. sous Com., 22 mars 1988, Rev. proc. coll. 1989, p. 40, n° 3.
- CADIET (L.) : obs. sous Com., 23 juin 1998, JCP éd. G. 1998,1, 173, n° 13.
- CADIOU (M.) : obs. sous CA Chambéry, 5 mai 1997, CA Basse-Terre, 2 décembre 1996, CA Colmar 21 mai 1996, Rev. proc. coll. 1998, p. 53, n° 22.
- CADIOU (M.) : obs. sous CA Paris, 17 juin 1997, Rev. proc. coll. 1998, p. 241, n° 38.

- CADIOU (M.) : obs. sous CA Paris, 25 avril 1997, Rev. proc. coll. 1997, p. 428, n° 34.
- CADIOU (M.) : obs. sous CA Riom, 11 octobre 1996, Rev. proc. coll. 1998, p. 236, n° 26.
- CADIOU (M.) : obs. sous CA Riom, 15 juin 1994, Rev. proc. coll. 1998, p. 54, n° 23.
- CADIOU (M.) : obs. sous Civ. 2^e, 24 septembre 1997, Rev. proc. coll. 1999, p. 28, n° 19.
- CADIOU (M.) : obs. sous Com., 17 février 1998, Rev. proc. coll. 1999, p. 32, n° 28.
- CADIOU (M.) : obs. sous Com., 22 octobre 1996, Rev. proc. coll. 1997, p. 434, n° 40.
- CADIOU (M.) : obs. sous Com., 6 janvier 1998, Rev. proc. coll. 1999, p. 30, n° 23.
- CALENDINI (J.-M.) : obs. sous CA Angers, 27 septembre 1990, Rev. proc. coll. 1992, p. 297, n° 9.
- CALLEWAERT(J-) : note sous CEDH, 30 octobre 1991, *Borgers c. Belgique*, RTDH 1992, p. 201.
- CAMPANA (M.-J.) et CALENDINI (J.-M.) : obs. sous Com., 28 mars 1995, *RD bancaire et bourse 1995*, p. 118.
- CHAPUT (Y.) : note sous Com., 27 avril 1993, *Rev. sociétés 1993*, p. 648.
- CHAPUT (Y.) : obs. sous CA Paris, ord. 1^{er} président, 27 avril 1993, *Droit des sociétés 1993*, n° 139.
- CHAPUT (Y.) : obs. sous CA Versailles, ord. 1^{er} président, 21 mars 1996, *Droit des sociétés octobre 1996*, n° 194.
- CHAUVAUX (D.) et GIRARDOT (T.-X.) : obs. sous CE, 4 juillet 1997, *Epoux Bourezak*, AJDA 1997, chron., p. 584.
- CONTAMINE-RAYNAUD (M.) : note sous Civ. 3^e, 16 avril 1970, *D. 1970, juris.*, p. 474.
- CONTIN (R.) : note sous CA Paris, 22 mai 1965, *D. 1968, juris.*, p. 147.
- CROZE (H.) : note sous Com., 3 juin 1997, *Procédures 1997*, n° 267. *D.1993, juris.*, p. 538.
- DAIGRE (J.-J.) : note sous Com. 20 juin 1995, *Bull. Joly 1995*, p. 953.
- DAIGRE (J.-J.) : note sous Com., 3 mai 1988, *Rev. sociétés 1989*, p. 273.
- DEBBASCH (C.) : note sous AP., 23 février 2001, *D. 2001, juris.*, p. 1752. DECAUX (E.) : obs. sous CEDH, 23 mai 1991, *Oberschlick c. Autriche*, JDI 1992, p. 787.

- DEL TUFO (M.) et FIANDACA (G.) : note sous CEDH, *Busceni c. Italie*, 16 septembre 1999, RTDH 2000, p. 543.
- DERRIDA (F.) : note sous Ass. Plén., 31 mars 1995, D. 1995, juris., p. 321.
- DERRIDA (F.) : note sous Com., 24 octobre 1995, D. 1996, juris., p. 86.
- DERRIDA (F.) : note sous CA Aix-en-Provence, 23 janvier 1973, D. 1973, juris., p. 445.
- DERRIDA (F.) : note sous Com. 28 mars 1995, D. 1995, juris., p. 410.
- DERRIDA (F.) : note sous Com., 16 mars 1993, D. 1993, juris., p. 583.
- DERRIDA (F.) : note sous Com., 25 janvier 1994, D. 1994, juris., p. 379.
- DERRIDA (F.) : note sous Com., 26 avril 1994, D. 1994, juris., p. 542.
- DERRIDA (F.) : note sous Com., 26 janvier 1993, D. 1993, juris., p. 205.
- DERRIDA (F.) : note sous Com., 28 février 1995, D. 1995, juris., p. 390.
- DERRIDA (F.) : note sous Com., 3 juin 1997, D. 1997, juris., p. 517.
- DERRIDA (F.) : note sous Corn., 6 juillet 1983, D. 1983, juris., p. 435.
- DERRIDA (F.) : obs. CA Lyon, ord. 1^{er} président, 3 juin 1986, D. 1987, somm. comm., p. 7.
- DERRIDA (F.) : obs. sous CA Colmar, 18 novembre 1987, D. 1990, somm. comm., p. 6.
- DERRIDA (F.) : obs. sous CA Paris, 12 février et 9 avril 1991, D. 1992, somm. comm., p. 8.
- DERRIDA (F.) : obs. sous CA Paris, 14 décembre 1993, D. 1996, somm. comm. p. 5.
- DERRIDA (F.) : obs. sous Com. 12 juillet 1994, D. 1995, somm. comm. p. 1.
- DERRIDA (F.) : obs. sous Com., 12 octobre 1993, D. 1994, somm. comm., p. 7.
- DERRIDA (F.) : obs. sous Com., 15 janvier 1991, D. 1992, somm. comm., p. 91.
- DERRIDA (F.) : obs. sous Com., 19 octobre 1993, D. 1994, somm. comm., p. 46.
- DERRIDA (F.) : obs. sous Com., 22 octobre 1996, D. 1997, somm. comm., p. 3.
- DERRIDA (F.) : obs. sous Com., 30 mai 1989, D. 1991, somm. comm., p. 9.
- DERRIDA (F.) : obs. sous Com., 6 mai 1997, D. 1998, somm. comm., p. 6.
- DERRIDA (F.) et JULIEN (P.): note sous Com., 22 mars 1988, D. 1988, juris.
- DERRIDA (F.) et SORTAIS (J.-P.) : note sous Com., 16 novembre 1993, D. 1994, juris., p. 57.
- DEWOST et MASSOT : note sous CE Ass., 29 mars 1968, *Manufacture française des pneumatiques Michelin*, AJDA 1968, p. 335.

- DRAGO (R.) : note sous CEDH, 7 juin 2001, Kress c. France, D. 2001, juris., p. 2619.
- DU RUSQUEC (E.) : note sous Civ. 2^e, 11 janvier 1995, JCP éd. G. 1996, II, 22606.
- DU RUSQUEC (E.) : note sous Civ. 2^e, 7 novembre 1994, JCP éd. G. 1995, II, 22398.
- DURAND-PRINBORGNE (C.) : note sous CE Dame Veuve Ducroux, 23 avril 1965, JCP éd. G. 1965,11, 14412.
- DURRY (G.) obs. sous Civ. 2^e, 7 octobre 1970, RTD civ. 1971, p. 639.
- FISSELIER (A.) : note sous CA Paris, 10 mai 1994, Gaz. Pal. 1994, juris., p. 795.
- FRANC et BOYON : obs. sous CE, 23 juillet 1974, Ministre de l'intérieur c. sieur Gay, AJDA 1974, chron., p. 534.
- FRANC et BOYON : obs. sous CE, 7 décembre 1973, Entreprise Fayolle et Ministre de l'agriculture et du développement c. Société civile agricole des Nigritelles, AJDA 1974, chron., p. 81.
- FRICERO (N.) : obs. sous Ass. Plén., 24 novembre 2000, D. 2001, somm. comm., p. 1067.
- FRICERO (N.) : obs. sous CEDH, 27 mars 1998, D. 1998, somm. comm., p. 368.
- FRICERO (N.) : obs. sous CEDH, Busceni c. Italie, 16 septembre 1999, D. 2000, somm. comm., p. 184, obs. N. FRICERO.
- FRICERO (N.) : note sous Cons.const., 7 déc.2012, n°2012-2086 QPC ; D.2013, p-28,
- FRICERO (N.) : obs. sous Cons.const., 7 déc.2012, n°2012-2086 QPC; JCP E 2013, 1048,
- GALABERT (M.) : concl. sous CE Dame Veuve Ducroux, 23 avril 1965, RDP 1965, p. 1188.
- GALLET (C.-H.) : note sous CA Grenoble, 12 janvier 1988, RJ com. 1988, n°1205.
- GALLET (C.-H.) : note sous Com., 22 mars 1988, RJ com. 1988, p. 909.
- GAVALDA (C.) et STOUFFLET (J.) : note sous Com., 7 janvier 1976, JCP éd. G. 1976, II, 18327.
- GERBAY (N.) : note sous Cons.const., 7 déc.2012, n°2012-2086 QPC ; Rev.soc.2013, note 50.
- GINESTET (C.) : note sous Com., 8 juin 1993, JCP éd. G. 1993, II, 22174.
- GOUZES (G.) : rapport à l'assemblée nationale, t. 1, Doc. AN 1983, n° 1872.
- GRANGER (R.) : note sous Com., 17 janvier 1956, JCP 1956, II, 9601.

- GUINCHARD (S.) et MOUSSA (T.) : note sous Civ. 1^{re}, 11 juin 1985, Gaz. Pal. 1985, juris., p. 746.
- GUINCHARD (S.) et MOUSSA (T.) : obs. sous Civ. 2^e, 27 février 1985, Gaz. Pal. 1985, pan., p. 196.
- HAEHL (J.-P.) : obs. sous Com., 19 mars 1996, RTD com. 1996, p. 542, n° 3.
- HERON (J.) : note sous Civ. 2^e, 10 juillet 1991, Audijuris 1991, p. 30.
- HERON (J.) : obs. sous Com., 4 octobre 1994, Justices 1996, n° 3, p. 360.
- HOLLEAUX (G.) : note sous Civ., 28 février 1938 et 10 novembre 1941, D.C. 1942, p. 99.
- HONORAT (A.) : note sous Com., 11 juin 1996, Rev. sociétés 1997, p. 175.
- HONORAT (A.) : note sous Com., 19 novembre 1996, Rev. sociétés 1997, p. 387.
- HONORAT (A.) : note sous Com., 30 novembre 1993, RJ com. 1994, n° 1404.
- HONORAT (A.) : obs. sous CA Colmar, 18 novembre 1987, D. 1988, somm. comm. p. 42.
- HONORAT (A.) : obs. sous Com., 16 mars 1999, D. 1999, somm. comm., p. 349.
- HONORAT (A.) : obs. sous Com., 20 décembre 1988, D. 1989, somm. comm., p. 370.
- HONORAT (A.) : obs. sous Com., 23 juin 1998, D. 1999, somm. comm., p. 71.
- HONORAT (A.) : obs. sous Com., 24 juin 1986, D. 1987 somm. comm., p. 53.
- HONORAT (A.) : obs. sous Com., 25 juin 1991, Rev. Sociétés 1991, p. 819.
- HONORAT (A.) : obs. sous Com., 26 avril 2000, D. 2001, somm. comm., p. 621.
- HONORAT (A.) : obs. sous Com., 6 juin 1995, D. 1996, somm. comm., p. 86.
- HONORAT (A.) : obs. sous Com., 6 mai 1997, D. 1997, somm. cortfm. p. 313.
- HONORAT (A.) : obs. sous Com., 8 mars 1988, D. 1988, somm. comm., p. 339.
- HONORAT (A.) : obs. sous Com., 9 juin 1998, D. 1999, somm. comm., p. 70.
- HONORAT (A.) et MAS (D.) : note sous Com., 6 mars 1984, D. 1984, juris., p. 566.
- HONORAT (A.) : obs. sous Com., 11 mai 1999, D. cah. dr. aff. 2000, somm. comm., p. 96.
- HONORAT (A.) : obs. sous Com., 24 novembre 1980, D. 1981, somm. comm., p. 248.
- HOUIN (R.) : note sous Com., 17 janvier 1956, D. 1956, juris., p. 265.
- HOUILLON (P.) : rapport, Doc. AN 1993, n° 727.
- HOUIN (R.) : obs. sous Com., 23 mai 1966, RTD com. 1966, p. 1012, n° 21.
- JEANTIN (M.) : note sous Ass. Plén., 31 mars 1995, Bull. Joly 1995, p. 780.
- JEANTIN (M.) : note sous Com., 14 décembre 1993, Bull. Joly 1994, p. 196.

- JEANTIN (M.) : note sous Com., 1^{er} octobre 1991, JCP éd. E. 1991, II, 236, p. 327.
- JEANTIN (M.) : note sous Com., 24 janvier 1995, Rev. sociétés 1995, p. 46.
- JEOL (M.) : concl. sous Ass. Plén., 31 mars 1995, D. 1995, juris., p. 321.
- JULIEN (P.) : note sous Com., 17 juin 1975, D. 1976, juris., p. 65.
- JULIEN (P.) : obs. sous Civ. 2^e, 17 juin 1987, D. 1987, somm. comm., p. 359.
- JULIEN (P.) : obs. sous Civ. 2^e, 22 février 1984, D. 1984, IRp. 242.
- JULIEN (P.) : obs. sous Civ. 2^e, 29 mai 1979, D. 1979, IR, p. 473.
- JULIEN (P.) : obs. sous Civ. 2^e, 5 décembre 1979, D. 1980, IR, p. 373 .
- JULIEN (P.) : obs. sous Civ. 1^{re}, 12 juin 2001, D. 2001, somm. comm., p. 2715.
- KENFACK (H.) : note sous Com., 16 mars 1999, D. cah. dr. aff. 2000, juris., p. 515.
- KENFACK (H.) : note sous Com., 3 juin 1997, D. 1998, juris., p. 349.
- LABETOULLES et CABANES : obs. sous CE, 5 février 1971, Veuve Picard, AJDA 1971, chron., p. 147.
- LAFORTUNE (M.-A.) : concl. sous Ass. Plén., 24 novembre 2000, Gaz. Pal., 13 janvier 2001, p. 9.
- LAPORTE (C.) : obs. sous Com., 20 janvier 1998, Procédures 1998, n° 88.
- LAPORTE (C.) : obs. sous Com., 26 juin 2001, Procédures 2001, n° 216.
- LASERRE et DELARUE : obs. sous CE, 25 février 1983, Union des commerçants, artisans et industriels de Parthenay, AJDA 1983, chron., p. 300.
- LASERRE et DELARUE : obs. sous CE, 25 février 1983, Union des commerçants, artisans et industriels de Parthenay, AJDA 1983, chron., p. 300.
- LATIL (P.) : obs. sous CA, Aix-en-Provence, ord. référé, 13 janvier 1994, Gaz. Pal. 1994, juris., p. 384.
- LATIL (P.) : obs. sous CA, Aix-en-Provence, ord. référé, 13 janvier 1994, Gaz. Pal. 1994, juris., p. 384.
- LAUDE (A.) : obs. sous Com., 26 mai 1999, RTD com. 1999, p. 953.
- LAUDE (A.) : obs. sous Com., 26 mai 1999, RTD com. 1999, p. 953.
- LEGROS (J.-P.) : note sous Com., 17 juillet 2001, Droit des sociétés 2001, n° 141.
- LIENHARD (A.) : obs. sous Com., 19 octobre 1993, Rev. proc. coll. 1994, p. 150, n°8.
- LEGROS (J.-P.) : note sous Com., 17 juillet 2001, Droit des sociétés 2001, n° 141.
- LIENHARD (A.) : obs. sous Com., 19 octobre 1993, Rev. proc. coll. 1994, p. 150, n°8.

- LIENHARD (A.) : obs. sous CA Versailles, 22 juin 2000, D. cah. dr. ajf. 2000, actualité juris., p. 367.
- LIENHARD (A.) : obs. sous CA Versailles, 22 juin 2000, D. cah. dr. aff. 2000, actualité juris., p. 367.
- LIENHARD (A.) : obs. sous Com., 13 novembre 2001, D. 2001, p. 3617.
- LIENHARD (A.) : obs. sous Com., 13 novembre 2001, D. 2001, p. 3617.
- LIENHARD (A.) : obs. sous Com., 14 mars 2000, D. cah. dr. aff. 2000, actualité juris., p. 167.
- LIENHARD (A.) : obs. sous Com., 14 mars 2000, D. cah. dr. ajf. 2000, actualité juris., p. 167.
- LIENHARD (A.) : obs. sous Com., 17 juillet 2001, D. 2001, juris., p. 2677.
- LIENHARD (A.) : obs. sous Com. 16 octobre 2001, D. 2001, p. 3273.
- LIENHARD (A.) : obs. sous Com., 17 juillet 2001, D. 2001, juris., p. 2677.
- LIENHARD (A.) : obs. sous Com. 16 octobre 2001, D. 2001, p. 3273.
- LIENHARD (A.) : obs. sous Com., 18 janvier 2000, D. cah. dr. aff. 2000, actualité juris., p. 97.
- LIENHARD (A.) : obs. sous Com., 18 janvier 2000, D. cah. dr. ajf. 2000, actualité juris., p. 97.
- LIENHARD (A.) : obs. sous Com., 2 mai 2001, D. 2001, p. 1725.
- LIENHARD (A.) : obs. sous Com., 2 mai 2001, D. 2001, p. 1725.
- LIENHARD (A.) : obs. sous Com., 4 janvier 2000, D. cah. dr. aff. 2000, actualité juris., p. 71.
- LIENHARD (A.) : obs. sous Com., 4 janvier 2000, D. cah. dr. aff. 2000, actualité juris., p. 71.
- LIENHARD (A.) : obs. sous Com., 4 juillet 2000, D. cah. dr. aff. 2000, actualité juris., p. 375.
- LIENHARD (A.) : obs. sous Com., 4 juillet 2000, D. cah. dr. aff. 2000, actualité juris., p. 375.
- LIENHARD (A.) : obs. sous Cons.const., 7 déc.2012, n°2012-2086 QPC ; D.2012, p.2886,
- LUCAS (F.-X.) : note sous Com., 1er octobre 1997, JCP éd. E. 1998, juris., p. 469.
- LUCAS (F.-X.) : note sous Com., 1er octobre 1997, JCP éd. E. 1998, juris., p. 469.
- LUCAS (F.-X.) : note sous Com., 28 mars 2000, Rev. droit bancaire et financier 2000, n° 73.

- LUCAS (F.-X.) : note sous Com., 28 mars 2000, Rev. droit bancaire et financier 2000, n° 73.
- MARCHI (J.-P.) : note sous Com., 15 janvier 1991, Gaz. Pal. 1992, p. 85
- MARCHI (J.-P.) : note sous Com., 15 janvier 1991, Gaz. Pal. 1992, p. 85
- MARINI (P.) : « Rapport au premier ministre, La modernisation du droit des sociétés», Doc. fr. 1996, collection des rapports officiels.
- MARINI (P.) : « Rapport au premier ministre, La modernisation du droit des sociétés», Doc. fr. 1996, collection des rapports officiels.
- MARON (A.), ROBERT (J.-H.) et VERON (M.) : obs. sous DC 99-410 du 15 mars 1999, JCP éd. G. 1999,1, 151, n° 5.
- MARON (A.), ROBERT (J.-H.) et VERON (M.) : obs. sous DC 99-410 du 15 mars 1999, JCP éd. G. 1999,1, 151, n° 5.
- MARTENS (P.) : note sous CEDH, 22 février 1996, Bulut c. Autriche, RTDH 1996, p. 627.
- MARTENS (P.) : note sous CEDH, 22 février 1996, Bulut c. Autriche, RTDH 1996, p. 627.
- MARTIN (D. R.) : note sous Com., 24 octobre 1995, RJ com. 1996, n° 1458.
- MARTIN (D. R.) : note sous Com., 24 octobre 1995, RJcom. 1996, n° 1458.
- MARTIN (R.) : note Civ. Ire, 13 novembre 1996, JCP éd. G. 1997, II, 22816.
- MARTIN (R.) : note Civ. Ire, 13 novembre 1996, JCP éd. G. 1997, II, 22816.
- MARTIN (R.) : note sous CA Paris, 5 juillet 1994, D. 1996, juris., p. 578.
- MARTIN (R.) : note sous CA Paris, 5 juillet 1994, D. 1996, juris., p. 578.
- MARTIN (R.) : note sous Civ. Irc, 22 avril 1997, D. 1998, juris., p. 272.
- MARTIN (R.) : note sous Civ. Irc, 22 avril 1997, D. 1998, juris., p. 272.
- MARTIN-SERF (A.) : obs. sous CA Paris, 10 mars 1998, Rev. proc. coll. 1999, p. 46, n° 10.
- MARTIN-SERF (A.) : obs. sous Com. 18 janvier 2000, RTD com. 2001, p. 514.
- MARTIN-SERF (A.) : obs. sous Com. 18 janvier 2000, RTD com. 2001, p. 514.
- MARTIN-SERF (A.) : obs. sous Com., 11 mai 1999, RTD com. 2000, p. 174.
- MARTIN-SERF (A.) : obs. sous Com., 11 mai 1999, RTD com. 2000, p. 174.
- MARTIN-SERF (A.) : obs. sous Com., 14 mars 2000, RTD com. 2000, p. 716.
- MARTIN-SERF (A.) : obs. sous Com., 14 mars 2000, RTD com. 2000, p. 716.
- MARTIN-SERF (A.) : obs. sous Com., 16 mars 1999, RTD com. 1999, p. 971.
- MARTIN-SERF (A.) : obs. sous Com., 16 mars 1999, RTD com. 1999, p. 971.

- MARTIN-SERF (A.) : obs. sous Com., 24 octobre 1995, RTD com. 1996, p. 344 et 348.
- MARTIN-SERF (A.) : obs. sous Com., 24 octobre 1995, RTD com. 1996, p. 344 et 348.
- MARTIN-SERF (A.) : obs. sous Com., 28 mars 1995, RTD com. 1996, p. 127
- MARTIN-SERF (A.) : obs. sous Com., 28 mars 1995, RTD com. 1996, p. 127
- MARTIN-SERF (A.) : obs. sous Com., 28 mars 2000, Rev. proc. coll. 2000, p. 135.
- MARTIN-SERF (A.) : obs. sous Com., 28 mars 2000, Rev. proc. coll. 2000, p. 135.
- MARTIN-SERF (A.): obs. sous CA Paris, 10 mars 1998, Rev. proc. coll. 1999, p. 46, n° 10.
- MASCALA (C.), obs. RTD com. 1999, p. 983.
- MASCALA (C.), obs. RTD com. 1999, p. 983.
- MATSOPOULO (H.) : note sous AP, 5 février 1999, JCP éd. G. 1999, II, 10060.
- MATSOPOULO (H.) : note sous AP, 5 février 1999, JCP éd. G. 1999, II, 10060.
- MODERNE (F.) : note sous CE, 5 février 1971, « Veuve Picard », D. 1971, juris., p. 503.
- MODERNE (F.): note sous CE, 5 février 1971, « Veuve Picard», D. 1971, juris., p. 503.
- MONSERIE (M.-H.) : obs. sous Com., 25 novembre 1997, Rev. proc. coll. 1999, p. 33, n° 1.
- MONSERIE (M.-H.) : obs. sous Com., 25 novembre 1997, Rev. proc. coll. 1999, p. 33, n° 1.
- MONSERIE (M.-H.) : obs. sous Com., 9 décembre 1997, Rev. proc. coll. 1999, p. 33, n° 3.
- MONSERIE (M.-H.) : obs. sous Com., 9 décembre 1997, Rev. proc. coll. 1999, p. 33, n° 3.
- MOUSSA (T.) : note sous Civ. Ire, 21 décembre 1987, D. 1988, juris., p. 578.
- MOUSSA (T.) : note sous Civ. Ire, 21 décembre 1987, D. 1988, juris., p. 578.
- NIBOYET (M.-L.) : note sous CEDH, Morel c. France, 6 juin 2000, Cahiers du CREDHO Paris Sud, n° 7.
- NIBOYET (M.-L.) : note sous CEDH, Morel c. France, 6 juin 2000, Cahiers du CREDHO Paris Sud, n° 7.
- NORMAND (J.) : obs. RTD civ. 1993, p. 875.
- NORMAND (J.) : obs. RTD civ. 1993, p. 875.

- NORMAND (J.) : obs. sous Ass. Plén., 24 novembre 2000, RTD civ. 2001, p. 192.
- NORMAND (J.) : obs. sous Ass. Plén., 24 novembre 2000, RTD civ. 2001, p. 192.
- NORMAND (J.) : obs. sous CE, 12 octobre 1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France, RTD civ. 1980, p. 145.
- NORMAND (J.) : obs. sous CE, 12 octobre 1979, Rassemblement des nouveaux avocats de France, RTD civ. 1980, p. 145.
- NORMAND (J.) : obs. sous CEDH, Busceni c. Italie, 16 septembre 1999, RTD civ. 2000, p. 622 et RTD civ. 2001, p. 197.
- NORMAND (J.) : obs. sous CEDH, Busceni c. Italie, 16 septembre 1999, RTD civ. 1998, p. 622 et RTD civ. 2001, p. 197.
- NORMAND (J.) : obs. sous Civ. 2e, 6 mai 1999 (deux arrêts), RTD civ. 1999, p. 685.
- NORMAND (J.) : obs. sous Civ. 2e, 6 mai 1999, RTD civ. 1999, p. 685.
- NORMAND (J.) : obs. sous Civ. 2e, 6 mai 1999, RTD civ. 1999, p. 685.
- NORMAND (J.) : obs. sous Civ. Ire, 26 janvier 1999, RTD civ. 2000, p. 619, n° 1.
- NORMAND (J.) : obs. sous Civ. 2e, 6 mai 1999 (deux arrêts), RTD civ. 1999, p. 685.
- NORMAND (J.) : obs. sous Civ. Ire, 26 janvier 1999, RTD civ. 2000, p. 619, n° 1.
- NORMAND (J.) : obs. sous Civ. Ire, 5 octobre 1999 et Civ. Ire, 23 mai 2000, RTD civ. 2000, p. 622, n° 1.
- NORMAND (J.) : obs. sous Civ. Ire, 5 octobre 1999 et Civ. Ire, 23 mai 2000, RTD civ. 2000, p. 622, n° 1.
- NORMAND (J.) : obs. sous Com. 3 novembre 1992 et Com. 16 mars 1993, RTD civ. 1993, p. 882.
- NORMAND (J.) : obs. sous Com. 3 novembre 1992 et Com. 16 mars 1993, RTD civ. 1993, p. 882.
- PISOLI (P.) : obs. sous Com., 6 juin 2000, D. cah. dr. aff. 2000, actualité juris., p. 319.
- PALAZZOLI (C.) : note sous CE, 23 avril 1965, Dame Veuve Ducroux, D. 1965, p. 845.
- PALAZZOLI (C.) : note sous CE, 23 avril 1965, Dame Veuve Ducroux, D. 1965, p. 845.
- PARROT (P.) : obs. sous Com., 2 avril 1996, Audijuris septembre 1996, p. 21.
- PARROT (P.) : obs. sous Com., 2 avril 1996, Audijuris septembre 1996, p. 21.
- PASTUREL (M.) : rapport sous Com., 20 janvier 1998, D. 1998, juris., p. 125.

- PASTUREL (M.) : rapport sous Com., 20 janvier 1998, D. 1998, juris., p. 125.
- PELISSIER (A.) : note sous Com., 26 octobre 1999, D. 2000, juris., p. 383.
- PELISSIER (A.) : note sous Com., 26 octobre 1999, D. 2000, juris., p. 383.
- PERROT (R.) : note sous Civ. 2e, 17 décembre 1998, Procédures 1999, n° 23.
- PERROT (R.) : note sous Civ. 2e, 17 décembre 1998, Procédures 1999, n° 23.
- PERROT (R.) : note sous Civ. 2e, 18 décembre 1996, Procédures 1997, n° 50.
- PERROT (R.) : note sous Civ. 2e, 18 décembre 1996, Procédures 1997, n° 50.
- PERROT (R.) : note sous Civ. Ire, 18 avril 2000, Procédures 2000, n° 184.
- PERROT (R.) : note sous Civ. Ire, 18 avril 2000, Procédures 2000, n° 184.
- PERROT (R.) : note sous Civ. Ire, 28 avril 1998, Procédures juillet 1998, n° 165.
- PERROT (R.) : note sous Civ. Ire, 28 avril 1998, Procédures juillet 1998, n° 165.
- PERROT (R.) : note sous Com., 14 octobre 1997, Procédures 1997, n° 286.
- PERROT (R.) : note sous Com., 14 octobre 1997, Procédures 1997, n° 286.
- PERROT (R.) : obs. Civ. 2e, 27 février 1985, RTD civ. 1985, p. 451, n° 13.
- PERROT (R.) : obs. Civ. 2e, 27 février 1985, RTD civ. 1985, p. 451, n° 13.
- PERROT (R.) : obs. RTD civ. 1977, p. 185.
- PERROT (R.) : obs. RTD civ. 1982, p. 659.
- PERROT (R.) : obs. RTD civ. 1982, p. 659.
- PERROT (R.) : obs. sous Ass. Plén., 24 novembre 2000, RTD civ. 2001, p. 204, n° 4.
- PERROT (R.) : obs. sous Ass. Plén., 24 novembre 2000, RTD civ. 2001, p. 204, n° 4.
- PERROT (R.) : obs. sous Ass. Plén., 6 novembre 1998, RTD civ. 1999, p. 193, n° 1.
- PERROT (R.) : obs. sous Ass. Plén., 6 novembre 1998, RTD civ. 1999, p. 193, n° 1.
- PERROT (R.) : obs. sous CA Paris 27 novembre 1997, RTD civ. 1998, p. 471, n° 2.
- PERROT (R.) : obs. sous CA Paris 27 novembre 1997, RTD civ. 1998, p. 471, n° 2.
- PERROT (R.) : obs. sous CEDH, 20 février 1996, Vermeulen c. Belgique, RTD civ. 1997, p. 992, n° 2.
- PERROT (R.) : obs. sous CEDH, 20 février 1996, Vermeulen c. Belgique, RTD civ.
- PERROT (R.) : obs. sous Civ. 2\ 27 juin 1984, RTD civ. 1984, p. 779, n° 12.
- PERROT (R.) : obs. sous Civ. 2e, 11 mars 1981, RTD civ. 1981, p. 907, n° 13.
- PERROT (R.) : obs. sous Civ. 2e, 11 mars 1981, RTD civ. 1981, p. 907, n° 13.
- PERROT (R.) : obs. sous Civ. 2e, 13 juillet 2000, RTD civ. 2001, p. 957, n° 5.
- PERROT (R.) : obs. sous Civ. 2e, 13 juillet 2000, RTD civ. 2001, p. 957, n° 5.
- PERROT (R.) : obs. sous Civ. 2e, 22 octobre 1998, RTD civ. 1999, p. 205, n° 11.

- PERROT (R.) : obs. sous Civ. 2e, 22 octobre 1998, RTD civ. 1999, p. 205, n° 11.
- PERROT (R.) : obs. sous Civ. 2e, 27 juin 1984, RTD civ. 1984, p. 779, n° 12.
- PERROT (R.) : obs. sous Civ. 2e, 29 mai 1979, RTD civ. 1980, p. 624, n° 14.
- PERROT (R.) : obs. sous Civ. 2e, 29 mai 1979, RTD civ. 1980, p. 624, n° 14.
- PERROT (R.) : obs. sous Civ. Ire, 12 octobre 1977, RTD civ. 1978, p. 935, n° 14.
- PERROT (R.) : obs. sous Civ. Ire, 21 décembre 1987, RTD civ. 1988, p. 397, n° 5.
- PERROT (R.) : obs. sous Civ. Ire, 21 décembre 1987, RTD civ. 1988, p. 397, n° 5.
- PERROT (R.) : obs. sous Civ. Ire, 28 avril 1998, RTD civ. 1998, p. 744, n° 5.
- PERROT (R.) : obs. sous Civ. Ire, 28 avril 1998, RTD civ. 1998, p. 744, n° 5.
- PERROT (R.) : obs. sous Civ. Ire, 3 mai 2000, et Civ. 2', 25 mai 2000, RTD civ.
- PERROT (R.) : obs. sous Civ. Ire, 3 mai 2000, et Civ. 2e, 25 mai 2000, RTD civ. 2000, p. 633, n° 4.
- PERROT (R.) : obs. sous Com., 17 juin 1975, RTD civ. 1976, p. 404, n° 11. PERROT (R.) : obs. RTD civ. 1977, p. 185.
- PERROT (R.) : obs. sous Com., 17 juin 1975, RTD civ. 1976, p. 404, n° 11.
- PERROT (R.) : obs. sous Com., 28 mai 1996, RTD civ. 1996, p. 985, n° 6.
- PERROT (R.) : obs. sous Com., 28 mai 1996, RTD civ. 1996, p. 985, n° 6.
- PERROT (R.) : obs. sous Com., 5 janvier 1982, RTD civ. 1982, p. 663, n° 12.
- PERROT (R.) : obs. sous Com., 5 janvier 1982, RTD civ. 1982, p. 663, n° 12.
- PERROT (R.) : obs. sous Com., 6 mars 1984, RTD civ. 1984, p. 568, n° 17.
- PERROT (R.) : obs. sous Com., 6 mars 1984, RTD civ. 1984, p. 568, n° 17.
- PERROT (R.) : obs. sous Com., 6 octobre 1992, RTD civ. 1993, p. 653, n° 14.
- PERROT (R.) : obs. sous Com., 6 octobre 1992, RTD civ. 1993, p. 653, n° 14.
- PERROT (R.) : obs. sous Soc., 8 novembre 1984, RTD civ. 1985, p. 446, n° 6.
- PERROT (R.) : obs. sous Soc., 8 novembre 1984, RTD civ. 1985, p. 446, n° 6.
- PERROT (R.) ; obs. sous Civ. Ire, 12 octobre 1977, RTD civ. 1978, p. 935, n° 14.
- PETEL (P.) : obs. sous Com., 11 juin 1996, JCP éd. E. 1997,1, 623, n° 13.
- PETEL (P.) : obs. sous Com., 11 juin 1996, JCP éd. E. 1997,1, 623, n° 13.
- PETEL (P.) : obs. sous Com., 12 octobre 1993, JCP éd. G. 1994,1, 3759, n° 1.
- PETEL (P.) : obs. sous Com., 12 octobre 1993, JCP éd. G. 1994,1, 3759, n° 1.
- PETEL (P.) : obs. sous Com., 17 octobre 2000, JCP éd. G. 2001,1, 298, n° 12.
- PETEL (P.) : obs. sous Com., 19 janvier 1999, JCP éd. E. 1999, p. 816, n° 16.
- PETEL (P.) : obs. sous Com., 19 janvier 1999, JCP éd. E. 1999, p. 816, n° 16.
- PETEL (P.) : obs. sous Com., 1er juillet 1997, JCP éd. G. 1998,1, 111, n° 4.

- PETEL (P.) : obs. sous Com., 1er juillet 1997, JCP éd. G. 1998,1, 111, n° 4.
- PETEL (P.) : obs. sous Com., 21 janvier 1992, JCP éd. G. 1992,1, 3617, n° 8.
- PETEL (P.) : obs. sous Com., 21 janvier 1992, JCP éd. G. 1992,1, 3617, n° 8.
- PETEL (P.) : obs. sous Com., 22 février 1994, JCP éd. G. 1994,1, 3799, n° 2.
- PETEL (P.) : obs. sous Com., 22 février 1994, JCP éd. G. 1994,1, 3799, n° 2.
- PETEL (P.) : obs. sous Com., 23 juin 1998, JCP éd. G. 1999,1, 103, n° 1.
- PETEL (P.) : obs. sous Com., 23 juin 1998, JCP éd. G. 1999,1, 103, n° 1.
- PETEL (P.) : obs. sous Com., 25 mai 1993, JCP éd. G. 1993,1, 3721, n° 1.
- PETEL (P.) : obs. sous Com., 25 mai 1993, JCP éd. G. 1993,1, 3721, n° 1.
- PETEL (P.) : obs. sous Com., 26 juin 2001, JCP éd. G. 2002,1, 109, n° 5.
- PETEL (P.) : obs. sous Com., 28 mars 2000, JCP éd. G. 2000,1, 269, n° 3.
- PETEL (P.) : obs. sous Com., 28 mars 2000, JCP éd. G. 2000,1, 269, n° 4.
- PETEL (P.) : obs. sous Com., 28 mars 2000, JCP éd. G. 2000,1, 269, n° 12.
- PETEL (P.) : obs. sous Com., 3 juin 1997, JCP éd. G. 1998,1, 111, n° 8.
- PETEL (P.) : obs. sous Com., 3 juin 1997, JCP éd. G. 1998,1, 111, n° 8.
- PETEL (P.) : obs. sous Com., 6 juin 2000, JCP éd. G. 2001,1, 298, n° 2.
- PETEL (P.) : obs. sous Com., 9 décembre 1997, JCP éd. G. 1198,1, 141, n° 4.
- PETEL (P.) : obs. sous Com., 9 décembre 1997, JCP éd. G. 1198,1, 141, n° 4.
- PETEL (P.) : obs. sous Corn., 14 mars 2000, JCP éd. G. 2000,1, 269, n° 7.
- PETEL (P.) : obs. sous Corn., 4 janvier 2000, JCP éd. G. 2000,1, 249, n° 1.
- PEYREFFITE (A.) : réponse séance du Sénat du 19 octobre 1978, JO Sénat 1978, p. 2731.
- PRALUS (M.) : note sous Crim. 27 octobre 1997, JCP éd. G. 1998, II, 10017.
- PRIEUR (R.) : note sous Com., 30 octobre 1968, JCP éd. G. 1969, II, 15964.
- PUTMAN (E.) : note sous CA Saint Denis de la Réunion, 14 juin 1991, RJ com.
- RAYNAUD (P.) : obs. RTD civ. 1958, p. 458, n° 7.
- REGNAULT-MOUTIER (C.) : obs. sous Com., 11 mai 1999, Act. proc. coll. 1999, n° 153.
- REGNAULT-MOUTIER (C.) : obs. sous Com., 19 janvier 1999, Act. proc. coll.
- REGNAULT-MOUTIER (C.) : obs. sous Com., 26 mai 1998, Act. proc. coll. 1998, n° 60.
- REMERY (J.-P.) : rapport sous Com., 17 mars 1998, JCP éd. G. 1998, II, 10080.
- REMERY (J.-P.) : rapport sous Com., 1er octobre 1997, JCP éd. G. 1997, II, 22941.
- RIALS (S.) : note sous CE, 10 juillet 1981, « Retail », Rev. adm., 1981, p. 493.

- RIVET : concl. sous CE, 30 novembre 1922, Dame Cachet, RDP 1922, p. 552.
- ROBERT (J.-H.) : note DC 99-410 du 15 mars 1999, Dr. pénal 1999, n° 68.
- ROUSSEL GALLE (Ph.) : note sous Versailles, 13^e ch., 15 juin 2006, RG n°06/01994; JCP E, 2006.379, p.1510
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.) : obs. sous CA Dijon, 1er juin 1999, RTD com. 2001, p. 221.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.) : obs. sous Com., 12 octobre 1999, RTD com. 2000, p. 451.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.) : obs. sous Com., 3 mars 1998 (2 arrêts), RTD com.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.) : obs. sous Com., 8 décembre 1998, RTD com. 2000, p. 447.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.) : obs. sous Com., 8 juin 1999, RTD com. 2000, p. 449.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.) : obs. sous Com., 9 juin 1998, RTD con). 1998, p. 931.
- SAINTE-ROSE (J.) : concl. sous Civ. Irc, 5 octobre 1999, JCP éd. G. 1999, II, 10203
- SAINTOURENS (B.) : obs. sous Com., 28 mars 2000, Act. proc. coll. 2000, 26 mai
- SARGOS (P.) : rapport sous Civ. Ire, 30 janvier 1996, JCP ed. G.w1996, II, 22608.
- SAVATIER (R.) : note au D. P. 1928, 1, p. 153.
- SOINNE (B.) : obs. Rev. proc. coll. 1995, p. 160.
- SOINNE (B.) : obs. sous CA Amiens, 4 décembre 1992, Rev. proc. coll. 1994, p. 184, n° 16.
- SOINNE (B.) : obs. sous CA Paris, 11 juillet 1990, Rev. proc. coll. 1991, p. 305, n° 20.
- SOINNE (B.) : obs. sous CA Poitiers, 25 septembre 1991, Rev. proc. coll. 1993, p. 84, n° 12 .
- SOINNE (B.) : obs. sous CA Versailles, 7 juin 1993, Rev. proc. coll. 1993, p. 495, n° 24.
- SOINNE (B.) : obs. sous Com., 12 octobre 1993, Rev. proc. coll. 1993, p. 496.
- SOINNE (B.) : obs. sous Com., 26 juin 1990, Rev. proc. coll. 1991, p. 320, n° 36.
- SOLER (S.) : note sous CEDH, 31 mars 1998, Reinhardt et Slimane-Kaïd c. France, JCP éd. G. 1999, II, 10074.
- SORTAIS (J.-P.) : note sous Com. 29 octobre 1991, D. 1992, juris., p. 424.
- SUDRE (F.) : note sous CEDH, 7 juin 2001, Kress c. France, JCP éd. G. 2001, II, 10578.
- SUDRE (F.) : obs. sous CEDH, 22 février 1996, Bulut c. Autriche, JCP éd. G. 1997,

- SUDRE (F.) : obs. sous CEDH, 24 août 1993, Nortier, JCP éd. G. 1994, I, 3742, n° 19.
- SUDRE (F.) : obs. sous CEDH, 24 février 1993, Fey, JCP éd. G. 1994, I, 3742, n° 18.
- TAVERNIER (P.) : obs. sous CEDH, 1er octobre 1982, Piersack c. Belgique, JDI 1985, p. 210.
- TISSIER (A.) : note S. 1921, 1, p. 345.
- VALLANSAN (J.) : obs. sous Com., 16 mars 1999, Act. proc. coll. 1999, n° 99.
- VALLENS (J.-L.) : note sous CA, Versailles, 23 avril 1992, RJ com. 1993, p. 307.
- VALLENS (J.-L.) : note sous Com. 3 novembre 1992 et Com. 16 mars 1993,
- VALLENS (J.-L.) : obs. RTD com. 1998, p. 952.
- VALLENS (J.-L.) : obs. sous CA Dijon, 26 janvier 1999, RTD com. 1999, p. 989.
- VALLENS (J.-L.) : obs. sous CEDH, Morel c. France, 6 juin 2000, RTD com. 2000, p. 1021.
- VALLENS (J.-L.) : obs. sous Com. 6 juillet 1999, RTD com. 1999, p. 990.
- VALLENS (J.-L.) : obs. sous Com., 16 février 1999, RTD com. 1999, p. 512.
- VALLENS (J.-L.) : obs. sous Com., 17 juillet 2001, RTD com. 2001, p. 981.
- VALLENS (J.-L.) : obs. sous Com., 26 avril 2000, RTD com. 2000, p. 728.
- VALLENS (J.-L.) : obs. sous Com., 26 mai 1998, RTD com. 1998, p. 692.
- VALLENS (J.-L.) : obs. sous Com., 28 avril 1998 (2 arrêts), RTD com. 1998, p. 690.
- VALLENS (J.-L.) : obs. sous Com., 28 mars 2000, RTD com. 2000, p. 727.
- VALLENS (J.-L.) : obs. sous Com., 6 mars 2001, RTD com. 2001, p. 524.
- VALLENS (J.-L.) : obs. sous Com., 9 juin 1998, RTD com. 1998, p. 951.
- VALLENS (J.-L.) : obs. sous Corn., 26 octobre 1999, RTD com. 2000, p. 186.
- VALLENS (J.-L.) : obs. sous Corn., 4 janvier 2000, RTD com. 2000, p. 465.
- VAN COMPERNOLLE (J.) : note sous CEDH, 24 août 1993, Nortier, RTDH 1994, p. 429.
- VAN COMPERNOLLE (J.) et RIGAUX (F.) : note sous Cour de cassation belge, 19 décembre 1991, RCJB 1993, p. 285.
- VASSEUR (M.) : obs. sous Com., 27 janvier 1981, D. 1981, somm. comm., p. 501.
- VEAUX (D.) : note sous Com. 4 octobre 1983, JCP éd. G. 1985, II, 20 374.
- VIATTE (J.) : note sous Ch. mixtes, 10 juillet 1981, Gaz. Pal. 1981, juris., p. 627.
- VINCENT (J.) : note sous T. com. Angers, 4 décembre 1957, D. 1958, juris., p. 378.
- VRAY (H.) : note sous CA Paris, 27 janvier 1995, Gaz. Pal. 1995, juris., p. 503.
- WALINE (M.) : concl. sous CE, 4 décembre 1959, Geoffroy, RDP 1960, p. 132.

WIEDERKEHR (G.) : note sous Civ. Ire, 6 avril 1994, *Justices* 1995, p. 283.

WIEDERKEHR (G.) : obs. *Rev. gén. procédures* 1998, n° 2, p. 315.

WIEDERKEHR (G.) : obs. sous Civ. 2e, 24 juin 1998 et Civ. 3e, 24 juin 1998, *Rev. gén. procédures* 1999-2, p. 212.

WIEDERKEHR (G.) : obs. sous Civ. Ire, 1er décembre 1998, *Rev. gén. procédures*

YILDIRJM (G.) : note sous *Crim.*, 6 janvier 1998, *D.* 1999, *juris.*, p. 246.

INDEX ALPHABETIQUE (les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Accès au juge (de l'entreprise en difficulté)

- Limites liées aux textes : 1219 et s.
- Limites liées au contexte : 1244 et s.

Accord amiable (entre le débiteur et ses créanciers) :

- Règlement préventif : 95 et s.
- Conciliation : 171 et s.
- Sauvegarde : 216 et s.
- Redressement judiciaire : 295 et s.

Acte juridictionnel (à propos de l'homologation) : 103 et s.

Actes uniformes

- Supranationalité des---- : 13

Action en inopposabilité (des actes interdits posés par le débiteur) : 87 et s.

Actif disponible : v. cessation des paiements

Actions en revendication

- Domaine d'application : 871 et s.
- Condition de mise en œuvre : 931 et s.
- Appréciation de la condition d'existence en nature du bien : 969 et s.

Administrateur judiciaire : v. mandataires de justice

Arrêt des poursuites voies d'exécution

- Créanciers visés : 1020 et s.
- Voies d'exécution concernées : 1029 et s.

Appel : v. recours

Appel-nullité : 666 et s.

Appel suspensif du Ministère public :

Assistance (du débiteur) : v. débiteur

Assistance judiciaire : v. accessibilité au juge

Auxiliaires de justice : v. mandataires de justice

B

Biens (condition d'existence en nature)

- Fongibles et s.
- Incorporés, transformés ou sinistrés : 951 et s.

Carte judiciaire des tribunaux de commerce

- Inadaptation de la ---- : 1176 et s.
- Réécriture de la --- : 1181 et s.

C

Cession d'entreprise

- Cession partielle : 363
- Cession totale : 363
- Critères de cession : 363 et s.

Cessation des paiements

- Composantes ; 751 et s.
- constatation judiciaire : 761 à 770
- Controverse : 761 à 764
- Fonctionnalité : 772 et s.

Commissaire à l'exécution du plan

V. aussi mandataires de justice

- Monopole dans le recouvrement du en cas d'inexécution du plan de sauvetage des dividendes : 238 et s.
- Désignation : 1336
- Pouvoir d'engager des actions : 1337.

Compétence du juge

- Dérogations à la compétence nationale : 428 et s.
- Dérogations à la compétence internationale : 438 et s.

Conciliation

- Finalité : 171 à 174
- Conditions d'ouverture : 176 et s.
- Modalités procédurales : 182 et s.
- Issue de la procédure : 120 et s.

Concordat :

- Définition : 96

Concordat préventif

- Phase préparatoire : 58 et s.
- Phase d'élaboration : 94 et s.
- Phase d'homologation : 102 et s.

Concordat de redressement

- Dépôt de l'offre de concordat : 285 et s.
- Consultation des créanciers : 289, 290
- Vote : 295 et s.

Contrôleurs : v. transparence

Coût de la justice : v. accès au juge

Confidentialité

- Dans les procédures préventives : 836 et s.
- Dans les procédures curatives : 848 et s.

Contrats publiés (dispense légale de revendication)

- Enoncé du principe : 917 à 919
- Domaine de la publicité : 921 à 924
- Restitution du bien : 925 et s.

V. aussi : actions en revendication

Créanciers

- Représentation --- : 1378

Créanciers propriétaires : v. action en revendication

Créanciers saisissants : v. arrêt des voies d'exécution

Critères d'intervention du juge

- Procédure d'alerte : 718 et s.
- Règlement préventif : 705 et s.
- Conciliation : 723 et s.

- Sauvegarde : 738 et s.
- Redressement judiciaire ou liquidation : 747 et s.

D

Débiteur

- Interdiction de payer les créances antérieures : 81, 82
- Interdiction de poser certains actes de gestion : 83 à 85
- Surveillance et assistance : 1340 et s.
- Des saisissements (liquidation des biens/liquidation judiciaire) : 1365 et s.
- Représentation : 1363 et s.

Déclaration de créance (préalable) :
924, 934

Déficit

- De compétence professionnelle : 1456 et s.
- De formation : 1400 et s.

Discipline : 1559 et s

--- des mandataires de justice

Droit d'alerte (du juge)

- En droit français : 130 et s.
- En droit de l'OHADA : 130 et s.
- Modalité d'exercice : 137 et s.

Degrés d'intervention (du juge)

- Intervention à titre préventif : 48 et s.

- Intervention à titre curatif : 269 et s.

Dérogação

--- aux règles de compétence : 423 et s
V. aussi compétence du juge.

E

Echevinage : 1543 et s.

Entreprise

- Définition : 8

Entreprise en difficulté

- Critères : 30

Enquête préalable : 399 et s.

Eloignement géographique (des justiciables) : v. accès au juge.

Exécution immédiate (des décisions)

- Définition : 489
- Justification de la règle : 495 et s.
- Champ d'application : 400 et s.
- Limites : 519 et s.

Expertise de gestion : 135, 136

F

Formation (du personnel judiciaire et parajudiciaire)

- Solutions africaines : 1491 et s.
- Solutions françaises : 1512 et s.

Forme

---des juridictions : 1153 et s.

V. aussi : harmonisation de la justice commerciale en OHADA

Finalité du droit des procédures collectives : 15 et s.

H

Harmonisation de la justice commerciale en OHADA : 1148 et s.

Homologation

- Concordat préventif : 102
- Accord issu de la conciliation : 195, 196

I

Implantation géographique (des tribunaux) : 1161 et s.

V. aussi : harmonisation de la justice commerciale en OHADA

Indépendance et impartialité du juge

- Enoncé du principe : 1420, 1421, 1422
- Application en droit des entreprises en difficulté : 1423, 1424.
- Particularité africaine : 1425, et s.
- Particularité française : 1437 et s.

Inefficacité des mandataires de justice

- Causes communes : 1453 et s.
- Causes propres : 1476 et s.

Intérêt collectif des créanciers : 1350, 1381

V. aussi : représentation des créanciers.

J

Juge

- Définition : 30

Juge-commissaire : v. organes judiciaires.

Jugement d'ouverture

- Contenu : 508
- Opposition erga omnes : 509
- Exécution provisoire de plein droit

Juridictions commerciales spécialisées

- Etat des lieux dans l'espace OHADA : 1134 et s.

L

Liquidation : v. aussi critères d'ouverture de la liquidation des biens /judiciaire.

- Critères de cession de l'entreprise : 334 et s.

Liquidateur : v. aussi mandataires de Justice

- Représentation du débiteur en matière de liquidation des biens ou

de liquidation judiciaires : 1365 et s.

- Représentation es créanciers en cas de liquidation judiciaires : 1383.

M

Mandat ad hoc : v. pouvoirs décisionnels du juge

Masse (des créanciers) : 283, 284, 1378,1385 et s.

V. aussi : créanciers

Méconnaissance du droit : 1246 et s.

V. aussi : accès au droit

Ministère public : v. organes judiciaires

Moyens d'action processuels (du juge)

- En rapport avec l'instance : 396 et s.
- En rapport avec l'exécution immédiate des décisions : 489 et s.

O

Obstacles (au sauvetage judiciaire)

- D'ordre fonctionnel : 694 et s.
- D'ordre structurel : 1103 et s.

Organes judiciaires (de la procédure)

- Tribunal et Président du Tribunal : 1284
- Juge commissaire : 1284 et s.
- Ministère public 1300 et s.

P

Partie à l'instance

- Rétrécissement de la notion de --- : 659 et s.

Passif exigible : v. Cessation des paiements.

Période suspecte

- Définition : 766

Personnel d'encadrement de la faillite :

- Missions assignées aux organes judiciaires : 1282 et s.
- Missions assignées aux mandataires de justice : 1321 et s.

Plan de redressement :

- Elaboration du plan de sauvegarde 291 et s
- Vote : 303 et s.

Plan de sauvegarde

- Elaboration : 205 et s.
- Adoption : 223 et s.

Pouvoirs décisionnels du juge

- Mandat ad hoc: 160 et s.
- Règlement préventif : 59 et s., 80 à 84, 102 et s.
- Conciliation : 182, 183, 184, 186, 179, 190,194.
- Sauvegarde : 199 et s., 204, 223 et s., 230, 231,232 et s.
- Redressement et liquidation :

Président du Tribunal : v. organes judiciaires.

R

Recours

- Absence de réglementation : 572 et s.
- Interdiction totale : 558 et s.
- Interdiction partielle : 567 et s.
- Efficacité (recours du Ministère public) : 653 et s.
- Intérêt général : 643 et s.
- Intérêts des salariés : 636 et s.

Recours réservés aux parties : 618 et s.

Recours réservés aux tiers : 621 et s.

Redressement judiciaires : v. aussi critère d'ouverture et pouvoirs décisionnels du juge

- Critères de continuation de l'entreprise : 334 et s.

Règlement préventif : v. critères d'intervention et pouvoirs décisionnels du juge.

S

Saisine d'office

- Le principe : 411 et s.
- Influence sur le droit à un procès équitable et sur l'impartialité du juge : 408, 409, 410.

Suspension des poursuites

- Règlement préventif : 60 et s.

Sauvetage

- Notion : 30

Statut des juges consulaires

Modification du --- : 1538 et s.

Statut des mandataires de justice :

- Réécriture du --- : 1547 et s.

Syndic

- Garanties de compétence : 1461,1462
- Approche critique du choix législatif : 1504 et s.
- V. aussi mandataires de justice.

T

Technicité du droit : 1250 et s.

V. aussi : accès au juge

Transparence

- Institution des contrôleurs : 786 et s.
- Mesures générales d'information : 812 et s.
- Mesures d'information individuelle : 824 et s.

Tribunal : v. organes judiciaires

U

Unité économique : v. cession d'entreprise

Unité juridictionnelle :

- Abandon du système de l'--- : 1145 et
s.

V. aussi : juridictions commerciales dans
l'espace OHADA

V

Voies d'exécution : v. arrêt des voies
d'exécution

Voies de recours : v. recours

Vulgarisation :

- Vulgarisation du droit : 1250 et s.
V. aussi : accès au droit

TABLE DES MATIERES

AVERTISSEMENT	1
REMERCIEMENTS	2
RESUME	3
ABSTRACT	4
PRINCIPALES ABREVIATIONS	5
SOMMAIRE	8
INTRODUCTION GENERALE	10
PREMIERE PARTIE : LA MESURE DU ROLE DU JUGE DANS LE SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE	29
TITRE 1 : UNE DIVERSITE DE DEGRES D'INTERVENTION	32
CHAPITRE 1 : LES DEGRES DE L'INTERVENTION DU JUGE A TITRE PREVENTIF	34
SECTION 1 : UNE INTERVENTION INTENSE DANS LE REGLEMENT PREVENTIF AFRICAIN	36
PARAGRAPHE 1 : LES POUVOIRS DECISIONNELS DU JUGE LORS DE LA PHASE PREPARATOIRE DU CONCORDAT	37
A. LES POUVOIRS DU JUGE RELATIFS AUX POURSUITES ET AUX MANDATAIRES DE JUSTICE	37
1. La suspension des poursuites	38
a) La suspension automatique	38
b) La suspension générale	40
2. La désignation d'un mandataire de justice	43
B. LES POUVOIRS RELATIFS À LA RESTRICTION DES DROITS DU DÉBITEUR	45
1. L'interdiction de payer des créances antérieures.	46
2. L'interdiction de poser certains actes de gestion	47
a) Les sanctions des actes accomplis par le débiteur sans autorisation judiciaire	48
PARAGRAPHE 2 : LES POUVOIRS DECISIONNELS DU JUGE LORS DE LA PHASE D'ELABORATION DU CONCORDAT PREVENTIF	51
A. L'EFFACEMENT DU JUGE	51
B. LA RÉAPPARITION DU JUGE	54

SECTION 2 : UNE INTERVENTION GLOBALEMENT ALLEGEE DANS LE DROIT FRANÇAIS DE LA PREVENTION	63
PARAGRAPHE 1 : L'INTERVENTION DU JUGE DANS L'EXERCICE DU DROIT D'ALERTE	65
A. L'ALERTE JUDICIAIRE EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT AFRICAIN : DES DIVERGENCES	65
1. <i>Un droit d'alerte pleinement reconnu au juge français</i>	66
2. <i>Un droit d'alerte refusé en droit de l'OHADA</i>	67
B. LES MODALITÉS D'EXERCICE DU DROIT D'ALERTE DU JUGE EN DROIT FRANÇAIS	69
1. <i>Un droit d'alerte généralisé et éclairé</i>	69
2. <i>Un droit d'alerte d'exercice souple</i>	71
PARAGRAPHE 2 : L'INTERVENTION DU JUGE DANS LES PROCÉDURES DE NÉGOCIATION A L'AMIABLE	74
A. L'INTERVENTION DU JUGE DANS LES PROCÉDURES SANS SUSPENSION DES POURSUITES	75
1. <i>Le mandat ad hoc : une intervention discrète du juge</i>	76
2. <i>La conciliation : une intervention tributaire de la volonté du débiteur</i>	82
B. L'INTERVENTION DU JUGE DANS LES PROCÉDURES AVEC SUSPENSION DE POURSUITES : LA SAUVEGARDE	91
1. <i>Les pouvoirs du juge préalablement à l'adoption du plan de sauvegarde</i>	92
2. <i>Les pouvoirs du juge en rapport avec l'adoption du plan de sauvegarde</i>	93
a) <i>La contractualisation de la procédure</i>	94
b) <i>La nécessaire intervention du juge</i>	100
3. <i>Les pouvoirs du juge en cas d'inexécution du plan de sauvegarde</i>	102
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 DU TITRE 1	112
CHAPITRE 2 : LES DEGRES DE L'INTERVENTION DU JUGE A TITRE CURATIF	113
SECTION 1 : LA DETENTION DU POUVOIR DE DECIDER DU SORT DE L'ENTREPRISE	115
PARAGRAPHE 1 : LA COMMUNE IMPORTANCE DES CRÉANCIERS DANS LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE	118
A. LA CONSULTATION DES CRÉANCIERS LORS DE L'ÉLABORATION DES SOLUTIONS	118
1. <i>L'élaboration du concordat de redressement</i>	118
2. <i>L'élaboration du plan de redressement</i>	121
B. LE RÔLE DES CRÉANCIERS LORS DE L'ADOPTION DES SOLUTIONS	122
1. <i>Le vote du concordat de redressement : un pouvoir réel mais limité</i>	122
2. <i>Le vote du plan de redressement : un pouvoir souverain</i>	126
PARAGRAPHE 2 : L'INTERVENTION CONTRASTÉE DU JUGE	128
A. UNE LIBERTÉ D'ACTION ACCRUE DU JUGE FRANÇAIS	128

1.	<i>L'intervention du juge consécutive au vote des comités</i>	129
2.	<i>L'intervention du juge hors le vote des comités</i>	132
B.	UNE LIBERTE D'ACTION REDUITE DU JUGE AFRICAIN	134
1.	<i>L'opposabilité au juge africain des décisions de l'assemblée concordataire</i>	135
2.	<i>Le contrôle par le juge africain du concordat de redressement judiciaire</i>	138
3.	<i>Le cas du concordat simplifié</i>	141
SECTION 2 : L'ENCADREMENT LEGAL DU CHOIX DU JUGE QUANT AUX		
MODALITES DU DEVENIR DE L'ENTREPRISE		
PARAGRAPHE 1 : LE CONTENU DES DIRECTIVES LEGALES		
A.	L'EXISTENCE DE POSSIBILITES SERIEUSES DE REDRESSEMENT ET DE	
	REGLEMENT DU PASSIF : CRITERE COMMUN DE CONTINUATION DE	
	L'ENTREPRISE	143
B.	LA CESSION DE L'ENTREPRISE : UN DOUBLE CRITERE COMMUN DE	
	DECISION	146
1.	<i>Une véritable unité économique susceptible d'une exploitation autonome</i>	148
2.	<i>Une offre sérieuse</i>	149
PARAGRAPHE 2 : L'ANALYSE DU POUVOIR D'APPRECIATION DU JUGE		
A.	LE POUVOIR D'APPRECIATION DU JUGE QUANT A LA CONTINUATION	
	DE L'ENTREPRISE	152
B.	LE POUVOIR D'APPRECIATION DU JUGE QUANT A LA CESSION DE	
	L'ENTREPRISE	154
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 DU TITRE 1		
CONCLUSION DU TITRE 1		
TITRE 2: UNE COMMUNAUTE DE MOYENS D'ACTION PROCESSUELS		
CHAPITRE 1: LA MAITRISE DE L'INSTANCE PAR LE JUGE		
SECTION 1: LA COMMUNE DEROGATION AU DROIT COMMUN PROCESSUEL		
PARAGRAPHE 1: DES DEROGATIONS INHERENTES AUX POUVOIRS		
D'INITIATIVE DU JUGE		
A.	LE DROIT DE RECOURIR A UNE ENQUETE PREALABLE	164
B.	LE DROIT DE SE SAISIR D'OFFICE	167
PARAGRAPHE 2: DES DEROGATIONS INHERENTES AUX REGLES DE		
COMPETENCE		
A.	LES DEROGATIONS COMMUNES	175
1.	<i>Les dérogations communes relatives à la compétence nationale du juge</i>	175
2.	<i>Les dérogations communes relatives à la compétence internationale du juge</i>	178
B.	LES DEROGATIONS PROPRES AU DROIT FRANÇAIS : LE RENVOI DE	
	L'AFFAIRE	184
SECTION 2: LE REAMENAGEMENT DES PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCES		
PARAGRAPHE 1: LE REAMENAGEMENT DU PRINCIPE DISPOSITIF		
A.	LE CONTENU DU PRINCIPE	186

B.	L'APPLICATION DU PRINCIPE EN DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ	187
1.	<i>L'application du principe en rapport avec l'objet du litige</i>	188
2.	<i>L'application du principe en rapport avec l'allégation d es faits</i>	191
	PARAGRAPHE 2 : LE RÉAMÉNAGEMENT DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE	193
A.	LE PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE COMME GARANT DES DROITS DE LA DÉFENSE	193
B.	LES ATTEINTES AU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE EN DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ	194
	CONCLUSION DU CHAPITRE 1 DU TITRE 2	199
	CHAPITRE 2 : L'EXECUTION IMMEDIATE DES DECISIONS	200
	SECTION 1 : LA COMMUNE CONSECRATION DE L'EXECUTION PROVISOIRE DE PLEIN DROIT	200
	PARAGRAPHE 1 : LES CONTOURS DE LA RÈGLE	201
A.	LA JUSTIFICATION	202
1.	<i>Le fondement traditionnel</i>	202
2.	<i>Le fondement contemporain</i>	202
B.	LE CHAMP D'APPLICATION DE LA RÈGLE	204
1.	<i>Un champ d'application divergent</i>	204
2.	<i>Une portée convergente</i>	206
	PARAGRAPHE 2 : LES LIMITES À LA RÈGLE	210
A.	L'ARRÊT DE L'EXÉCUTION PROVISOIRE EN DROIT FRANÇAIS : UNE RÉALITÉ ENCADRÉE	210
1.	<i>Les mécanismes de droit commun</i>	210
2.	<i>Les règles spécifiques au droit des procédures collectives</i>	211
a)	Le pouvoir du Premier Président	212
b)	L'appel suspensif du Ministère public	214
B.	L'ARRÊT DE L'EXÉCUTION PROVISOIRE EN DROIT AFRICAIN : UN CLAIR-OBSCUR	215
1.	<i>La regrettable absence de règles spécifiques</i>	215
2.	<i>Le recours aux règles de droit interne</i>	216
	SECTION 2 : LES RESTRICTIONS AU DROIT DE CRITIQUE DES DECISIONS	220
	PARAGRAPHE 1 : LES MANIFESTATIONS PARTAGÉES DU RÉGIME RESTRICTIF	221
A.	L'INTERDICTION DES RECOURS	223
1.	<i>L'interdiction totale</i>	223
2.	<i>L'interdiction partielle</i>	227
B.	L'ABSENCE DE RÉGLEMENTATION DES RECOURS	229
1.	<i>Les principales décisions concernées</i>	229
2.	<i>Les solutions palliatives</i>	232
a)	L'analyse des solutions proposées	232

b) La fragilité des solutions proposées	240
PARAGRAPHE 2 : LE PARTICULARISME FRANÇAIS : UN EFFORT ACCRU DE CONCILIATION DES DIVERS INTÉRÊTS	242
A. LES AMÉNAGEMENTS LÉGISLATIFS ET RÉGLEMENTAIRES	243
1. <i>L'élargissement des voies de recours</i>	244
a) Les voies de recours réservées aux parties	244
b) Les voies de recours réservées aux tiers	246
c) La prise en compte des intérêts des salariés	251
2. <i>La prévalence de l'intérêt général</i>	253
a) La multiplication des recours au profit du Ministère public	254
b) L'efficacité des recours	256
B. L'ŒUVRE JURISPRUDENTIELLE	258
1. <i>Le rétrécissement de la notion de partie à l'instance</i>	258
2. <i>Le contournement de la fermeture des voies de recours</i>	260
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 DU TITRE 2	268
CONCLUSION DU TITRE 2	269
DEUXIEME PARTIE : LA MESURE DES OBSTACLES S'OPPOSANT A LA MISSION DE SAUVETAGE DES JUGES AFRICAIN ET FRANÇAIS	270
TITRE 1 : LES OBSTACLES D'ORDRE FONCTIONNEL	272
CHAPITRE 1 : LES DIVERSES MODALITES D'INTERVENTION DU JUGE	274
SECTION 1 : LE MOMENT DE L'INTERVENTION DU JUGE	274
PARAGRAPHE 1 : LE CRITERE DE L'OUVERTURE D'UN REGLEMENT AMIABLE	276
A. LE RÈGLEMENT PRÉVENTIF AFRICAIN : UN CRITÈRE D'OUVERTURE SOURCE D'INTERVENTION QUELQUE PEU TARDIVE	276
1. <i>L'imprécision du critère</i>	277
2. <i>Le monopole reconnu au seul débiteur de saisir le juge de la prévention</i> ..	280
B. DES CRITÈRES À L'ORIGINE D'UNE INTERVENTION PRÉCOCE EN DROIT FRANÇAIS	281
1. <i>Le critère de l'intervention du juge dans la procédure d'alerte</i>	282
2. <i>Le critère de l'intervention du juge dans la procédure de conciliation</i> ____	284
3. <i>Le critère de l'intervention du juge dans la procédure de sauvegarde</i> ____	288
PARAGRAPHE 2 : LE CRITERE DE L'OUVERTURE D'UN REDRESSEMENT OU D'UNE LIQUIDATION	292
A. LA CESSATION DES PAIEMENTS : UNE NOTION MATÉRIELLE EN DROIT AFRICAIN ET EN DROIT FRANÇAIS	294
1. <i>Les composantes de la notion de cessation des paiements</i>	294
2. <i>La controverse autour du critère</i>	297
3. <i>Les difficultés de constatation judiciaire de la cessation des paiements</i> ____	299
B. LA CESSATION DES PAIEMENTS : UNE NOTION NON FONCTIONNELLE EN DROIT FRANÇAIS	303

1. <i>La cessation des paiements : critère non exclusif d'ouverture d'une procédure collective</i>	304
2. <i>La cessation des paiements : la disparition de la frontière entre l'amiable et le judiciaire</i>	306
SECTION 2 : LA CONFIDENTIALITE DE L'INTERVENTION DU JUGE	307
PARAGRAPHE 1 : L'EXIGENCE DE TRANSPARENCE, OBSTACLE COMMUN A LA CONFIDENTIALITÉ	308
A. L'INSTITUTION DES CREANCIERS CONTROLEURS DANS LA PROCEDURE	309
1. <i>Le renforcement des droits et pouvoirs des contrôleurs en droit français</i>	310
2. <i>Le caractère mitigé des droits et pouvoirs des contrôleurs en droit africain</i>	313
3. <i>Les entraves à la défense efficiente de l'intérêt collectif des créanciers par les contrôleurs</i>	316
B. LA MANIFESTATION DE LA TRANSPARENCE A TRAVERS LA PUBLICITE	320
1. <i>Les mesures générales d'information</i>	320
2. <i>Les mesures d'information individuelle</i>	325
PARAGRAPHE 2 :LA CONFIDENTIALITE, NECESSITE COMMUNE AU REDRESSEMENT DE L'ENTREPRISE	329
A. LA CONFIDENTIALITE DANS LES PROCEDURES PREVENTIVES	330
1. <i>Une préoccupation constante en droit français</i>	330
2. <i>Une préoccupation peu perceptible en droit africain</i>	333
B. LA CONFIDENTIALITE DANS LES PROCEDURES CURATIVES	334
1. <i>L'affirmation commune du principe de la non publicité des débats</i>	334
2. <i>Les tempéraments du droit français</i>	336
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 DU TITRE 1	339
CHAPITRE 2 : LA PRISE EN COMPTE VARIABLE PAR LE JUGE DES INTERETS DES CREANCIERS	340
SECTION 1 : VARIATIONS QUANT AU SORT DES CREANCIERS PROPRIETAIRES	341
PARAGRAPHE 1 : LE RECOURS AUX ACTIONS EN REVENDICATION	342
A. LE DOMAINE D'APPLICATION COMMUN	343
1. <i>La protection du vendeur en possession</i>	344
2. <i>La protection du vendeur dessaisi</i>	352
3. <i>La protection du vendeur réservataire de propriété</i>	353
4. <i>L'admission de la revendication du prix de la revente</i>	360
B. LA DISPENSE LEGALE DE REVENDICATION EN DROIT FRANÇAIS : LE CAS DES CONTRATS PUBLIES	362
1. <i>Enoncé et portée du principe</i>	362
2. <i>Le domaine de la publicité</i>	363
3. <i>La restitution du bien comme conséquence de la publicité du contrat</i>	365
PARAGRAPHE 2 : LA MISE EN ŒUVRE DES ACTIONS	367

A.	DES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DIVERGENTES _____	367
1.	<i>Des conditions plus rigoureuses en droit africain</i> _____	367
a)	L'exigence d'une déclaration de créance préalable _____	368
b)	La complexité des délais _____	369
2.	<i>Des conditions plus allégées en droit français</i> _____	370
a)	L'allègement quant à la procédure _____	371
b)	L'allègement quant à l'objet de la revendication _____	374
B.	L'APPRÉCIATION DE LA CONDITION D'EXISTENCE EN NATURE PAR LES JUGES AFRICAINS EN CAS DE MÉLANGE, TRANSFORMATION OU PERTE DU BIEN : ESQUISSE DE SOLUTIONS _____	383
1.	<i>Les procédures en revendication concernant les réserves de propriété consenties ou constituées antérieurement à l'entrée en vigueur de la réforme du droit des sûretés : le nécessaire recours aux solutions jurisprudentielles d'emprunt</i> __	384
a)	Le cas des biens fongibles _____	384
b)	Le cas des biens transformés, incorporés ou sinistrés _____	387
2.	<i>Les procédures relatives aux sûretés consenties ou constituées postérieurement à l'entrée en vigueur de la réforme du droit des sûretés : la consécration des solutions légales françaises</i> _____	391
a)	L'assouplissement légal de l'exigence de la condition d'existence en nature en cas de mélange _____	391
b)	L'assouplissement légal de l'exigence de la condition d'existence en nature en cas de biens incorporés, transformés ou sinistrés _____	393
	SECTION 2 : IDENTITE DU SORT DES CREANCIERS SAISSANTS _____	396
	PARAGRAPHE 1 : LA CONSÉCRATION COMMUNE DU PRINCIPE DE L'ARRÊT DES VOIES D'EXÉCUTION _____	396
A.	UN CHAMP D'APPLICATION LARGE _____	398
1.	<i>Les créanciers saisisants visés</i> _____	399
2.	<i>Les voies d'exécution concernées</i> _____	402
B.	UN ARRET CONDITIONNE DES VOIES D'EXECUTION _____	409
1.	<i>L'antériorité de la créance objet d'une voie d'exécution</i> _____	409
2.	<i>L'inachèvement de la voie d'exécution</i> _____	411
	PARAGRAPHE 2 : LA RELATIVE LIBERTÉ DES POURSUITES DES CRÉANCIERS POSTÉRIEURS _____	420
A.	UNE LIBERTÉ CONSACRÉE _____	422
B.	UNE LIBERTÉ MALMENÉE _____	425
	CONCLUSION DU CHAPITRE 2 DU TITRE 1 _____	432
	TITRE 2 : LES OBSTACLES D'ORDRE STRUCTUREL _____	433
	CHAPITRE 1 : LA STRUCTURE DE LA JUSTICE ECONOMIQUE _____	435
	SECTION 1 : LA SPECIALISATION DES JURIDICTIONS _____	436
	PARAGRAPHE 1 : L'ÉTAT RESPECTIF DES LIEUX _____	436

A.	LA SPÉCIALISATION DES JURIDICTIONS EN FRANCE : UN ACQUIS PERFECTIBLE	437
1.	<i>Une légitimité affirmée</i>	437
2.	<i>Une compétence consacrée en matière de prévention et de traitement des difficultés d'entreprises</i>	439
B.	LA JURIDICTION COMMERCIALE SPECIALISEE DANS L'ESPACE OHADA : UN DEFI A RELEVER	443
1.	<i>La quasi-inexistence des tribunaux de commerce avant l'avènement du traité OHADA</i>	444
2.	<i>Les timides initiatives nationales d'instauration de juridictions commerciales spécialisées depuis l'avènement du traité OHADA</i>	445
	PARAGRAPHE 2 : L'APPROCHE PROSPECTIVE	446
A.	LA CONSOLIDATION DE LA SPECIALISATION DE LA JUSTICE ECONOMIQUE DANS L'ESPACE OHADA	447
1.	<i>L'abandon du système de l'unité juridictionnelle</i>	447
2.	<i>L'harmonisation de la justice commerciale dans l'espace OHADA</i>	448
a)	La forme des juridictions	450
b)	L'implantation géographique des tribunaux	453
c)	La procédure	454
B.	LES AXES SAILLANTS DE LA REFORME FRANÇAISE	457
1.	<i>L'inadaptation de la carte judiciaire des tribunaux de commerce</i>	458
2.	<i>La réécriture de la carte judiciaire des juridictions consulaires</i>	459
	SECTION 2 : L'ACCES AU JUGE DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE	462
	PARAGRAPHE 1 : LES LIMITES A L'ACCESSIBILITE DU JUGE DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE TENANT AU CADRE NORMATIF ET INSTITUTIONNEL	464
A.	LES TEXTES COMPORTANT DES EXIGENCES PROCEDURALES COMME LIMITES A L'ACCESSIBILITE	464
1.	<i>La limitation des auteurs de la saisine du juge dans le cadre des procédures préventives</i>	465
2.	<i>Le risque de compromettre le sauvetage de l'entreprise</i>	469
B.	LES TEXTES RELATIFS AUX PROBLEMES D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE COMME LIMITES A L'ACCESSIBILITE	470
1.	<i>L'éloignement géographique des justiciables</i>	471
a)	L'éloignement géographique des justiciables en Afrique	471
b)	L'éloignement géographique des justiciables en France	474
2.	<i>Le coût de la justice</i>	475
	PARAGRAPHE 2 : LES LIMITES A L'ACCESSIBILITE DU JUGE DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE TENANT AU CONTEXTE	479
A.	LES FACTEURS COMMUNS	480
1.	<i>La méconnaissance et la technicité du droit des entreprises en difficultés</i>	480
2.	<i>L'exigence de vulgarisation du droit des entreprises en difficulté</i>	482
B.	LES FACTEURS SPECIFIQUES AU CONTEXTE AFRICAIN	483

1. <i>Les pesanteurs socio-culturelles</i>	484
2. <i>Les lenteurs judiciaires</i>	485
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 DU TITRE 2	492
CHAPITRE 2 : LA QUALITE DU PERSONNEL D'ENCADREMENT DE LA FAILLITE	493
SECTION 1 : LE POIDS DES MISSIONS LEGALES ASSIGNEES AU PERSONNEL D'ENCADREMENT DE LA FAILLITE	493
PARAGRAPHE 1 : LES MISSIONS ASSIGNEES AUX ORGANES JUDICIAIRES	494
A. LA SIMILITUDE DES MISSIONS DEVOLUES AUX ORGANES DE DECISION.	494
1. <i>Le Tribunal et son Président</i>	494
2. <i>Le juge-commissaire</i>	495
B. LA RUPTURE QUANT AU ROLE DEVOLU AU MINISTERE PUBLIC ___	500
1. <i>L'implication discrète du Ministère public en droit de l'OHADA</i>	500
2. <i>La reconnaissance d'un pouvoir d'action certain au Ministère public en droit français</i>	502
PARAGRAPHE 2 : LES MISSIONS ASSIGNEES AUX MANDATAIRES DE JUSTICE	507
A. DES MANDATAIRES DIFFERENTS	507
1. <i>Les mandataires de justice en Afrique</i>	507
2. <i>Les mandataires de justice en France</i>	508
B. DES MISSIONS D'UNE DOUBLE NATURE	511
1. <i>La surveillance et l'assistance du débiteur</i>	511
a) Le champ d'application de la surveillance	512
b) Le champ d'application de l'assistance	513
2. <i>La représentation</i>	518
a) La représentation du débiteur	519
b) La représentation des créanciers	523
SECTION 2 : LES PREOCCUPATIONS COMMUNES	529
PARAGRAPHE 1 : L'OBJET DES PREOCCUPATIONS	530
A. LES PREOCCUPATIONS RELATIVES AUX ORGANES JUDICIAIRES ___	530
1. <i>Le déficit de formation et la précarité de l'environnement professionnel</i> ___	530
a) Les données du problème dans l'espace OHADA	531
b) Les données du problème en France	537
2. <i>L'indépendance et l'impartialité du juge.</i>	540
a) L'application au droit des entreprises en difficulté	541
b) La particularité africaine	542
c) La particularité française	547
B. LES PREOCCUPATIONS RELATIVES AUX MANDATAIRES DE JUSTICE 552	
1. <i>Un constat d'échec dans le sauvetage des entreprises</i>	553

2.	<i>Les causes communes d'inefficacité</i>	554
a)	Le déficit de compétence professionnelle	554
b)	Les manquements déontologiques	557
c)	Les modes de rémunération pratiqués	560
3.	<i>Les causes d'inefficacité propres à chaque système</i>	561
a)	Les causes d'inefficacité propres au système africain	561
b)	Les causes d'inefficacité propres au système français	565
PARAGRAPHE 2 : L'ORIGINALITE DES SOLUTIONS		566
A.	LES SOLUTIONS AFRICAINES	567
1.	<i>Une originalité positive : les réponses au problème de formation du personnel judiciaire</i>	567
a)	La création d'une Ecole de formation et de perfectionnement : l'ERSUMA	567
b)	L'apport de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage	569
2.	<i>Une originalité négative : les réponses au problème des mandataires de justice</i>	571
a)	Un choix justifié	572
b)	Un choix limité	573
B.	LES SOLUTIONS FRANCAISES	575
1.	<i>Le souci affirmé d'une meilleure formation des juges consulaires</i>	575
a)	La création d'un Conseil National des tribunaux de Commerce	575
b)	La mise en place d'une politique de formation des juges consulaires	577
2.	<i>La recherche de solutions à l'exigence d'impartialité du juge de l'entreprise en difficulté</i>	582
a)	La modification du statut des juges consulaires : la solution acceptée	583
b)	L'échevinage : la solution refusée	584
3.	<i>La réécriture du statut des mandataires de justice</i>	586
a)	L'exigence de conditions rigoureuses de moralité et d'aptitude et la quête de spécialisation	587
b)	Le renforcement des contrôles et de la discipline	590
CONCLUSION GENERALE		595
BIBLIOGRAPHIE		600
INDEX ALPHABETIQUE		648
TABLE DES MATIERES		655



Résumé :

L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, adopté le 10 avril 1998 à Libreville et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998 est venu harmoniser le droit de la faillite dans les pays membres de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires (OHADA). En effet, ces pays étaient jusque là, en la matière, dotés de textes inadaptés datant de l'époque coloniale. Au regard de la parenté aujourd'hui avérée des ordres juridiques africain et français en Droit des entreprises en difficulté, il n'était pas inintéressant de mener une étude comparative sur le rôle du juge dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté dans les deux systèmes.

L'étude révèle qu'en droit africain et en droit français, les degrés d'intervention du juge varient selon que l'entreprise est en bonis ou selon qu'elle est en état de cessation des paiements.

Pour permettre au juge de mener à bien la mission de sauvetage de l'entreprise en difficulté, les législateurs africain et français lui ont octroyé des moyens d'action processuels qui se caractérisent de manière tantôt convergente et tantôt divergente selon les cas, par une maîtrise de l'instance et, par l'exécution immédiate des décisions judiciaires rendues.

L'étude révèle cependant l'existence dans les deux ordres juridiques de nombreux obstacles qui s'opposent à la mission de sauvetage incombant aux juges africain et français, obstacles tant d'ordre fonctionnel que d'ordre structurel.

À côté des solutions apportées ici et là à toutes ces problématiques, et à bien d'autres soulevées tout au long de l'étude, de nouvelles propositions sont faites pour rendre l'action du juge plus efficiente. Il reste que, qu'il s'agisse du droit africain ou du droit français, à travers la question relative au rôle du juge dans le sauvetage de l'entreprise en difficulté, se pose la récurrente problématique de la réelle capacité du droit à juguler les phénomènes économiques.

Descripteurs :

Accès au juge – actions – arrêt des poursuites – cessation des paiements – compétence du juge – confidentialité – créanciers – débiteur – entreprise en difficulté – exécution provisoire – formation – indépendance et impartialité du juge – intervention judiciaire – prévention des difficultés – recours – sauvetage de l'entreprise – spécialisation de la justice – suspension des poursuites – voies d'exécution.

Abstract:

The Uniform Act organizing collective proceedings for discharge of liabilities, adopted on 10 April 1998 in Libreville and entered into force on 1 January 1998 came harmonize the insolvency law in the Member countries of the Organization for the Harmonization of the law of Affairs (OHADA). Indeed, these countries were up there, in material, with inadequate texts dating from the colonial era. Under today proven relatives of African and French legal systems in law firms in difficulty, it was interesting to carry out a comparative study on the role of the judge in the rescue of the firm in difficulty in both systems.

The study reveals that African law and French law, judge's intervention levels vary depending on whether the company is in bonuses or depending on whether it is in a State of cessation of payments.

To enable the judge to carry out the mission to rescue of the firm in difficulty, African and French lawmakers have granted an action procedural means characterized sometimes convergent and sometimes divergent manner as appropriate, by a master of the instance and immediate execution of judicial decisions.

However, the study reveals the existence in both legal orders of many obstacles that oppose the incumbent judges African and French, rescue mission obstacles so many functional order than structural. Next to the solutions here and all these problems, there other proposals are made to make more efficient action by the judge. It remains that, whether it's African law or French law, through the question of the role of the judge in the rescue of the firm in difficulty, arises the recurring problem of the real capacity of the law to curb economic phenomena.

Keywords:

Access to the Courts - actions - stay of proceedings - cessation of payments - jurisdiction of the Court - privacy policy - company - debtor - creditors in trouble - provisional enforcement - training - independence and impartiality of the judge - judicial intervention - prevention of difficulties - use - rescue of the undertaking - specialization of justice – stay of proceedings - channel execution.