Les entreprises en difficultés

Anne-Françoise Zattara-Gros

▶ **To cite this version:**

Anne-Françoise Zattara-Gros. Les entreprises en difficultés. Revue juridique de l'Océan Indien, 2010, 11, pp.37-42. hal-02544466

HAL Id: hal-02544466
https://hal.univ-reunion.fr/hal-02544466

Submitted on 16 Apr 2020

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

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

Les entreprises en difficultés

Anne Françoise ZATTARA-GROS

Maître de conférences à l'Université de La Réunion

On ne fait plus faillite ! disait Mauroy[1]. La faillite appartiendrait à César Birotteau - personnage bien connu de la littérature française de la fin du XIXe - à une époque révolue où il était possible de voir dans une telle déroute tout et son contraire, comme l'écrivait par Balzac: l'illégal et le légal, le faux et le vrai, l'honnête et le malhonnête[2].

La faillite aurait ainsi bel et bien disparu du corpus juridique, laissant croire qu'il n'y aurait plus de situation par laquelle un débiteur, qui trompant la confiance de ses créanciers, aurait failli à ses engagements. Le terme lui-même de faillite n'a effectivement plus cours sauf, dans certains droits, pour désigner une sanction professionnelle susceptible d'être prononcée à l'encontre du dirigeant d'une entreprise en état de défaillance lorsqu'on peut reprocher à ce dirigeant un comportement imprudent ou malhonnête.

Cette observation, qui est parfaitement vérifiée en droit français, trouve toute sa pertinence dans le droit des procédures collectives issu de l'OHADA. Tiré de l'Acte uniforme signé à Libreville le 10 avril 1998, lequel succède aux actes uniformes sur le droit commercial général, les sociétés et le recouvrement adoptés en 1997 et 1998, le droit OHADA des procédures collectives porte organisation de procédures dites d'apurement du passif sans moindre référence à la faillite, si ce n'est en son sein, pour viser là encore une sanction professionnelle frappant le dirigeant de la personne morale soumise à l'une de ces procédures.

Cet acte, dont nous célébrons le 10ème anniversaire car entré en vigueur le 1er janvier 1999, comporte 258 articles regroupés en 8 titres. Il reflète la volonté de ceux qui ont souhaité, selon le Préambule, mettre en place « un droit harmonisé, simple, moderne et adapté » afin de faciliter la vie des entreprises.

Harmonisé tout d'abord, le droit issu de l'Acte Uniforme du 10 avril 1998 l'est à l'évidence. Il vient réformer et remplacer la législation en vigueur en la matière dans les pays signataires du Traité pour l'OHADA, laquelle résultait essentiellement du Code de commerce de 1807 modifié par des lois (4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire) et des décrets-lois (D.L. 8 août et 30 octobre 1935) relativement anciens soit intervenus avant la décolonisation soit peu après (loi du 13 juillet 1967). Se nourrissant du droit français, l'Acte Uniforme présente des procédures collectives uniformes en dépit de certaines questions abandonnées encore au droit national (comme par exemple l'intervention des professions juridiques et judiciaires au sein de ces procédures dont certaines sont réglementées par les droits nationaux ou non réglementées).

---

[1] B. Quesnay, XXIV.

[2] BALZAC, *César Birotteau*, Œuvres, t.V, p. 557.

Simple serait ensuite le droit OHADA des procédures collectives. Et l'on ne peut que souscrire à une telle qualité. Cette simplicité se mesure au travers les objectifs clairs et précis de l'Acte Uniforme, qui décline une organisation logique et cohérente de la matière. L'Acte Uniforme poursuit un double but, qui ressort de l'art. 1er : d'une part, il organise les procédures collectives appelées à être ouvertes contre le débiteur et, d'autre part, il définit les sanctions applicables à celui-ci. Ces deux volets sont construits chacun selon un rythme ternaire. Trois procédures sont prévues qui s'enchaînent de façon logique à raison de la gravité des difficultés rencontrées par l'entreprise : le règlement préventif, le redressement judiciaire et la liquidation des biens[1]. Trois sortes de sanctions sont applicables, patrimoniales, professionnelles et pénales[2] -tryptique que l'on retrouve en droit français-, qui présentent la particularité de dissocier le sort de l'entreprise de celui des dirigeants de celle-ci.

On touche alors à la modernité, 3ème qualité du droit des procédures collectives, qui se mesure tant du point de vue de la forme que du fond. En la forme, le droit né de l'Acte Uniforme d'avril 1998 est un droit moderne parce que clair et intelligible, en un mot accessible, qualités affichées et prônées depuis peu dans les Etats européens et en particulier en France (1999). Au fond, l'Acte Uniforme emprunte également les traits d'un droit moderne car il est par ailleurs flexible en favorisant la détection précoce des difficultés des entreprises par la mise en place d'un dispositif négocié de traitement de ces difficultés.

Harmonisé, simple, moderne, il formerait enfin un droit particulièrement adapté. Les rédacteurs de l'Acte Uniforme n'ont pas souhaité construire un droit harmonisé en procédant à la transplantation d'un droit, qui serait le produit d'une histoire et d'une culture qui leur serait totalement étranger. Aussi, se sont-ils tournés vers une source d'inspiration connue de façon à construire à partir de bases qui étaient devenues les leurs, car importées un temps, un droit en conformité avec leurs nouvelles aspirations politiques, économiques et sociales. Et sur ce point, force est de constater que les réalités sociologiques et juridiques des Etats ont été prises en compte. L'Acte Uniforme intègre, à travers différentes dispositions, celles-ci en ne prévoyant, par exemple, aucune exclusivité de compétence pour une juridiction particulière[3]. Selon les pays signataires, ce sera le tribunal de première instance ou de grande instance ou le tribunal de commerce ou même, par exemple pour le Sénégal, le tribunal régional qui sera compétent pour ouvrir une procédure collective. Il existe donc un panel de juridictions compétentes, ce qui contraste avec le droit français qui n'en reconnaît en tout et pour tout que deux et à terme peut-être qu'une, au regard de la réforme de la carte judiciaire.

Il n'y aurait donc que du vrai dit sur le droit le droit OHADA des procédures collectives. Celui-ci serait un droit harmonisé (I), présupposant l'idée d'un droit harmonieux (II).

I.- Un droit harmonisé

Le droit des procédures collectives issu de l'OHADA est un droit harmonisé car il constitue un alliage de droits autour d'un droit alliance : le droit français, respectant la diversité dans l'uniformité (A) et conjuguant passé et modernité (B).

---

[1] Art. 1er Acte Uniforme.

[2] *Ibidem*.

[3] Art. 3 Acte Uniforme.

A.- La coexistence de la diversité et l'uniformité

De la diversité dans l'uniformité. Inutile de rappeler ici l'article 10 du Traité OHADA aux termes duquel « Les Actes Uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne ». Pour ce qui est de celui portant organisation des procédures collectives, comme pour les autres, une question s'est posée. Puisque l'Acte Uniforme a eu vocation à s'intégrer dans tel ou tel ordre juridique quid du sort de certaines dispositions de droit national non contraires dès l'instant où ces dispositions complémentaires sont utiles pour organiser et réglementer la matière ? Ont-elles vocation à survivre ou disparaître ? Deux exemples viennent à l'esprit.

On pense d'abord aux peines applicables aux dirigeants d'une entreprise en défaillance (banqueroute ou autres infractions assimilées comme tenue de comptabilité inexacte ou incomplète). L'Acte Uniforme, qui régit les infractions pénales relatives aux dirigeants, a abandonné la détermination des peines applicables aux Etats membres de sorte que ce sont les dispositions nationales en la matière qui trouveront à s'appliquer, les rédacteurs ayant créé au sein de l'Acte lui-même des îlots de compétence des Etats pour légiférer sur telle ou telle autre question apparaissant du coup comme réservée[1]. Dans cette hypothèse, diversité coexiste avec uniformité, le maintien de la 1ère étant le résultat d'une volonté politique, qui selon les sujets, sera plus ou moins légitime. Justifiée ici par les fonctions régaliennes qui participent de la souveraineté des Etats, le choix de réserver la compétence au législateur national sera plus sujet à propos de dispositions (art. 107) conférant aux Etats le pouvoir de déterminer les contrats qui ne seront pas soumis à la règle de continuation lors de l'ouverture d'une procédure collective[2] (marchés publics).

Mais l'option pour la diversité n'est pas toujours souhaitée. Elle est parfois incidente. Un exemple est donné avec le statut de certains organes de la procédure collective et notamment les experts désignés dans le cadre du règlement préventif[3], experts ressemblant à nos conciliateurs, ou les mandataires désignés dans les procédures curatives, dont le statut reste réglementé par des dispositions nationales de certains pays (Guinée équatoriale), faute d'être prévu dans l'Acte Uniforme. Quid du sort de ces dispositions ? La lacune faisant ressurgir ici le droit national fait survivre celui-ci. La diversité subsiste alors dans l'uniformité, malgré elle.

B.- La conjugaison du passé et de la modernité

Harmonisé d'un point de vue spatial, le droit des procédures collectives issu de l'OHADA est un droit harmonisé du point de vue temporel. Il allie passé et modernité, lesquels se distribuent dans les procédures curatives et préventive.

Au stade de la prévention, le droit des procédures collectives né de l'Acte Uniforme a le souci d'instituer une procédure rapide (3 à 4 mois) mais peu confidentielle (à raison de la

---

[1] Art. 226 Acte Uniforme.

[2] Art. 107 Acte Uniforme.

[3] Cette offre n'a pas de correspondance en droit français puisqu'il s'agit d'un document entre la requête et le concordat, si ce n'est qu'il correspond dans la pratique française au projet de solution dressé par le conciliateur avec le débiteur, lequel sera présenté aux différents créanciers pour servir de base de négociations aux fins de déboucher sur un accord, homologue du concordat préventif, lequel aura vocation à être homologué à la différence du droit français visé qui réserve une option entre homologation et constat pour l'accord de conciliation.

publicité due à la suspension provisoire des poursuites et l'homologation) aux fins d'anticiper sur la défaillance de l'entreprise : le règlement préventif. S'il y a là un objectif moderne, en ce que le droit favorise la résolution amiable des difficultés par la mise en place d'un volet préventif, cette procédure rappelle l'ancienne procédure de suspension des poursuites mise en place par la loi française du 13 juillet 1967. Il s'agit d'une procédure relativement lourde, qui emprunte à une véritable procédure collective, dont elle a d'ailleurs la dénomination, puisqu'elle est susceptible de faire intervenir différents organes pendant la phase d'exécution du concordat (juge-commissaire, syndic et contrôleurs).

Au niveau du traitement de la défaillance, le droit issu de l'OHADA montre les traits d'un droit également quelque peu daté pour le juriste français. Il véhicule certaines institutions qui ont disparu de notre droit et à raison comme le syndic, apparu en 1967 et supprimé par la loi du 25 janvier 1985, qui cumule les fonctions d'administrateur et de représentant des créanciers, et donc représente à la fois le débiteur et les créanciers, solution peu heureuse en raison du conflit d'intérêts antagonistes existant.

A l'inverse, il est très avant-gardiste par d'autres aspects. L'Acte Uniforme est innovant encore ne serait-ce que par le traitement de la cession totale dans le cadre de la liquidation, le droit français ayant pris cette option depuis 2005 seulement, ou par la consécration d'une responsabilité des tiers (art. 118) qui auraient notamment, par leurs fautes, contribuer à retarder la cessation des paiements, laquelle a fait aussi une entrée tardive mais non moins remarquée en droit français avec l'adoption de l'article L. 650-1 qui d'ailleurs prévoit des cas d'ouverture limitatifs de responsabilité.

De la diversité et de l'uniformité, du passé et de la modernité, le droit des procédures collectives issu de l'OHADA offre ainsi le résultat d'une harmonisation réussie au sens où, créant un espace-temps juridique, il s'intègre dans un contexte, présupposant l'idée d'un droit harmonieux.

II.- Un droit harmonieux ?

La réalité rend elle compte de l'idée avancée ? La réalité est souvent décevante, voire hideuse –et vous le savez- écrivent certains[1] mais elle peut être aussi infiniment riche[2] -soyez ici rassurés-. L'analyse de l'Acte Uniforme du 10 avril 1998 livre un tableau contrasté du droit des procédures collectives. Celui-ci, qui pourrait paraître de prime abord inadapté (A), se révèle être un droit équilibré (B).

A.- Un droit inadapté ?

Inadapté ? C'est une question légitime que l'analyste se pose surtout lorsque celui-ci est un juriste français. Le droit OHADA des procédures collectives étant inspiré des dispositions du livre VI du Code de commerce d'avant 1998, est-il, à la lumière de l'évolution française mais

[1] FLAUBERT, *L'éducation sentimentale*, I, IV.

[2] VALERY, *Eupalinos*, Dialogue de l'arbre, p. 203.

encore à l'aune du contexte économique et social des pays signataires, encore adapté? Il semble que non. L'Acte Uniforme aurait vocation à faire l'objet d'une révision aux fins d'améliorer le sort assigné à l'entreprise malade dans deux directions : la définition des conditions d'ouverture des procédures, jugées trop restrictives du point de vue de la situation personnelle du débiteur, et l'organisation des procédures curatives, considérée comme inappropriée si l'on poursuit le traitement des difficultés de l'entreprise.

S'agissant des conditions d'ouverture, le droit OHADA des procédures collectives aurait un côté dépassé, un côté trop faillitiste aurais-je envie de dire. On a la sensation, lorsqu'on se plonge dans les dispositions de l'article 2 de l'Acte Uniforme, de relire LACOUR qui écrivait que la faillite « ne concerne en principe que les commerçants ». Le droit OHADA est gouverné en effet par une logique dichotomique. Sont soumis à procédure collective, pour ce qui est des personnes physiques, les commerçants[1]. Sont boutés de l'Acte Uniforme du 10 avril 1998, les non-commerçants. Cette circonstance a pour effet de laisser en dehors du champ des procédures collectives les artisans comme les agriculteurs, lesquels ont pourtant une activité représentative dans les Etats membres, et surtout les professions indépendantes et libérales, regroupées dans le fameux secteur informel, si important en Afrique. Plus que dépassé, le droit adopté et en vigueur serait tout simplement inadapté aux sociétés en cause, sauf à ce que les professions et métiers envisagés et écartés puissent bénéficier de ces procédures par des dispositions que leur réserverait le droit national, ce qui est le cas par exemple des artisans au Gabon[2].

Sur le plan de l'organisation des procédures, le droit OHADA serait cette fois tout simplement inapproprié au regard des objectifs poursuivis dont celui de sauvegarde de l'entreprise[3]. Le sort de l'entreprise y est quelque peu précipité. Aucune période d'observation n'est ouverte dans le cadre du redressement de sorte que le débiteur doit au moment où il procède à sa déclaration de cessation des paiements ou au plus tard dans les 15 jours qui suivent celle-ci présenter une offre de concordat[4]. Et c'est sur la base du sérieux du concordat que la juridiction optera soit en faveur du redressement soit pour la liquidation des biens[5]. Le sort de l'entreprise est quasiment scellé au moment du jugement d'ouverture et ceci est d'autant plus dangereux qu'il ne s'apprécie pas selon un critère économique objectif, la possibilité de redressement, de sorte que si celle-ci existe et que le concordat n'est pas sérieux, le tribunal peut prononcer la liquidation des biens. La procédure, qui s'avère donc dangereuse, gagne ici à être revue et corrigée. Ceci étant, le droit reste équilibré.

B.- Un droit équilibré

Le droit OHADA des procédures collectives est un droit équilibré dans ses objectifs et cette caractéristique transparaît au travers la distinction des procédures ainsi que dans la définition des sanctions.

En effet, les rédacteurs de l'Acte Uniforme ont eu le souci de faire du droit des procédures collectives non seulement un droit du traitement de la défaillance par la mise en place

[1] Art. 2 Acte Uniforme.

[2] Art. 2 Loi gabonaise 7/86 du 4 août 1986.

[3] Art. 2 Acte Uniforme.

[4] Art. 27 Acte Uniforme.

[5] Art. 33 Acte Uniforme.

de procédures curatives mais encore un droit de résolution des difficultés en instituant une procédure préventive. Et pour séparer ces deux phases d'anticipation et de traitement, ils ont opté pour un critère objectif et économique, la cessation des paiements, qui a été la clé de voûte du système français des procédures collectives jusqu'en 2005 et de répartition entre les procédures de prévention et de traitement. Le schéma directeur est clair. Le règlement préventif s'applique dès que l'entreprise traverse des difficultés[1]. Au contraire, le redressement judiciaire et la liquidation des biens s'ouvrent en cas de cessation des paiements[2], c'est-à-dire à un moment où l'entreprise est en état de défaillance. Pas de cartes brouillées ici comme en droit français où l'on sait désormais qu'une entreprise en cessation des paiements pourra bénéficier d'un dispositif négocié et allégé tandis qu'une entreprise en difficultés pourra se voir appliquer une véritable procédure collective, la sauvegarde.

Equilibre encore dans la définition des sanctions où le sort de l'entreprise et de l'homme sont dissociés, la situation de la première étant appréciée selon un critère objectif alors que le sort du second à travers les dirigeants de l'entreprise est appréhendé cette fois de façon subjective. Il est aisé de voir d'ailleurs que l'Acte Uniforme privilégie la sauvegarde de l'entité économique, parfois même au détriment de l'exploitant en organisant l'éviction du débiteur de la direction et de la continuité de l'exploitation (dessaisissement du débiteur par l'effet d'une assistance obligatoire de celui-ci par un syndic[3] ou location-gérance[4]) ou des dirigeants de la personne morale lorsque ces derniers ont été fautifs (cession forcée des titres[5] suite à une action en comblement de passif [6]).

Voici brossé à gros traits le portrait des procédures collectives issu de l'OHADA, qui livre la conclusion selon laquelle il y a bien du vrai mais aussi du faux de dit sur le droit présenté, rendant à Balzac ici sa pertinente observation sur le vrai et le faux dans la faillite.

[1] Art. 2 Acte Uniforme.

[2] Art. 25 Acte Uniforme.

[3] Art. 52 Acte Uniforme.

[4] Art. 115 Acte Uniforme.

[5] Art. 185 Acte Uniforme.

[6] Art. 183 Acte Uniforme.