

THESE DE DOCTORAT DE DROIT

L'UNIVERSITE DE NANTES
COMUE UNIVERSITE BRETAGNE LOIRE

ECOLE DOCTORALE N° 599
Droit et Science politique
Spécialité : Droit privé

Par

« **Blandine MAFEUGUEMDJO** »

ÉTUDE COMPARÉE EN DROIT OHADA ET FRANÇAIS DE LA PROTECTION DU CRÉANCIER CHIROGRAPHAIRES D'UNE
SOCIÉTÉ EN DIFFICULTÉ

Thèse présentée et soutenue à l'université de Nantes, le 7 octobre 2019

Unité de recherche : IRDP

Thèse N° :

Rapporteurs avant soutenance :

Lionel ANDREU

Professeur de l'université de Poitiers

Gérard NGOUMTSA ANOU

Professeur de l'université de Perpignan

Composition du Jury :

Président : Gérard NGOUMTSA ANOU

Examineur : Lionel ANDREU

Dir. de thèse : Laure NURIT

Professeure de l'université de Nantes

Co-dir. de thèse : Alain KENMEGNE SIMO

Professeur de l'université de Yaoundé II

« L'Université de Nantes n'entend donner aucune approbation ni improbations aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur. »

DÉDICACE

À la mémoire de mes parents KAMWA Pierre & Lucie

À la mémoire de mon grand-frère Jacques TEGUIA

À Sohann, Jayden et Alain NOUPOUE

REMERCIEMENTS

Je tiens avant tout à remercier mes Directeurs, **Professeure Laure NURIT-PONTIER** et **Professeur Alain KENMEGNE SIMO** qui, ont accepté de diriger ce travail. Leurs remarques et opinions sur tous les plans, m'ont énormément apporté pour la réalisation de ce travail et continueront à me guider dans les échéances à venir ; qu'ils trouvent ici l'expression de ma gratitude profonde.

Merci spécialement aux membres du jury qui ont accepté de faire partie du jury de soutenance.

Que ceux qui nous ont apporté leur soutien de quelque nature que ce soit, trouvent ici l'expression de nos sincères remerciements. J'exprime ma reconnaissance :

Aux familles : FODJO, TOMEYUM, KOUAM, DJOKO, LIMI, TEGUIA, KAMDEM, FEUSSOUO, NGOPO, KUATSE, KAMWA, TABEU, FOTSO, NGOUKAM, NINTCHEU, ASSONFACK, NGASSA

À tous nos amis et connaissances : Azareel, Chimeine, Paulin, Josie, Carol, Marie, Monique, Aurelie...

À tous nous disons infiniment merci.

SIGNES ET PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJ : Actualité jurisprudentielle

Aff. Affaire

AGS : Association pour la gestion du régime d'assurance des créances salariés

Al. : Alinéa

Art. : Article

AUDCG : Acte Uniforme portant droit commercial général

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

AUDSCGIE : Acte uniforme portant droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique

AUVE : Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution

BJS : Bulletin joly société

CA. : Cour d'appel

Cass. Civ. : Chambre civile de la cour de cassation

Cass.com. : Chambre commerciale de la cour de cassation

CCJA : Cour commune de justice et d'arbitrage

CEMAC : Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale

Chron. : Chronique

Cf. : Confère

Concl. : Conclusion

CS : Cour suprême

D. : Dalloz

DEA : Diplôme d'études approfondies

Ed. : Edition

Gaz. Pal. : Gazette du palais

JCP E : Juris classeur périodique (La semaine juridique - Entreprise et affaires)

LPA : Les petites affiches

LGDG : Librairie générale de droit et de jurisprudence

N°: Numéro

Obs. : Observations

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

Op cit : opéra citato (cité plus haut)

P. : Page

Penant. Revue de droit des pays d'Afrique

PUA : Presse universitaire d'Afrique

PUF : Presse universitaire de France

Rep com. Dalloz : Répertoire commerciale Dalloz

R. J. Com. : Revue de jurisprudence commerciale

RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires

RLDA : Revue Lamy Droit des Affaires

Rev. : Proc. Coll. : Revue des procédures collectives

Rev. : Société : Revue des sociétés

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civile

RTD. Com. : Revue trimestrielle de droit commerciale

S. : Suivant

Supra : Ci-dessus

T. : Tom

TGI : Tribunal de grande instance

TPI : Tribunal de première instance

Trib. : Tribunal

V. : Voir

Vol. Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE : UNE PROTECTION INDIRECTE DU CRÉANCIER CHIROGRAPHAIRE FONDÉE SUR LA PRÉVENTION ET LE TRAITEMENT PRÉCOCE DES DIFFICULTÉS DE LA SOCIÉTÉ.....	17
TITRE I : UNE PROTECTION DU CRÉANCIER CHIROGRAPHAIRE PAR LA PRÉVENTION DES DIFFICULTÉS DU DÉBITEUR	19
CHAPITRE I : L'INAPTITUDE DU CAPITAL SOCIAL COMME GARANTIE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES.....	22
CHAPITRE II : L'ACTIF SOCIAL, GAGE DES CREANCIERS CHIROGRAPHAIRES.....	53
TITRE II : LA PRÉVENTION PAR LE TRAITEMENT AMIABLE DES DIFFICULTÉS DE L'ENTREPRISE	90
CHAPITRE I : LA PARTICIPATION DES CRÉANCIERS CHROGRAPHAIRES AU TRAITEMENT AMIABLE DES DIFFICULTÉS DE L'ENTREPRISE.....	92
CHAPITRE II : UN PAIEMENT DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES CONDITIONNE PAR LE RÉTABLISSEMENT EFFECTIF DE L'ENTREPRISE.....	133
DEUXIÈME PARTIE : UNE PROTECTION DIRECTE DU CRÉANCIER CHIROGRAPHAIRE DANS LES PROCÉDURES COLLECTIVES.....	186
TITRE PREMIER : UNE PROTECTION MITIGÉE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES DÈS L'OUVERTURE DES PROCÉDURES COLLECTIVES	187
CHAPITRE I : L'IMPLICATION ÉTRIFIÉE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES DANS LE SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE	188
CHAPITRE II : L'ALTÉRATION DU RECOUVREMENT DES CRÉANCES CHIROGRAPHAIRES. 225	
CHAPITRE I : LE DIFFICILE RECOUVREMENT DES CRÉANCES CHIROGRAHAIRES DÛ À LA PROCÉDURE D'ORDRE	282
CHAPITRE II : LA NÉCESSITÉ DU RECOURS À UN MODE ALTERNATIF DE PAIEMENT : L'ASSURANCE COMME MOYEN DE PAIEMENT DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES ? .	316

INTRODUCTION

1. La santé de l'économie est menacée par les défaillances des sociétés. En France le bilan de l'année 2018 révèle un nombre de défaillances de 54 627 dont 37 214 liquidations judiciaires, 16 359 redressements judiciaires et seulement 1 054 sauvegardes¹. Même si dans l'espace OHADA aucune étude n'a quantifié le nombre de défaillances de sociétés, beaucoup meurent sans qu'on ouvre une procédure collective surtout celles évoluant dans le secteur informel². La disparition de ces sociétés génère des impayés. Cependant, si tous les créanciers sont impactés par ces défauts de paiement, la situation est encore plus inconfortable pour les créanciers chirographaires qui, « jadis qualifiés de piétaille, font désormais figure d'enfants pauvres et de sacrifiés pour compte »³.

2. On distingue deux catégories de créanciers : les créanciers dits privilégiés et les créanciers dits chirographaires. Pour une définition plus précise de la notion de créancier chirographaire, il est nécessaire de retracer son évolution dans le temps. Il faut dire que les sociétés primitives excluaient la nécessité de contracter car les hommes produisaient juste le nécessaire pour faire survivre leur famille. Ensuite par nécessité, les hommes furent contraints de se procurer hors du cercle familial des biens qu'ils ne produisaient pas. Dans ces sociétés, il n'y avait pas de monnaie. Pour cela, « On échangeait les choses inutiles contre les choses utiles »⁴. Ce système d'échange était fondé sur un rapport d'obligation car celui qui donnait, recevait quelque chose en retour. Compte tenu de la simultanéité des échanges on ne parlait pas encore d'obligation contractuelle proprement dite. L'instantanéité des échanges favorisait forcément la

¹ Défaillances et sauvegardes d'entreprise en France, bilan 2018.

² Le secteur informel représente 80% de l'activité économique (Banque mondiale, IFC Doing Business dans les États membre de l'OHADA, 2012, p. 12 s.).

³ O. M. LEBATT, *La protection du créancier chirographaire : essai d'une formulation synthétique*, Université des sciences sociales Toulouse, 1987, p. 1 bis.

⁴ L. NURIT PONTIER, *Le statut juridique de la monnaie étrangère*, coll. La revue banque éditeur, 1994, p. 9.

bonne fin des rapports entre personnes. Mais au fur et à mesure, une confiance mutuelle va s'installer entre les partenaires et va favoriser le report de l'échange des biens. Comme le fait remarquer un auteur⁵ : « La confiance instaurée entre les partenaires a permis d'étaler dans le temps les échanges de biens et de services. Ce qui a contribué à faire évoluer le régime économique du troc vers le crédit ». Le développement de la confiance va ainsi favoriser le développement du crédit incluant aussi la monnaie comme contrepartie des échanges de biens. Désormais, on échange des biens contre de l'argent. En raison du développement économique, les parties vont formaliser leurs échanges et élaborer un nouvel instrument apte à maîtriser l'avenir et à assurer le développement des opérations de crédit : le contrat. Ce dernier devient ainsi l'une des sources de l'obligation entre les personnes. L'histoire nous révèle que le contrat est un acte formaliste c'est-à-dire que « l'engagement ne naît que si les formalités précises sont accomplies »⁶. Dans l'ancien droit romain, faute d'écrit, le contrat n'aura une valeur juridique que si des rites sacrés sont accomplis. Ainsi, pour que le contrat soit légalement formé, le créancier remettait au débiteur un lingot d'airain en présence de cinq témoins en faisant une déclaration solennelle qui consistait à déclarer que : « J'affirme que tu es NEXUS (lié) envers moi en vertu de cet airain et de cette balance ». Le créancier en prononçant ces paroles croit à l'engagement sincère du débiteur. La confiance est ainsi le fondement de la parole donnée. Le créancier fait donc crédit parce qu'il a confiance en la solvabilité de son débiteur. Néanmoins, cette obligation verbale est renforcée par la présence des témoins⁷ qui ont pour rôle d'attester le lien d'obligation qui existe entre le débiteur et le créancier. Seulement dans certains cas les témoins mourraient avant l'exécution de l'obligation. Cette faiblesse de la preuve par témoin va favoriser le développement de l'écrit. Dans le droit romain classique, on retrouve deux formes d'écrit notamment la SYN-

⁵ S. GJIDARA, *L'endettement et le droit privé*, coll. LGDJ, 1999, n° 58.

⁶ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLE, *Histoire du droit des obligations*, coll. LexisNexis, 2011, p. 14.

⁷ Il faut préciser que les témoins étaient souvent des enfants ceci dans le but de faire durer la preuve de l'obligation. Sauf que « Dès qu'un homme est né il est assez vieux pour mourir », M. HEIDEGGER.

GRAPHE⁸ et le CHIROGRAPHUM. Ce dernier peut être défini comme « Une déclaration écrite à la première personne par le débiteur, elle constate l'obligation et elle est remise au créancier »⁹. Le chirographum est donc un acte sous-seing privé constatant la créance chirographaire. Le mot chirographaire qui dérive de chirographum vient du grec kheir, kheiros (main) et graphein (écrire) c'est donc un acte écrit à la main. On peut en déduire que le créancier chirographaire est le titulaire d'un acte écrit du débiteur constatant sa créance. Ainsi, le chirographaire se faisait payer sur simple présentation de son papier. Cette définition va très vite se démoder parce que pendant la renaissance du droit romain suivi du développement de l'autonomie de la volonté, l'écrit cesse d'être l'acte formateur de la créance chirographaire pour devenir une simple preuve légale¹⁰. Désormais, l'écrit a juste une valeur probatoire et ne rend plus compte de ce qu'est le créancier chirographaire.

3. Cependant, le développement du contrat va permettre de mieux appréhender la notion de créancier chirographaire. Au sens littéral du terme, le contrat est une espèce de convention ayant pour objet de créer une obligation ou de transférer la propriété¹¹. Le contrat est donc l'acte de naissance de l'obligation entendu selon le droit romain comme « un lien de droit en vertu duquel nous sommes astreints à payer quelque chose, conformément au droit de notre cité »¹². Plus précisément, « il consiste à contraindre autrui à nous donner, à faire ou à répondre de quelque chose en notre faveur »¹³. Au regard de ce qui précède, pour Monsieur Jacques FAHET « le créancier chirographaire apparaît comme le titulaire d'une obligation de recevoir, d'un droit personnel à l'encontre d'une personne astreinte à une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose »¹⁴. Il apparaît que le créancier chirographaire est le

⁸J. FAHET, *Essai sur quelques aspects juridiques de la situation du créancier chirographaire*, Toulouse, 1979, p. 39 (le syngrapha peut être défini comme un procès-verbal rédigé à la première personne par les témoins de l'acte relatant la promesse faite en leur présence par le débiteur).

⁹ *Id.*, p. 9.

¹⁰ On va ainsi distinguer les actes authentiques des actes privés.

¹¹ G. CORNU, préc., note 4.

¹² R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, DOMAT MONCHRESTIEN, T. II, 1948, n° 4.

¹³ E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLE, préc., note 8, n° 4.

¹⁴ J. FAHET, préc., note 8, p. 52.

titulaire d'un droit personnel de créance par opposition au créancier titulaire d'un droit réel tel que les créanciers titulaires de sûretés.

4. Il semble donc qu'on ne peut définir le créancier chirographaire qu'en l'opposant aux créanciers titulaires de sûreté. Cette dernière vient du latin *securus* qui veut dire sûr. Mais en droit français, la notion de sûreté n'est pas définie par le législateur. La jurisprudence, quant à elle, refuse à certains mécanismes la qualité de sûreté sans toutefois donner une définition de la notion de sûreté¹⁵. Par ailleurs, la doctrine reste partagée. Un auteur parle même de l'introuvable notion de sûreté, parlant de la difficulté à la définir¹⁶. En réalité, au sein de la doctrine, les auteurs n'ont pas une définition unanime de la notion de sûreté. Selon le Professeur P. CROCQ : « Une sûreté est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement¹⁷. Pour le Professeur G. CORNU, il s'agirait pour le créancier de la garantie fournie par une personne (sûreté conventionnelle), ou établie par la loi (sûreté légale) ou plus rarement résultant d'un jugement (hypothèque judiciaire), pour l'exécution d'une obligation, d'une disposition destinée à garantir le paiement d'une dette à l'échéance malgré l'insolvabilité du débiteur¹⁸. Pour le Professeur N. LEBLON, les sûretés sont tous les droits qui, s'ajoutant à ceux issus du rapport de la créance principale, tendent à la satisfaction du créancier en permettant la prise en charge de l'impayé¹⁹. Au regard de tout ce qui précède et de la difficulté à donner une définition unanime à la notion de sûreté, il en ressort

¹⁵ Cass. com., 9 juin 1998, Bull. civ. IV, n°181. Selon cet arrêt, « le droit de rétention qui n'est pas une sûreté et qui n'est pas assimilable au gage ne permet l'attribution en pleine propriété de la chose retenue ».

¹⁶ M. CABRILLAC et CH. MOULY, *Droit des sûretés*, 10^e éd., coll. Manuel, Paris lexisnexis, 2015, n° 2.

¹⁷ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1995, n° 282.

¹⁸ G. CORNU, préc., note 4, p. 1005.

¹⁹ N. LEBLON, *Assurances et sûretés*, Paris 2, Université de Panthéon-Assas, 2007, n° 5.

qu'elle n'est finalement, comme le font remarquer certains auteurs, qu'une : « étiquette qui s'accommode du disparate. L'emploi fréquent du pluriel est significatif de l'impossibilité de réunir dans un concept unique, parce qu'elles reposent sur des techniques trop éloignées, les sûretés personnelles et réelles »²⁰. Il faut noter que malgré l'absence d'unanimité des auteurs autour de la notion de sûreté, la majorité s'accorde non seulement sur la dissociation sûreté réelle et sûreté personnelle, mais aussi et surtout sur la finalité des sûretés qui existeraient dans le seul but de garantir le paiement d'une dette au profit du créancier. En revanche, à côté du silence du législateur français sur la notion sûreté, le législateur OHADA donne une définition de la notion de sûreté. Ainsi, « une sûreté est l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou soit fluctuant »²¹. Cette définition rejoint davantage les définitions proposées par la doctrine française sur la notion de sûreté. Malheureusement, cette définition pêche parce qu'elle ne fait référence qu'à la sûreté réelle ce qui à notre sens est incomplet car il existe aussi des sûretés personnelles dans le contexte OHADA.

5. Il ressort toutefois de toutes ces définitions que la sûreté est une garantie contre le non-paiement. C'est en quelque sorte « une prérogative superposée aux prérogatives ordinaires du créancier par le contrat, la loi, un jugement ou une démarche conservatoire et qui a pour finalité juridique exclusive de le protéger contre l'insolvabilité de son débiteur »²². Pour autant, la notion de sûreté ne doit pas être comprise comme un synonyme de la garantie dans le cadre de cette étude. Car « la sûreté est une garantie. Mais toute garantie n'est pas une sûreté »²³. La sûreté est une forme de garantie de la créance. Mais contrairement aux autres formes de garantie, la sûreté a pour seule finalité de protéger le créancier contre l'insolvabilité de son débiteur. Par contre, les autres formes de garantie telles que la compensation, l'action directe, l'assurance n'ont pas pour

²⁰ M. CABRILLAC et CH. MOULY, préc., note 17, n° 2.

²¹ Article 1 AUS.

²² M. CABRILLAC et CH. MOULY, préc., note 17, n° 2.

²³ P. MALAURIE, L. AYNES et P. CROCQ, *Droit ci vil, les sûretés, la publicité foncière*, 8 éditions, coll. Defrenois, 2014, n° 3.

seul but la garantie de l'insolvabilité du débiteur. Tout au contraire, « elles ont une utilité différente de celle des sûretés »²⁴. Même « si elles produisent parfois des effets de sûreté, cet effet n'est pas de leur essence »²⁵. Contrairement aux créanciers chirographaires, les créanciers titulaires de sûretés personnelles ou réelles jouissent d'une prérogative supplémentaire à leur droit de gage général. De ce fait, « ils sont des créanciers chirographaires plus quelque chose »²⁶. Ce surplus de sécurité découle par exemple de la reconnaissance d'un droit spécifique sur un bien contenu dans le patrimoine du débiteur, ce qui n'est pas le cas du créancier chirographaire. Alors, le créancier chirographaire est celui qui fait confiance à son débiteur sans exiger une sûreté quelconque.

6. Il faut dire que chaque fois que l'on utilise le mot créancier dans le code civil, il faut chercher à savoir si la disposition s'applique à tous les créanciers, peu important la nature de leur créance, ou si elle s'applique à une catégorie précise de créanciers. Comme le fait si bien remarquer un auteur « chaque fois que l'on rencontre le mot créancier ou créance, il faut chercher à savoir si elle s'applique à tous les créanciers ou à une catégorie bien déterminée »²⁷. Si l'on parcourt le code civil, le créancier chirographaire s'oppose aux créanciers titulaires de sûreté. On en déduit que le créancier chirographaire est celui qui ne dispose pas de sûreté. Cette approche de la notion de créancier chirographaire est partagée par la doctrine majoritaire. Pour cela, il est admis de manière générale que le nom de créancier chirographaire est donné au titulaire d'un droit de créance qui n'est accompagné d'aucune sûreté réelle et personnelle²⁸.

7. Au regard de ce qui précède, on ne peut définir le créancier chirographaire qu'en l'opposant aux créanciers titulaires de sûretés. Ainsi, la notion de créancier chirographaire est intimement liée à la notion de confiance. En réalité, en n'exigeant aucune sûreté pour garantir sa créance, le créancier chirographaire croit à la solvabilité de son débiteur. En conclusion, le créancier chirographaire est le titulaire d'une créance démunie de sûreté réelle ou personnelle.

²⁴ D. NEMTCHENKO, *Le droit des sûretés au prise de la faute : contribution à l'analyse de la notion de sûreté*, Université de Bordeaux, 2017, p. 17.

²⁵ M. CABRILLAC et CH. MOULY, préc., note 17, n° 4.

²⁶ O. M. LEBATT, préc., note 3, p. 8.

²⁷ J. FAHET, préc., note 10, p. 52.

²⁸ M. AUGUSTE FILIP, *De la nature Juridique du droit du créancier chirographaire*, Université de Paris, 1922, p. 5.

8. Dans les sociétés primitives, tous les créanciers sont des chirographaires puisque leur crédit repose sur la confiance. Le respect de la parole donnée est le fondement de la confiance du créancier chirographaire envers son débiteur. Toutefois, la confiance suppose une communauté d'intérêts ou d'amitié. Dans ce type de société, le cercle du crédit est fermé et se fait au sein de la famille. La force du créancier chirographaire est renforcée par le contrôle ou l'intervention de la famille en cas d'inexécution de la parole donnée. Dans ce contexte, « il sera difficile de violer la parole donnée sans déclencher la désapprobation familiale ou les sanctions sociales ou morales. Le postulat général est l'honnêteté et la probité morales »²⁹. Les mesures de répression sont telles que la parole donnée est presque toujours respectée. Ainsi, les créanciers chirographaires étaient presque assurés de retrouver leur créance parce qu'« on voit dans le débiteur insolvable un coupable dont le créancier a le droit de se venger »³⁰. De ce fait, pendant le Moyen Âge ils avaient le droit de saisir la personne même du débiteur pour en disposer comme ils l'entendaient au besoin en le réduisant en esclavage. Le créancier chirographaire devenait de ce fait propriétaire du corps et des biens du débiteur. La personne du débiteur devenait alors la garantie de la dette et était soumise au bon vouloir du créancier chirographaire.

9. Cependant, la sévérité du droit envers le débiteur va s'améliorer. D'abord, par le moratoire et la réduction de leur dette, puis par la loi PAETELIA PAPIRIA en 326 qui abrogea l'asservissement du débiteur³¹. La rigueur de la contrainte exercée sur le débiteur par le créancier va au fil du temps s'amoinrir parce qu'il y a désormais la prise en considération de la personne du débiteur. Ainsi, la contrainte par corps³² est remplacée par la contrainte sur les biens. « le débiteur objet de droit, véritable esclave à la merci de son maître va devenir une personnalité juridique à la tête d'un patrimoine »³³. Désormais, « le patrimoine du débiteur est la puissance de garantie qu'offre la personne à ses créanciers actuels et futurs, c'est la mesure de sécurité qu'elle offre dans

²⁹ J. FAHET, préc., note 10, p. 54.

³⁰ A. DOMAS, 1972, p. 168.

³¹ B. OPPETIT, préc., note 36.

³² La contrainte par corps en matière civile fut abolie en 1867.

³³ J. FAHET, préc., note 10, p. 37.

ses rapports juridiques avec autrui »³⁴. Les créanciers peuvent saisir les biens du débiteur pour se faire payer. Les biens du débiteur deviennent donc le socle de la garantie de tous les créanciers. En cas d'insolvabilité, le droit romain organisait la « *venditio bonorum* » caractérisé par la vente collective des biens du débiteur pour le paiement de tous les créanciers.

10. S'inspirant du droit romain, le code civil de 1804 va, quant à lui, mettre en avant la sanction du débiteur insolvable. Ainsi, ce dernier sera dessaisi de la gestion de son patrimoine et sanctionné de banqueroute³⁵. Mais, la réforme de 1967 rompt totalement avec la philosophie traditionnelle qui gouvernait jusqu'alors le droit et consacre l'amélioration de la situation du débiteur, en faisant ainsi la distinction entre l'homme et l'entreprise ; la réforme se donnait pour but le salut des entreprises viables³⁶. De ce fait, l'évolution va tendre de plus en plus vers la protection des débiteurs au détriment des créanciers car non seulement il y a une prise en compte des considérations humaines et sociales mais aussi et surtout les considérations économiques absorbent de plus en plus les premières. Ainsi donc, le principe de prééminence de l'entreprise domine désormais l'ensemble de l'édifice législatif³⁷. On passe ainsi de la toute-puissance du créancier sur son débiteur vers la toute-puissance du débiteur. En réalité, lorsque le débiteur est insolvable, les règles de droit commun de l'exécution sont remplacées par des règles spécifiques qui amoindrissent le droit au recouvrement de la créance.

11. Il convient de mentionner que, d'inspiration française, l'évolution de la contrainte du créancier chirographaire à l'égard de son débiteur est similaire en droit OHADA³⁸. Les pays africains de la zone franc partagent un même héritage juridique, fondé sur le code civil de 1804, sur le code de commerce de 1807 et la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés. Cet héritage colonial a été con-

³⁴ DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911 cité par J. FAHET, préc., note 4., p.16.

³⁵ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 8e édition, coll. Dalloz action, Paris, Dalloz, 2015, n° 042.21.

³⁶ Cette réforme instaure le règlement judiciaire et la liquidation des biens régis par la loi n°67-563 du 13 juillet 1967 et par le décret n°67-1120 du 22 décembre 1967

³⁷ A. RIZZI, *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, coll. Droit privé, LGDJ, 2007, p. 6.

³⁸ Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires.

servé malgré quelques modifications. Plus tard, au courant de l'année 1998, la volonté de mettre fin à l'insécurité juridique et judiciaire qui caractérisait certaines économies africaines et la volonté d'attirer les investisseurs en Afrique vont favoriser l'élaboration d'une législation uniforme propre aux réalités africaines³⁹. C'est la raison de l'harmonisation du droit régional favorable au développement⁴⁰. Le principal but de cette organisation est d'élaborer et d'adopter des règles communes, modernes, simples, et adaptées⁴¹ au contexte africain. Pour réaliser cet objectif, les États membres de l'OHADA⁴² ont procédé à

³⁹ Il faut noter qu'avant l'harmonisation du droit africain beaucoup d'entreprises disparaissaient en laissant beaucoup de créanciers impayés. Malgré la résistance des entreprises du secteur informel en Afrique, une législation uniforme est désormais commune au pays membres de l'OHADA.

⁴⁰ Pour sa matérialisation, les ministres de la zone franc ont chargé une mission d'experts d'en étudier la faisabilité. Un sommet des chefs d'États de la zone s'est réuni à Libreville en octobre 1992, et finalement, l'adoption des grandes lignes pour une harmonisation du droit des affaires en Afrique vu le jour. Créée par le Traité relatif à l'Harmonisation du Droit des affaires en Afrique, l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique fut signée le 17 octobre 1993 à Port Louis (Iles Maurice) et révisé à Québec (Canada), le 17 octobre 2008. À l'origine, l'organisation était composée du Bénin, du Burkina Faso, du Cameroun, de la République Centrafricaine, des Comores, du Congo-Brazzaville, de la Côte d'Ivoire, du Gabon, de la Guinée Bissau, du Mali, du Niger, du Sénégal, du Tchad et du Togo. Ils ont par la suite été rejoints par la Guinée, la Guinée équatoriale, la République Démocratique du Congo

⁴¹ C. NDONGO, La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé, LGDJ, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, T13, 2018, n°1.

⁴² Sur le plan institutionnel, l'OHADA comprend une Conférence des chefs d'États et de Gouvernement, qui est l'organe suprême, un conseil des ministres en charge de la justice et des finances des États parties, qui est l'organe normatif de l'organisation, elle est dotée d'une cour commune de justice et d'arbitrage, qui est à la fois la Cour suprême des États parties en matière de droit des affaires et un centre international d'arbitrage, d'une école régionale supérieure de la magistrature chargée du perfectionnement et de la spécialisation en droit des affaires des professionnelles ressortissants des États parties. Elle dispose aussi d'un secrétariat permanent qui est l'organe exécutif.

Depuis la conclusion de ce traité de nombreuses matières ont déjà fait l'objet d'une réglementation harmonisée. Il s'agit :

-l'acte uniforme sur le droit commercial et des groupements d'intérêt économique, l'acte uniforme sur les sûretés du 1^{er} janvier 1998 sera révisé le 15 décembre 2010 Et entrera en vigueur le 15 mai 2011.

-l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement des créances et les voies d'exécution du 10 juillet 1998 ;

-l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif du 1^{er} janvier 1999.

-l'acte uniforme sur l'arbitrage du 11 juin 1999 ;

l'unification de leurs législations relatives aux affaires⁴³. Il faut dire que même si le législateur OHADA fait du paiement des créanciers sa priorité, le redressement de l'entreprise reste l'une de ses missions. De ce fait, lorsque l'entreprise est encore viable, des sacrifices sont imposés aux créanciers. Malgré ces sacrifices, le risque de liquidation de l'entreprise n'est pas à ignorer. En cas de liquidation, les créanciers chirographaires sont classés derniers dans l'ordre des paiements tant en droit OHADA que français. De ce fait, la majorité des procédures de liquidation étant très souvent clôturée pour insuffisance d'actif, les créanciers chirographaires ne sont pas désintéressés à cause de la multiplication des causes légitimes de préférence. Si, « l'entreprise est ainsi devenue le centre de gravité de la matière, il semble que la loi nouvelle n'ait manqué de faire naître d'épineux problèmes »⁴⁴ notamment l'augmentation des créanciers impayés qui restent en majorité des créanciers chirographaires. La situation catastrophique de ces derniers ne laisse personne indemne. Il faut dire que la confiance qui est la source du crédit chirographaire est devenue au fil du temps une source d'endettement pour les créanciers chirographaires⁴⁵. D'où la nécessité de la protection de ces derniers.

12. Néanmoins, n'étant muni d'aucune sûreté, le créancier chirographaire ne peut se prévaloir que des prérogatives attachées à tout droit de créance⁴⁶. Lorsqu'on arrive au livre 4 du code civil intitulé « Des sûretés », l'article 2284 dispose que : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous les biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir » et l'article 2285 d'ajouter : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ». Il ressort de ces ar-

-l'acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises du 1^{er} janvier 2001 ;

-l'acte uniforme relatif au contrat de transport de marchandise par route du 1^{er} janvier 2004 ;

-l'acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives du 15 mai 2011 ;

⁴³ V. J. ISSA-SAYEGH et J. LOHOUES-OBLE, *Harmonisation du droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2002, n° 257.

⁴⁴ A. RIZZI, La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives, coll. Droit privé, LGDJ, 2007, p. 7.

⁴⁵ B. OPPETIT : « l'endettement et le droit », in *Mélange en hommage à Andre BRETON et Fernand DERRIDA*, Dalloz, 1991, p.295.

⁴⁶ G. CORNU, préc., note 4, p. 172.

tibles que non seulement les biens du débiteur sont la rançon de son engagement envers ses créanciers mais aussi et surtout que les créanciers ont un droit de gage général sur les dits biens. Ils peuvent de ce fait, les saisir et les vendre pour se faire payer. Néanmoins, ces derniers n'ont sur ce gage aucun droit spécifique. Donc, n'ayant aucun droit privatif sur un bien en vertu duquel il peut « méconnaître tout droit réel concurrent constitué sur leur gage général »⁴⁷, le créancier chirographaire fait confiance à la solvabilité de son débiteur. Cependant, l'étendue de son droit reste générale car les biens du débiteur constituent le gage de tous les créanciers sans exception. À la vérité, le droit de gage général du créancier chirographaire est un droit concurrentiel appartenant à tous ses créanciers. Il est important de noter que le principe d'égalité qui gouverne le gage général dont il est question ne concerne que les créanciers qui n'ont pas de cause légitime de préférence. Il s'agit des créanciers chirographaires : « quand bien même tous les créanciers sont égaux, certains sont plus égaux et même, beaucoup plus égaux que d'autres »⁴⁸.

13. Malgré la proclamation du principe d'égalité des créanciers, il n'en demeure pas moins que les créanciers chirographaires n'ont aucun droit réel sur un bien spécifique du débiteur, ils ne disposent que d'une prérogative sur l'ensemble des biens de celui-ci⁴⁹. Alors comme le fait remarquer un auteur : « La protection du créancier chirographaire est le droit commun de la protection de tous les créanciers »⁵⁰.

14. De plus, le droit de gage général du créancier chirographaire sur les biens du débiteur n'empêche pas ce dernier de jouir librement de ses biens. Il peut de ce fait utiliser toutes les prérogatives du droit de propriété notamment *l'usus*, *l'abusus* ou *le fructus*. Le créancier chirographaire ne peut pas de ce fait s'opposer aux actes accomplis par le débiteur sur ses biens hormis les cas de fraude ou négligence du débiteur. En outre, par nature fluctuant, l'actif social

⁴⁷ M. AUGUSTE FILIP, préc., note 29, p. 14.

⁴⁸ J. P. SORTAIS, « La situation des créanciers titulaires de sûretés et de privilèges dans les procédures collectives », dans *Les effets du commerce*, coll. SI-REY, 1975, p. 10.

⁴⁹ BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, 11^e éd., 1913, p. 349 cité par O. M. LEBATT, préc., note 9, p. 5.

⁵⁰ O. M. LEBATT, préc., note 3, p. 8.

reste instable. Pour cela, les créanciers chirographaires souffrent des diminutions provenant de ce fait⁵¹.

15. Par ailleurs, il faut dire que le fonctionnement des sociétés n'est pas un long fleuve tranquille. Le risque de difficulté est inhérent à chaque société. D'une manière générale, les législateurs OHADA et français organisent le traitement des difficultés en fonction de leur gravité. Pour cela, il existe un traitement amiable des difficultés et, lorsque la situation de la société est irrémédiablement compromise, c'est la liquidation judiciaire qui s'impose. Lorsqu'elle est soumise à une procédure collective, les règles de droit commun ne permettent plus au créancier chirographaire de mettre fin au déséquilibre caractérisé par l'impayé⁵². Le traitement des créanciers devient collectif et égalitaire. Néanmoins, l'idée est de sauvegarder l'entreprise. Il sied de mentionner que, constatant qu'ils ne reçoivent très souvent rien à cause de la multiplication des causes légitimes de préférence de tout genre⁵³, l'ordre des paiements tel qu'institué en droit OHADA et français des entreprises en difficulté renforce la fragilisation du paiement des créanciers chirographaires. Il résulte que l'accroissement des situations d'impayés touche et peut toucher tous les créanciers.

16. La faible protection des créanciers chirographaires a évolué avec le temps. Il fut une époque où les créanciers chirographaires avaient de grande chance d'être payés parce que les causes légitimes de préférences étaient moins importantes⁵⁴ et, la répartition se faisait entre eux au marc le franc. De ce fait, les créanciers chirographaires étaient assurés de récupérer au moins une partie de leur paiement quelle que soit l'issue de la procédure. La réalité économique actuelle est tout autre tant en droit OHADA que français. On observe une prolifération des privilèges fiscaux et parafiscaux, une multiplication des paiements

⁵¹ J. BONNECASE, « Condition juridique du créancier chirographaire », *RTD Civ.* 1920.

⁵² E. PERRU, *L'impayé*, Nancy, faculté de droit de Nancy, 2005, n° 2.

⁵³ « Le législateur a multiplié et continue à multiplier les causes légales de préférence. De plus, il n'a pas fait obstacle à l'utilisation des sûretés contractuelles et l'a même favorisé en proposant de plus attrayantes. » M. CABRILLAC, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », dans *Mélanges en hommage à André BRETON et Fernand DERRIDA*, coll. Dalloz, 1991, p. 31.

⁵⁴ P. SERLOOTEN, « L'entreprise en difficulté, le trésor, la Sécurité sociale et les autres », dans *Etudes dédiées à Alex WEILL*, coll. Dalloz-Litec, 1983, p. 495.

directs pendant le déroulement des procédures collectives, le développement des sûretés contractuelles sans oublier le gonflement sans cesse croissant du passif de la masse qui empiète de façon excessive sur la situation des créanciers chirographaires. Un auteur⁵⁵ parle même de « l'écrasement total des créanciers chirographaires » pour qualifier la situation de ces derniers.

17. On constate que la situation actuelle des créanciers chirographaires est alarmante lorsque la société est en crise. On serait tenté de se demander pourquoi accepter de rester chirographaire au vu de tout ce qui précède. Force est de constater qu'on ne choisit pas toujours de rester chirographaires. Parfois, « sous la pression concurrentielle, pour éviter de perdre un marché ou un client, il arrive qu'un créancier se sente obligé de rester chirographaire tout en étant conscient du risque qu'il encourt »⁵⁶. De plus, malgré la sécurité qu'elle confère aux créanciers, la constitution des sûretés rend le crédit plus cher pour le débiteur.

18. Il faut mentionner que le recouvrement des créances chirographaires a une importance économique. Si les créanciers chirographaires ne recouvrent pas leur créance à la clôture des liquidations pour insuffisance d'actif, ils seront obligés de puiser dans leurs réserves pour assurer la continuité de leur exploitation et honorer leurs propres engagements. Concrètement, le non-paiement d'un créancier chirographaire peut entraîner sa propre faillite. Il est important de dire que les créanciers chirographaires sont aussi des entreprises ayant besoin de protection. La chute d'un créancier chirographaire peut être à l'origine de faillites en cascade. Il est évident que ces faillites pénalisent le tissu économique des États. Ainsi, les conséquences du défaut de paiement des créanciers chirographaires peuvent avoir des conséquences fâcheuses sur l'ensemble du tissu économique.

19. Sur le plan de la sociologie du crédit, il faut dire que le créancier chirographaire facilite l'accès au crédit pour les débiteurs qui n'ont pas d'éléments mobiliers ou immobiliers à proposer en garantie. S'ils peuvent par le biais du créancier chirographaire obtenir un crédit, cela pourra permettre de combler

⁵⁵ F. DERRIDA, « Le crédit et le droit des procédures collectives », dans *Etudes offertes à René RODIERE*, coll. Dalloz, 1981, p. 67.

⁵⁶ E. PERRU, préc., note 60, n° 323.

rapidement des « creux passagers de trésorerie »⁵⁷ surtout pour les débiteurs qui n'ont pas assez de trésorerie disponible. Il est d'ailleurs clair que la confiance est non seulement le fondement du crédit chirographaire mais surtout le fondement du crédit en général. Le mot crédit vient du latin « credere » qui signifie « confiance ». Donc, non seulement le créancier chirographaire est le seul créancier qui fait réellement confiance à son débiteur puisque, comme le fait si bien remarquer un auteur⁵⁸ : « Qui prête sans exiger de garantie spéciale, témoigne de sa confiance dans la bonne foi du débiteur, dans son activité et dans l'état florissant de ses affaires », mais aussi, en faisant confiance sans exiger de garantie, le créancier chirographaire facilite l'accès au crédit pour les plus pauvres.

20. Il convient de préciser que le créancier chirographaire dont il est question dans notre étude est celui d'une société commerciale en difficulté. De plus en plus, les personnes nouent des relations d'affaires en dehors du cercle familial ou d'amitié non seulement avec les personnes physiques mais aussi de plus en plus avec une personne morale telle qu'une société commerciale. Traditionnellement, créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, ou de l'industrie, dans le but de partager les bénéfices ou de profiter de l'économie qui peut en résulter⁵⁹, la société commerciale est une personne morale titulaire d'un patrimoine distinct, séparé, affecté à une entreprise spéciale et qui sert de gage exclusif aux créanciers avec lesquelles elle contracte en vue de l'entreprise commerciale à laquelle le patrimoine est affecté⁶⁰. La reconnaissance de la personnalité morale des sociétés est une fiction juridique⁶¹. Ainsi, dans le cadre de ses relations d'affaires, la société, personne morale, répond de ses dettes sur son patrimoine propre. De ce fait, les biens représentant l'actif social répondent de tout le passif social. Néanmoins, la protection des créanciers dépend aussi du type de société. Il faut en effet distinguer les sociétés à responsabilité limitée des sociétés à responsabilité illimitée. Dans les sociétés à responsabilité illimi-

⁵⁷ M.L. BERMOND, *Droit du crédit*, 2^e éd., Economica, 1990, p. 1.

⁵⁸ M. AUGUSTE FILIP, préc., note 29, p. 5.

⁵⁹ Article 4 AUDCGIE

⁶⁰ H. FOUCAULT, *Le capital social et la protection des créanciers de la société*, Paris 2, 1975, p. 34.

⁶¹ *Id.*, p. 25 et s.

tée, les associés sont tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales c'est-à-dire que les tiers peuvent après avoir poursuivi la société, poursuivre les associés jusque dans leur patrimoine propre. Cependant, à cause du risque plus élevé et de ses conséquences sur les biens personnels des associés, cette forme de société est en déclin⁶². En effet, « elle ne peut être choisie que par des personnes qui se font suffisamment confiance au point de risquer l'ensemble de leur fortune »⁶³. Ainsi, comme la confiance n'exclut pas la méfiance, les associés optent de plus en plus pour les sociétés à responsabilité limitée ce qui conduit à une préservation de leur fortune en cas de dégradation de la situation de la société. Il résulte que les difficultés⁶⁴ qui peuvent affecter son bon fonctionnement ont des conséquences néfastes sur le paiement des créances chirographaires.

21. Malheureusement une difficulté est très vite arrivée mettant à mal le paiement des créanciers chirographaires qui n'ont pour seul gage que l'actif de la société. C'est la fréquence de ces situations d'impayés et les conséquences dramatiques qu'elles engendrent qui nous ont conduites à nous interroger sur les moyens d'y remédier ou, au moins, d'en minimiser les effets. Or, à partir du moment où le créancier chirographaire a pris le risque de ne pas se prémunir contre le risque d'insolvabilité de son débiteur, trouver un moyen de protection adéquat n'est pas simple. C'est la raison pour laquelle, dans la première partie nous avons mis en avant la protection indirecte du créancier chirographaire à travers la préservation de l'actif social de la société (**Première partie**). Il s'agit pour nous de traiter de manière préventive et précoce les difficultés de la société afin que cette dernière puisse continuer à fonctionner. Ce qui aboutit à la protection du gage commun des créanciers chirographaires. La deuxième partie propose en effet une protection directe des créanciers chirographaires (**Deu-**

⁶² G. LAMORIL, « De la stabilité des sociétés de personnes depuis 1807 ? », dans *D'un code à l'autre, le droit commercial en mouvement*, coll. LGDJ, 2008 à la page 248.

⁶³ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n^o 4.

⁶⁴ On peut définir le mot difficulté comme tout fait de nature à bloquer ou à compromettre le bon fonctionnement de la société. La problématique des difficultés est inhérente à toute exploitation commerciale. Elles peuvent être d'ordre économique, juridique, financière voire sociale. Selon l'intensité, la nature et la configuration des difficultés, le débiteur optera pour une procédure préventive ou curative.

xième partie). Il s'agit alors de revoir le rôle et la place de ces derniers lorsque la société est en crise afin de proposer une solution de paiement possible en cas d'insuffisance d'actif. Les deux parties forment un ensemble qui devrait au final favoriser le paiement des créanciers chirographaires.

PREMIÈRE PARTIE : UNE PROTECTION INDIRECTE DU CRÉANCIER CHIROGRA- PHAIRE FONDÉE SUR LA PRÉVENTION ET LE TRAITEMENT PRÉCOCE DES DIFFI- CULTÉS DE LA SOCIÉTÉ

22. Nul n'ignore les conséquences de la faillite des entreprises sur l'économie en général et sur le crédit en particulier. En effet, le paiement des créanciers chirographaires est conditionné par l'état de santé de l'entreprise. L'idéal serait que l'entreprise demeure dans la prospérité. Mais le risque de difficultés étant inhérent à toute activité, l'entreprise traverse parfois des zones de turbulences sans toutefois être en cessation des paiements. À ce stade, tout n'est pas encore perdu pour le débiteur, ce dernier peut encore solliciter ses créanciers afin qu'il trouve des solutions pour mettre fin à ses difficultés.

23. Il est important de maintenir l'entreprise en bonne santé parce que « lorsqu'elle fonctionne correctement, le crédit est sauvegardé, les créanciers sont payés, le débiteur honorable, les actionnaires conservent leur argent, les collectivités locales perçoivent leurs impôts et leurs taxes, les fournisseurs conservent leur marché...»⁶⁵. Il est donc nécessaire voire urgent que le maintien du patrimoine du débiteur soit un objectif majeur pour le législateur OHADA et français. D'où tout l'intérêt de la prévention, car : « mieux vaut prévenir que guérir ». Ainsi, on prévient avant la survenance des difficultés et, lorsqu'elles sont visibles, on peut les traiter de manière amiable. Ces deux modes d'anticipation des difficultés de l'entreprise participent à la protection des partenaires du débiteur. La protection des créanciers chirographaires passe par la prévention des difficultés de l'entreprise (Titre I) encore faut-il que cette prévention puisse contribuer à la préservation de l'activité économique. Dès lors que les premiers signes de difficulté apparaissent, l'aide des créanciers est capitale pour le redressement de la société. Les créanciers chirographaires doivent donc s'investir dans le maintien de leur gage. Mais ont-ils les moyens de

⁶⁵J. PAILLESSEAU, « Du droit de la faillite au droit des entreprises en difficultés », dans *étude offerte à Roger HOUIN*, coll. Dalloz, 1985, p. 109 et S.

s'impliquer efficacement ? C'est toute l'importance de l'analyse du traitement précoce des difficultés de l'entreprise (Titre I).

TITRE I : UNE PROTECTION DU CRÉANCIER CHIROGRAPHAIRE PAR LA PRÉVENTION DES DIFFICULTÉS DU DÉBITEUR

24. Dès sa création, la société, personne morale, entre en relation avec des tiers qui peuvent être des personnes morales ou physiques. Ces derniers participent au développement de la société en faisant des prêts ou en fournissant de la marchandise ou de la matière première. Ils deviennent de ce fait les créanciers de la société et leur préoccupation reste le remboursement de leur créance. Ces derniers doivent avoir « d'une part la certitude que la société avec laquelle ils envisagent de traiter dispose d'une surface financière suffisante pour faire face à ses obligations et d'autre part, une fois le contrat conclu qu'ils ne vont pas voir fondre leur gage »⁶⁶. Ainsi, pour contracter avec une société les créanciers doivent être rassurés qu'ils seront remboursés à l'échéance.

25. Concernant la société, elle a toujours besoin d'argent parce que « sans argent tout est mort, tout est perdu »⁶⁷. Pour cela, pour compter sur l'aide externe, elle doit être capable de fournir à ses créanciers une certaine sécurité. C'est pour répondre à ce besoin de sécurité que le capital social a été institué⁶⁸. Traditionnellement considéré comme le gage des créanciers, le capital social⁶⁹ correspond à la somme des valeurs des apports⁷⁰. Le vocabulaire juridique de Gérard CORNU le définit comme le montant de la somme des apports à effectuer par les associés ou les actionnaires à la société pour le tout ou une partie essentielle au jour de la constitution⁷¹. La lecture de cette définition nous donne une idée restrictive de la notion de capital social car elle ne précise pas la nature des apports constitutifs du capital social. Selon Alain FENEON, le capital social peut être défini comme étant la somme des éléments mis à la dis-

⁶⁶H. Foucault, préc., note 31, p. 7.

⁶⁷M. Vasseur, « L'entreprise et l'argent », *D.* 1982.

⁶⁸J. Calais-Auloy, « La protection des tiers dans le droit des sociétés », *RTDCom.* 1971.29.

⁶⁹Il faut noter ici que, toutes les sociétés avaient l'obligation de constituer un capital social. Mais, contrairement aux sociétés à risque illimité, un capital minimum légal était imposé aux sociétés à risque limité.

⁷⁰G. Ripert, *Traité de droit commercial Tome 1 Volume 2 les sociétés commerciales*, coll. Les sociétés commerciales, Paris, LGDJ, 2002, n° 105607.

⁷¹G. CORNU, préc., note 4, p. 149.

position de l'entreprise par les associés sous forme d'apports en nature ou en numéraire⁷². Le mérite de cette définition est de faire ressortir la nature des apports qui composent le capital social. Cependant, THALLER insiste sur le caractère abstrait du capital social, qui ne saurait s'analyser en une somme d'apport fixe. À la création de la société, le capital concorde avec l'actif. Mais cette concordance est mise à mal par la marche des affaires sociales. L'auteur démontre que le capital social ne se résume pas seulement à une simple réunion d'apports intangibles, mais qu'en réalité, ces apports confondus en pratique dans la masse des biens de la société perdent leur individualité⁷³.

26. Cette définition fait ressortir les composantes, les caractères et les fonctions du capital social. Il en ressort que le capital a une fonction de répartition des droits pécuniaires et politiques au sein de la société et, d'autre part, une fonction de gage des créanciers sociaux. Malheureusement, cette fonction de gage jadis accordée au capital social est en déclin. En réalité, ce n'est pas une somme d'argent bloquée quelque part pour servir de garantie à qui que ce soit. En effet, le capital n'est pas un bien donc il ne peut servir de garantie pour qui que ce soit. D'où le caractère inapte du capital social comme garantie des créanciers chirographaires (chapitre I). Par contre, la valeur du capital social permet de fournir à la société les biens mobiliers et immobiliers indispensables à son bon fonctionnement. Alors, la notion de capital doit être distinguée de l'actif social, qui est une notion comptable correspondant à l'ensemble des biens et valeurs qui figurent à droite du bilan d'une entreprise⁷⁴. L'essentiel pour le créancier étant de se faire rembourser, ce qui importe, ce n'est pas le chiffre du capital social situé au passif du bilan. C'est donc l'actif social qui détermine l'importance réelle de la garantie offerte aux créanciers sociaux. En effet, en s'alimentant au fur et à mesure du fonctionnement de la société, l'actif social qui constitue l'ensemble des biens existant concrètement dans le patrimoine du débiteur à un moment donné peut faire l'objet d'une mesure d'exécution forcée par le créancier. Ainsi, contrairement au capital social qui est une valeur théorique, l'actif social peut être saisi par les créanciers impayés.

⁷²A. FENEON, *Droit des sociétés en Afrique (OHADA)*, coll. LGDJ, 2015, n° 736.

⁷³H. Foucault, préc., note 31, p. 54.

⁷⁴A. FENEON, préc., note 75, n° 737.

En cela, il constitue le véritable gage des créanciers sociaux (chapitre II).

CHAPITRE I : L'INAPTITUDE DU CAPITAL SOCIAL COMME GARANTIE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES

27. Conçu comme un outil de protection des créanciers sociaux et plus spécifiquement des créanciers chirographaires, le mot capital social vient du latin *captut-capitis* qui signifie « tête »⁷⁵. De ce fait, « il est une clé du droit des sociétés »⁷⁶ et correspond à la somme des valeurs des apports⁷⁷. En tant que valeur, le capital social est insaisissable. Pour cela, il ne peut servir de garantie pour les créanciers chirographaires.

28. Il convient de souligner que le montant attribué au capital social permet de renseigner les créanciers chirographaires sur les apports promis. Comme le mentionne un auteur : « le capital social devrait en principe correspondre à une représentation fidèle de la valeur des actifs afin de garantir l'existence d'une quotité minimum de biens saisissables »⁷⁸. Malheureusement, le montant du capital social n'est pas une source d'information fiable pour les créanciers chirographaires parce qu'il ne donne pas une idée exacte des biens saisissables. Par conséquent, le montant du capital social ne présente pas la fiabilité nécessaire pour protéger les créanciers chirographaires

29. L'inaptitude du capital social à remplir une fonction de garantie des créanciers chirographaires peut s'analyser tant sur le plan théorique (section I) que pratique (section II).

SECTION I : L'INAPTITUDE THÉORIQUE DU CAPITAL SOCIAL COMME GAGE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES

30. Comparativement aux personnes physiques, la société est une personne morale propriétaire d'un patrimoine distinct de celui de ses membres. En tant

⁷⁵M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 30^e éd., LexisNexis, 2017, n° 519.

⁷⁶R. MORTIER, M. GERMAIN et J.J. DAIGRE, *Opérations sur capital social : aspects juridiques et fiscaux, toutes sociétés*, Paris, France, 2010, p. 5.

⁷⁷G. Ripert, préc., note 73, n° 105617.

⁷⁸F. DANNENBERGER, « Capital social », *EJS* 2015.

que personne, la société répond de ses dettes. Ainsi donc, la société est la seule responsable vis-à-vis des créanciers chirographaires dans les sociétés à responsabilité limitée. C'est la raison de l'exigence d'un capital social minimum. Les créanciers chirographaires devraient pouvoir compter sur ce dernier pour se faire rembourser en cas d'insolvabilité de leur débiteur. Or, il est non seulement en réalité insaisissable (§I), mais aussi et surtout, la constitution du capital social minimum jadis obligatoire dans les sociétés à responsabilité limitée n'est désormais exigée qu'à titre symbolique (§II) rendant ainsi illusoire sa fonction de garantie.

§I : LE CARACTÈRE INSAISSISSABLE DU CAPITAL SOCIAL

31. Le capital social est insaisissable pour les créanciers chirographaires parce qu'il représente non seulement la valeur des apports (A) mais aussi et surtout, il correspond à la créance des associés contre la société (B).

A : le capital social, représentation d'une valeur

32. Juridiquement, le capital social est à la fois la clé de la répartition du pouvoir entre les associés et le gage des créanciers sociaux⁷⁹. Pour assurer ce dernier rôle, les créanciers devraient être capables d'exercer leur droit de saisie sur le capital social. Or, ce dernier correspond à une valeur. Il représente en réalité la somme de la valeur des apports⁸⁰. Ainsi, autant en droit OHADA qu'en droit français, il est au moment de la constitution de la société, la somme des apports en numéraire et en nature⁸¹ apportée par les associés. Alors que l'apport en numéraire correspond à une somme d'argent, l'apport en nature⁸² renvoie à un bien. De ce fait, le bien apporté doit être distingué de sa valeur. Il est clair que la valeur d'un bien n'est pas le bien proprement dit. Cette valeur représente ce que vaut en argent une chose. Autrement dit, le montant du capital social correspond à un chiffre attribué aux apports. Il représente donc la valeur d'un ensemble de biens affectés à la réalisation d'un but et constitué afin

⁷⁹Y. DECROIX, *Du capital social à la situation nette*, Université de ROUEN, 2003, p. 63.

⁸⁰G. Ripert, préc., note 73, p. 105617.

⁸¹Les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social.

⁸²L'apport en nature est constitué de bien meuble et immeuble.

de satisfaire les intérêts des associés⁸³. Toutefois, le droit de saisie du créancier chirographaire pour le recouvrement de sa créance s'exerce concrètement sur un bien et non sur une valeur abstraite. Le caractère insaisissable du capital social le rend inapte à jouer un rôle de garantie pour qui que ce soit.

33. Il faut dire que certains auteurs⁸⁴ pensent que le capital social est une garantie pour les créanciers sociaux. Mais, en réalité il ne peut être l'objet de la garantie pour qui que ce soit. Dans ce sens, pour M. Yves DECROIX : « L'expression du capital social, gage des créanciers sociaux, ne doit pas prêter à confusion parce que la mainmise ne porte au vrai sur aucun élément précisément identifié, mais sur une valeur abstraite, contrepartie de l'inscription au passif du capital social ». ⁸⁵: Plus loin, M. Alain PIETRANCOSTA renchérit en précisant que : « Le capital social n'est pas formé des apports entendus concrètement, il est une notion abstraite, lié entre eux par une relation de valeur »⁸⁶. Pour Hervé FOUCAULT « Le capital social est un chiffre correspondant en principe aux apports initiaux des associés »⁸⁷. Ces auteurs insistent sur le fait que le capital social n'est pas un bien, mais représente juste la valeur des biens apportés en capital. En tant que valeur, il ne peut être appréhendé par les créanciers chirographaires en cas d'insolvabilité de leur débiteur.

34. Par ailleurs, répertorié au passif du bilan de la société, le capital social représente une créance.

⁸³Article 1833 du Code civil

⁸⁴ Pour certains auteurs, le capital social a pour fonction la garantie des créanciers. V.C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, *Traité des sociétés*, 7^e éd., coll. SIREY, 1935, n° 1327 ; J. ESCARRA, *Cours de droit commercial*, Sirey, 1952, n° 514 ; V. M. JUGLART et B. IPPOLITO, *Traité de droit commercial*, 3^e éd., Montchrestien ; M. COZIAN, A. VIANDIER et FL. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 24^e éd., Litec, 2011, n° 129; A. CHARVERIAT, A. COURET et B. ZABALA, *Sociétés commerciales*, 43^e éd., 2012, n° 9204. De même deux jurisprudences françaises attribuent au capital social cette fonction de gage des créanciers. Il s'agit : Trib. Com., de la seine, 28 octobre 1930 : gaz. Pal., 1930-1935, n°698 ; Cass. Com., 27 novembre 1972 : Rev. Sociétés 1974, p.86

⁸⁵Y. DECROIX, préc., note 82, p. 94.

⁸⁶A. PIETRANCOSTA, « Capital zéro ou zéro capital », dans *Quel avenir pour le capital social ?* coll. Dalloz, 2004, p. 129.

⁸⁷H. FOUCAULT, préc., note 31, p. 64.

B : le capital social, représentation d'une créance

35. Sur le plan comptable, le bilan d'une société est divisé en deux parties : la partie de gauche représentant l'actif et celle de droite, le passif de la société. Le capital social est situé sur la partie droite du bilan. Considéré comme « une représentation abstraite dont le montant est inscrit au passif du bilan »⁸⁸, le capital social est une dette. Pour le professeur MORTIER : « Le capital social est le poste du passif du bilan, qui exprimé en euros, parfois d'un montant minimal impératif, égale la somme des apports capitalisés (et, le cas échéant, des valeurs lui ayant été incorporés), forme la dette de dernier rang de la société envers ses associés (...) »⁸⁹. La dette peut être définie comme une somme d'argent que l'on doit à quelqu'un à qui l'on a emprunté⁹⁰. Vu sous cet angle, le capital social qui est une dette de la société envers ses associés ne peut être une garantie pour les créanciers chirographaires. Tout au contraire, apporté par les associés, il doit être remboursé à ces derniers. Objectivement, ces derniers espèrent récupérer leur mise initiale⁹¹. Il en résulte que la société est tenue de rembourser à chaque associé son dû à sa dissolution. Ainsi, comme en témoigne l'indication de son montant en haut de la colonne du passif du bilan, l'on conçoit mal qu'une dette puisse constituer une garantie pour qui que ce soit⁹². « Si les apports constituent les premiers actifs de la société, les premiers éléments de son patrimoine, le capital social constitue sa dette »⁹³. Par exemple, un associé qui apporte 1000 € en numéraire dans une société devient créancier à concurrence de ladite somme à sa dissolution.

36. Toutefois, le remboursement de la dette des associés est soumis à l'exigence du paiement complet des créanciers. La traditionnelle fonction de garantie du capital réapparaît pendant la phase liquidative parce que les créanciers chirographaires priment les créanciers internes que sont les associés. Ces

⁸⁸M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 29^e éd., LexisNexis, 2016, p. 286.

⁸⁹R. MORTIER, M. GERMAIN et J.J. DAIGRE, préc., note 79, n^o 5.

⁹⁰Dictionnaire Larousse.

⁹¹T. MASSARD, « Une grande réforme à petit budget : la SARL au capital de 1 euro », *BJS* 2002.12.1361.

⁹²F.X. LUCAS, « La distinction des titres de capital et des titres de créance », dans *Quel avenir pour le capital social ?* coll. Dalloz, 2004, p. 24.

⁹³P. LE CANNU, « Les rides du capital social », dans *Quel avenir pour le capital social ?* Dalloz, 2004, p. 4.

derniers deviennent les créanciers de dernier rang. Même si le paiement des créanciers prime celui des associés pendant la phase liquidative, il faut noter que les créanciers chirographaires occupent la dernière place dans l'ordre des paiements tel que défini par le législateur OHADA et français. En fait, le responsable vis-à-vis des créanciers chirographaires est la société. Cette dernière devrait avoir les moyens suffisants pour pouvoir assumer ses dettes d'où l'exigence d'un capital minimum. Néanmoins, ce dernier est désormais symbolique dans certaines sociétés à responsabilité limitée.

§II : L'EXIGENCE SYMBOLIQUE DU CAPITAL SOCIAL DANS CERTAINES SOCIÉTÉS À RESPONSABILITÉ LI- MITÉE

37. La société est le seul débiteur des créanciers chirographaires dans les sociétés à responsabilité limitée. Dès lors, ils doivent pouvoir compter sur l'exigence d'un minimum de capital social permettant d'alimenter l'actif social qui servira de garantie éventuelle des créanciers chirographaires en cas d'insolvabilité de la société. Selon S. DANA-DEMARET : « Lorsque la société doit avoir un capital social minimum en vertu d'un texte de loi, le principe de l'intangibilité peut garantir le maintien d'un patrimoine social saisissable au profit des créanciers »⁹⁴. C'est la raison de l'imposition d'un minimum de capital social dans les sociétés anonymes et dans les sociétés à responsabilité limitée en droit OHADA et français. Dans l'esprit du texte sur la fixation d'un montant minimum de capital social, l'idée est de permettre à la société de commencer son fonctionnement sur des bases solides et par ricochet d'assurer un minimum de sécurité aux tiers. Ainsi, les règles de fixation d'un capital social minimum légal visent à prémunir les créanciers contre les risques liés à la responsabilité limitée. Malheureusement, l'exigence de ce minimum de capital social est en déclin⁹⁵. En réalité, son exigence est devenue symbolique dans les sociétés à responsabilité limitée. Désormais, les associés sont libres de fixer le capital social de leur choix. Force est de constater qu'en fixant le capital de leur choix, le risque de sous-capitalisation est à craindre (A). Ce qui pourra

⁹⁴S. DANA-DEMARET, *Le capital social*, Paris Litec, 1989, n° 292.

⁹⁵D. CARAMALLI et E. CAFRITZ, « Le mythe du capital social : le bien-fondé d'une réforme », *Banque et droit* 2004.94.4.

renforcer davantage la précarisation de la situation des créanciers chirographaires (B).

A : un risque de sous-capitalisation dû à la suppression du minimum de capital social

38. Le capital social est d'une importance indéniable dans les sociétés à responsabilité limitée parce que les créanciers chirographaires n'ont de droits que vis-à-vis de la société⁹⁶. À titre de rappel, aux termes de l'article 387 de l'AUSCGIE, le capital social minimum pour les sociétés anonymes est fixé à 10 000 000 de francs CFA⁹⁷. Celui de la société anonyme dont les titres sont inscrits à la bourse des valeurs d'un ou de plusieurs États parties ou faisant publiquement appel à l'épargne pour le placement de leurs titres dans un ou plusieurs États parties est de 100 000 000 de FCFA⁹⁸. Contrairement au législateur OHADA, depuis l'ordonnance n°2009-80 du 22 janvier 2009 relative à l'appel public à l'épargne et portant diverses dispositions en matière financière, le montant du capital social est fixé à 37 000 € au moins pour les sociétés anonymes⁹⁹. Il est de 300 € pour les sociétés de rédacteurs de presse lorsqu'elles sont constituées sous la forme de société anonyme¹⁰⁰. Pour les sociétés de placement à prépondérance immobilière à capital variable, il est d'un million d'euros¹⁰¹ ; celui de la société d'investissement à capital variable à huit mille euros¹⁰², ce montant est de 225 000 € pour les sociétés d'investissement à capital variable d'actionariat salarial¹⁰³. Quant aux sociétés d'assurance en France, le montant du capital social est fixé à 480 000 € et dans le cas où elles effectueraient des opérations de réassurance, le capital social est fixé à 800 000 €¹⁰⁴. Dans la zone CIMA¹⁰⁵, le montant du capital social des sociétés d'assurance a été porté de 1 à 5 milliards de FCFA.

⁹⁶S. DIOMANDE, *Regards sur les fonctions attribuées au capital social : (Aspects de droit comparé : droit uniforme de l'OHADA et droit français des sociétés)*, Thèse de doctorat, Université de Cocody, 2012, n° 352.

⁹⁷Francs de la communauté financière en Afrique.

⁹⁸Article 824 AUSCGIE

⁹⁹Article L.224-2 alinéa 1 du Code de commerce

¹⁰⁰Article L.224-2 alinéa 2 du Code de commerce.

¹⁰¹Article D214-212 du Code monétaire et financier.

¹⁰²Article D212-20 du Code monétaire et financier.

¹⁰³Article D212-58 du Code monétaire et financier.

¹⁰⁴Article R332 du Code des assurances.

¹⁰⁵Conférence interafricaine des marchés d'assurance

39. En revanche, « gouverné par certains impératifs économiques tels que le développement des entreprises et la création d'emploi »¹⁰⁶, l'exigence d'un minimum de capital social qui garantit un minimum de sécurité aux créanciers chirographaires est de nos jours remise en cause. C'est dans cette optique qu'est intervenue la loi n°2003 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique dite loi Dutreil. Cette loi rend l'exigence du capital social minimum symbolique puisqu'elle prévoit que : « Le montant du capital de la société est fixé par les statuts... »¹⁰⁷. Comme le dit M. Pascal ETAIN, « pour ce qui est de la fonction de garantie, le législateur l'a lui-même balayée en supprimant l'exigence d'un montant minimum pour les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions simplifiées »¹⁰⁸. Le capital social, « comme concept fondamental des sociétés dites de capitaux s'essouffle de plus en plus visiblement »¹⁰⁹. Autorisés à retenir le capital social de leur choix, les associés peuvent, en retenant un capital extrêmement faible, limiter au maximum leurs engagements vis-à-vis des créanciers de la société¹¹⁰.

40. Même si l'exigence d'un capital minimum pour les sociétés à responsabilité limitée reste d'actualité en droit OHADA, il n'en demeure pas moins vrai que la nouvelle rédaction de l'article 311 de l'AUDSCGIE laisse la possibilité aux associés de déterminer le montant du capital social de leur choix. Certains pays membres de l'OHADA ont déjà fait application de cette disposition. Il s'agit du Bénin qui, depuis la loi n°2014-220 du 26 mars 2014 entrée en vigueur le 5 mai 2014 portant modalité de création des SARL en république du Bénin prévoit en son article 6 que les associés fixent librement le montant du capital social. En outre, l'ordonnance ivoirienne n°2014-161 du 2 avril 2014 relative à la forme des statuts et au capital social de la société à responsabilité limitée laisse aux associés la liberté de fixer le montant du capital social. D'autres pays membres de l'OHADA sans attribuer la fixation du capital social aux associés, ont revu à la baisse le montant du capital social minimum prévu

¹⁰⁶D. CARAMALLI et E. CAFRITZ, préc., note 98.

¹⁰⁷Art. L.223-2 du C. Com.

¹⁰⁸P. Etain, « Du zéro comme capital social », *LPA* 2011.186, 186.

¹⁰⁹P. LE CANNU et G. PARLEANI, « Le financement du capital social », *RS* 2005.I, 4.

¹¹⁰L. NURIT- PONTIER, « La détermination statutaire de capital social : enjeux et conséquences », *D.* 2003.24.1615, 24.

par le législateur OHADA. Il s'agit du Sénégal qui, depuis la loi n°17/2014 du 15 avril 2014 portant fixation du montant du capital social minimum de la société à responsabilité limitée fixe le capital social minimum des sociétés à responsabilité limitée à 100 000 FCFA. C'est aussi le cas du Togo, du Burkina Faso, de la Guinée¹¹¹ et du Cameroun¹¹².

41. Sur la même lancée, la loi sur la modernisation de l'économie du 4 août 2008 en France remet en cause l'exigence d'un capital minimum pour les sociétés par actions simplifiées. Ainsi, aux termes de l'article L.227-1 du Code de commerce : « ...*Les règles concernant les sociétés anonymes, à l'exception de l'article L.224-2... sont applicables à la société par actions simplifiées* ». En écartant l'application de l'article L.224-2 fixant le montant du capital social, le montant du capital social des sociétés par actions simplifiées reste librement fixé par les statuts. Sur ce plan, le législateur OHADA est plus précis en disposant dans l'article 853-5 de l'AUSCGIE concernant les sociétés par actions simplifiées que : « *le montant du capital social ainsi que celui du nominal des actions est fixé par les statuts* ».

42. En supprimant ainsi l'exigence d'un minimum de capital social pour les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions simplifiées, la France et certains pays membres de l'OHADA rejoignent le peloton des législations belges, américaines ou irlandaises pour lesquelles il est possible de créer une société sans capital social minimum voire sans capital social tout simplement lorsqu'un texte de loi n'impose pas ce minimum. Les raisons qui soutiennent cette initiative sont : « faciliter la création ou la reprise d'entreprise ; stimuler l'investissement et l'anticipation de la transmission d'entreprise¹¹³ ».

43. Malgré la légitimité des motivations précédentes, il est à craindre que le pouvoir ainsi reconnu aux associés puisse conduire à la fixation d'un montant de capital social dérisoire voire un capital zéro¹¹⁴. Le niveau de l'engagement des associés étant directement lié à leurs apports, ces derniers tendront inévita-

¹¹¹A. FENEON, préc., note 75, n° 2086.

¹¹²Loi n°2016/014 du 14 décembre 2016 fixant le capital minimum et les modalités de recours aux services de notaire dans le cadre de la création d'une société à responsabilité limitée au Cameroun.

¹¹³P. LE CANNU, « La loi pour l'initiative économique et le droit des sociétés », *RS* 2003.409.

¹¹⁴P. Etain, préc., note 111.

blement à le fixer au niveau le plus faible possible¹¹⁵. Ce qui pourra contribuer à l'accroissement du phénomène de sous-capitalisation dans les sociétés à responsabilité limitée et dans les sociétés par actions simplifiées. Même si la responsabilité des dirigeants sociaux peut être engagée en cas d'insuffisance d'actif, elle ne pourra pas être engagée en cas de sous-capitalisation. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2015¹¹⁶. En effet, « créer une société avec des capitaux médiocres n'est pas une faute de gestion imputable au dirigeant »¹¹⁷ mais une faute imputable aux associés. Bien qu'il n'existe pas de jurisprudence en la matière dans l'espace OHADA, l'article 740 AUDCGIE pose le principe selon lequel la responsabilité du gérant ne peut être engagée que pour faute de gestion. La sous-capitalisation n'étant pas une faute imputable au dirigeant, il est impossible d'engager la responsabilité de ce dernier. Cette jurisprudence semble s'orienter vers la déresponsabilisation des dirigeants.

44. Il convient de noter qu'il est possible de prévenir la sous-capitalisation des sociétés. La législation belge en est une parfaite illustration. En effet, « cette législation permet d'engager la responsabilité des fondateurs de société si le capital social était lors de sa constitution manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans »¹¹⁸. De ce fait, dès la constitution de la société en Belgique, un plan financier¹¹⁹ doit être établi et déposé chez un notaire afin de permettre de vérifier quelle est l'activité projetée lors de la constitution de la société, et de quelle manière elle doit être financée durant ses deux premières années. Lorsque la défaillance de la société est avérée, le juge, sur la base du projet financier, véri-

¹¹⁵L. NURIT- PONTIER, préc., note 113.

¹¹⁶Cass. Com. 10 mars 2015, n°12-15.505, P+B, R. c/ O. ; Sté Louis ET Laurent Hirou : JurisData n°2015-005248.

¹¹⁷E. GARAUD, « Créer une société de capital médiocre n'est pas une faute de gestion », *LPA* 2015.116.16. ; Cass. com., 10 mars 2015, n°12-15505, note Irina PARACKEVOVA, Bull. Joly Société, 2015.

¹¹⁸J.M. FERNANDEZ, « Capital social manifestement insuffisant lors de la constitution de la société: une initiative économique contrôlée en droit Belge », *LPA* 2004.4.5.

¹¹⁹Le plan financier peut est défini par la jurisprudence belge comme étant un état prévisionnel des activités à réaliser par la société à constituer et des moyens financiers à mettre en œuvre à cette fin. Voir J.M. FERNANDEZ Liège, 5 mai 1995

fié si le capital social correspondait bien à l'activité envisagée. Si tel n'est pas le cas, les fondateurs seront tenus de prendre en charge une partie du passif de la société. En autorisant le juge à mettre une partie du passif social à la charge des fondateurs en cas de défaillance de la société due à un capital manifestement insuffisant¹²⁰, le droit belge contribue au renforcement de la protection des tiers notamment des créanciers chirographaires.

45. Même si la responsabilité des fondateurs peut être engagée en droit belge, il reste que le plus important est la prévention de la sous-capitalisation. Car la prévention est toujours préférable à la répression¹²¹. Pour limiter le risque de sous-capitalisation et ainsi pousser les fondateurs à la fixation d'un capital conséquent et non dérisoire, une proportionnalité entre le projet économique et le capital social pourra être imposé en droit OHADA et français comme c'est le cas en droit belge. Autrement dit, le capital social devrait être fixé en fonction des besoins réels de la société. L'instauration d'un contrôle de proportionnalité entre le capital social et le projet social par le juge pourra renforcer la protection des créanciers chirographaires. Car on ne se lance pas dans les affaires avec son seul enthousiasme, la fleur au fusil et les poches désespérément vides¹²². Il serait donc souhaitable que les législateurs français et OHADA s'inspirent de la législation belge en la matière.

46. Au final, nous rejoignons le Professeur Renaud MORTIER lorsqu'il affirme que : « Mieux vaut, pour les créanciers d'une société, un capital fort qu'un capital faible. Certes, le capital fort n'est pas plus que le capital social faible, garant de la bonne santé financière de la société...Cependant, à situation équivalente, le capital social fort garantira les créanciers sociaux »¹²³. Ainsi, fixer un capital faible pourra contribuer à la précarisation de la situation des créanciers chirographaires.

B : le renforcement de la précarisation de la situation des créanciers chirographaires

47. L'initiative de la fixation du montant du capital social dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions simplifiées appartient, en l'état

¹²⁰J.M. FERNANDEZ, préc., note 121.

¹²¹L. NURIT- PONTIER, préc., note 113.

¹²²M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, préc., note 91, n° 298.

¹²³R. MORTIER, M. GERMAIN et J.J. DAIGRE, préc., note 79, p. 35.

actuel des textes, aux seuls associés. L'existence d'une telle liberté présente un inconvénient majeur pour les créanciers chirographaires, notamment, lorsqu'il est déterminé à un montant trop faible. Si un capital trop faible est déterminé par les associés, il est fort probable que l'apport minimum fixé pour la protection des tiers soit assez dérisoire, voire inexistant. Au final, « l'apport collectif minimum, substitut de la protection des tiers »¹²⁴ est inexistant voire dérisoire.

48. Il faut dire que le capital social joue un rôle de garde-fou des capitaux propres de la société. Car aucune distribution de dividende ne peut être faite lorsque les capitaux propres sont ou deviennent à la suite des pertes constatées inférieures à la moitié du capital social augmenté des réserves¹²⁵. Le capital social est en quelque sorte le seuil d'alerte¹²⁶ qui exige la reconstitution des capitaux propres lorsque ceux-ci deviennent inférieurs à la moitié du capital. C'est comme, disait THALLER, « une ligne d'arrêt tout idéale tracée dans l'actif »¹²⁷. La société prend ainsi l'engagement de ne pas distribuer l'actif et lorsque les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital social, les associés sont tenus de les reconstituer. Donc, la reconstitution est fonction du montant du capital social. Si le capital déterminé est faible voire zéro, la limite fixée pour la distribution devient plus étendue ou tout simplement n'existe pas. Pour cela, les créanciers chirographaires ne sont pas à l'abri des abus de distribution de dividende que l'on peut qualifier de fictive. Ce risque énorme de distribution de l'actif social sous forme de dividende ne justifie-t-il pas la fixation d'un montant de capital social raisonnable ? L'intérêt en serait au moins un meilleur contrôle des distributions des dividendes au sein des sociétés de capitaux. Toutefois, les conséquences de la suppression de la contrainte du capital social minimum ont été jugées suffisamment graves pour que des palliatifs aient été envisagés par la doctrine.

49. Compte tenu du fait que la confiance ne se décrète pas, il faut la garantir¹²⁸, fixer le montant du capital social à un niveau très faible prive les créanciers chirographaires de sécurité. Il devient ainsi urgent de restaurer la protection de ces derniers en l'absence d'un capital minimum. Selon le Professeur P.

¹²⁴A. PIETRANCOSTA, préc., note 89.

¹²⁵Article L.225-248 du code de commerce

¹²⁶F. DANNENBERGER, préc., note 81.

¹²⁷H. Foucault, préc., note 31, p. 54.

¹²⁸P. LE CANNU et G. PARLEANI, préc., note 112.

LE CANNU : « dans un système de zéro capital, la responsabilité incombera aux dirigeants, qui ne pourront effectuer de distribution qu'à la condition de satisfaire à des tests comptables encore imparfaitement réfléchis »¹²⁹. Par contre, pour Le professeur T. MASSART : « le capital d'un euro devrait être complété par un engagement des associés à garantir les dettes sociales, mais cet engagement serait limité à hauteur de l'ancien capital minimum »¹³⁰.

50. Le professeur Laure NURIT-PONTIER va plus loin en proposant la création d'un capital d'engagement qui, aurait pour rôle de « pallier dans les sociétés ne nécessitant qu'un faible capital, l'insuffisance du capital social en matière de garanties des créanciers sociaux et répondre des dettes sociales »¹³¹. La constitution d'un capital d'engagement pourra contribuer de la sorte au désintéressement des créanciers chirographaires.

51. Certes, ce procédé améliore la situation du créancier chirographaire. Mais on pourrait penser un système où les associés seraient tenus de libérer ce capital d'engagement en cas d'insuffisance d'actif. La question de la souscription d'un capital d'engagement est certes intéressante encore faudrait-il le libérer en cas d'insuffisance du capital social constaté en cours de vie sociale ou alors en cas d'insuffisance d'actif. Il en résulte qu'en transférant le capital d'engagement à la société, les créanciers sociaux ne courent pas le risque d'être en concours avec les créanciers personnels de l'associé. Ainsi, le seul moyen permettant au capital d'engagement de jouer efficacement son rôle est qu'il puisse être disponible pour les créanciers en cas d'insuffisance du capital social. D'où l'intérêt de prévenir la sous-capitalisation comme mentionnée plus haut.

52. Somme toute, nous avons démontré que sur le plan théorique le capital ne peut pas être une garantie pour les créanciers chirographaires. Pareillement sur le plan pratique, cette inefficacité du capital social à remplir une fonction de garantie est perceptible.

¹²⁹Id.

¹³⁰T. Massard, préc., note 94.

¹³¹L. NURIT- PONTIER, préc., note 113.

SECTION II: L'INAPTITUDE PRATIQUE DU CAPITAL SOCIAL COMME GAGE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES

53. Les législateurs OHADA et français exigent que le chiffre du capital social soit mentionné sur tous les documents et les papiers administratifs de la société à destination du public ceci dans le but de renseigner les tiers. Or, au capital énoncé dans les statuts ne correspondent pas toujours des biens effectivement transmis à la société. Ce qui entame sa réalité dès sa constitution. (§I). De même, le chiffre du capital retenu ne reflète pas toujours l'image fidèle de la situation économique de la société. En ce sens, il est un mauvais indicateur de la solvabilité de la société pour les créanciers chirographaires (§II).

§I : LES ENTORSES À LA RÉALITÉ DU CAPITAL SOCIAL

54. Le capital social se concrétise par le processus de souscription et de libération. Mais, pour servir de garantie aux créanciers chirographaires, sa consistance finale devrait correspondre au montant du capital mentionné dans les statuts. Pourtant, cette concordance n'est pas assurée. Les facteurs favorisant cette discordance entre capital social et apport peuvent être d'origine volontaire (A) ou légale (B).

A: les facteurs d'origine volontaire entamant la réalité du capital social

55. Les associés peuvent ne pas concrétiser leur engagement envers la société ou alors surévaluer le bien en nature promis à la société. Lorsque de tels actes sont réalisés, ils créent une discordance entre le capital social et les apports, ruinant ainsi la réalité du capital social.

1 : le risque de fictivité de la souscription des apports

56. La souscription est un contrat par lequel, une personne physique ou morale prend l'engagement de transmettre à la société une valeur économique chiffrée et à concurrence des titres de capital qui lui seront remis¹³². Autrement dit, c'est l'acte juridique par lequel en l'occurrence un futur associé, s'engage à faire partie d'une société en apportant une somme en principe égale au montant

¹³²N. E. ITSIMBOU MABIKA, *L'utilité du capital social : étude de droit français*, Clermont-Ferrand, France, Université d'Auvergne, Clermont-Ferrand 1, 2010, p. 38.

nominal de son titre¹³³. Cette règle est la concrétisation de l'engagement des associés et est « édictée afin que les tiers ne soient pas trompés sur l'étendue de la garantie à laquelle ils ont eu droit en contractant avec la société »¹³⁴.

57. Dans les deux ordres juridiques, le principe en la matière reste la souscription intégrale du capital social. Ce dernier constitue pour la société un mode de financement classique très attractif¹³⁵. En tant qu'instrument de financement, le capital social est gouverné par le principe de la souscription intégrale. Comme mentionnée dans les textes OHADA et français, la souscription intégrale est valable pour toutes les sociétés notamment les sociétés à responsabilité limitée¹³⁶, les sociétés anonymes¹³⁷ et les sociétés par actions simplifiées¹³⁸. Cependant, le législateur français va plus loin en imposant la souscription intégrale du capital social aux sociétés en commandite par actions¹³⁹.

58. La souscription intégrale garantit ainsi à la personne morale des moyens d'existence, du moins de manière abstraite, la concrétisation passant par la phase de libération¹⁴⁰. En réalité, les valeurs promises par les associés forment le capital social futur. Il est important pour les créanciers que les associés respectent leur engagement. De ce fait, la souscription doit en effet être réelle pour garantir au créancier ce montant prévu dans les statuts. Cependant, la souscription fictive du capital social ou son annulation peut avoir des conséquences néfastes sur les droits des créanciers. On parle de souscription fictive lorsque le bulletin de souscription ne correspond à aucune valeur réelle. Celle-ci découle très souvent du caractère fictif des apports, qui démontre souvent l'absence d'intention véritable de s'associer¹⁴¹. Néanmoins, faute de disposition légale expresse en ce sens¹⁴², la constitution d'une société en l'absence de souscription intégrale du capital social n'est plus une cause de nullité de la société. Cependant, contrairement au législateur français, le législateur OHADA

¹³³ A. LECOURT, répertoire de droit des sociétés, 2016, Voir capital social.

¹³⁴ H. FOUCAULT, préc., note 31, p. 97.

¹³⁵ R. MORTIER, M. GERMAIN et J.J. DAIGRE, préc., note 79, p. 32.

¹³⁶ Voir article L223-7 du Code de commerce et 311-1 de l'AUDSCGIE.

¹³⁷ Voir article L225-3 du code de commerce et 388 de l'AUDSCGIE.

¹³⁸ Voir article 853-2 de l'AUDSCGIE et de l'article L227-1 du Code de commerce.

¹³⁹ Article 226-1 du Code de commerce.

¹⁴⁰ S. DANA-DEMARET, préc., note 97, p. 135.

¹⁴¹ T. Versailles, 13 novembre 2007, Bull. Joly 2008 .200, note LE CANNU.

¹⁴² Article 235-1 du Code de commerce

prévoit des sanctions pénales contre les contrevenants à la règle de la souscription intégrale du capital social.

59. Ainsi, en droit OHADA le non-respect de ces règles de forme est sanctionné par l'article 887 de l' 'AUDSCGIE qui est applicable aussi bien aux S. A., S.A.R.L. et S.A.S. Ainsi encourent une sanction pénale : « *Ceux qui, sciemment, par l'établissement de la déclaration notariée de souscription et de versement ou de certificat de dépositaire auront affirmé sincères et véritables des souscriptions.... ; ceux qui auront remis au notaire ou au dépositaire, une liste des actionnaires ou des bulletins de souscription et de versement mentionnant des souscriptions fictives ; ceux qui par simulation de souscription ou de versement ou par publication de souscription qui n'existent pas ou de tous faits faux, auront obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions* ». Il est important de relever en droit OHADA que le législateur définit les infractions et laisse le soin à chaque État partie de définir la sanction applicable.

60. À l'opposé du droit OHADA qui milite encore pour la pénalisation des infractions concernant les irrégularités liées à la souscription du capital social, le droit français dans son élan de dépénalisation du droit des affaires en général, tend vers une dépénalisation des infractions concernant les irrégularités liées à la souscription du capital social. À cet égard, aux termes de l'article 242-2 du Code de commerce : « *Est désormais puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 9 000 € le fait, pour toute personne : 4° de faire attribuer frauduleusement à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle* ». En effet, les trois premiers alinéas de l'article L.242-2 concernant l'établissement d'un certificat mensonger, la liste des actionnaires mentionnant les souscriptions fictives, la tentation d'obtention par simulation de souscription et la publication des noms aux fins d'obtention de souscription ne sont plus pénalement sanctionnées depuis l'adoption de la loi n°2001 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

61. En fait, la dépénalisation des irrégularités liées à la souscription du capital social risque de favoriser les déclarations mensongères et les souscriptions de capital fictives. Donc, il est à craindre que le montant du capital social souscrit ne corresponde plus à la réalité du capital déterminé par les associés en droit français. Les associés peuvent ne pas apporter l'équivalent du chiffre annoncé en valeur d'actif, ce qui doit forcément avoir des incidences sur le droit

de gage des créanciers chirographaires. La sanction pénale a une force de dissuasion, en dépénalisant ainsi les irrégularités liées à la souscription intégrale du capital, le législateur français expose les créanciers sociaux aux risques de déclaration et de souscription frauduleuse.

62. Plus loin, on remarque que l'irrégularité de la souscription du capital social n'est plus sanctionnée sur le plan civil par la nullité de la société. La souscription du capital social n'étant exigible que dans ces formes de société, la suppression de la nullité fondée sur l'irrégularité de la souscription du capital va à l'encontre du droit des créanciers sociaux. La règle de la souscription étant une règle impérative en droit des sociétés, il est normal que son respect soit assuré. En dépénalisant les irrégularités concernant la souscription du capital social, en limitant au maximum les nullités des sociétés, le principe de la souscription intégrale du capital social risque de devenir un vain principe. Donc, nous pensons comme Hervé FOUCAULT¹⁴³ que « les irrégularités telles que la violation d'une règle légale comme la souscription intégrale du capital social, constituent une infraction aux formalités impératives de la formation de la société et devraient par ce fait, être sanctionnées par la nullité de la société ».

63. Au final, la souscription fictive du capital social ruine sa réalité. Il en est de même lorsqu'il est surévalué.

2 : un risque de surévaluation des apports en nature pouvant gonfler artificiellement le capital social

64. Les apports en nature sont composés de tout bien meuble ou immeuble, corporel ou incorporel qui se trouve dans le commerce. Ainsi, tous les biens hors du commerce ne peuvent pas être admis comme apports en nature¹⁴⁴. Leur réalisation s'effectue par le transfert des droits réels ou personnels et leur mise à la disposition effective de la société. Les législateurs français et OHADA prévoient que les apports en nature doivent être intégralement libérés. L'article 45 de l'AUDCGIE de renchérir : « *Les apports en nature sont libérés intégralement lors de la constitution de la société* ». Dans le même sens, l'article L.223-7 alinéa 1 du Code de commerce en sa deuxième phrase dispose que : «

¹⁴³H. Foucault, préc., note 31, p. 111.

¹⁴⁴J.-P. MATTOUT, « La notion d'apport en nature » : peut-on rémunérer des apports sans augmentation du capital ? », dans *Le code de commerce 1087-2007 : livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 76.

...Elles doivent être intégralement libérées lorsqu'elles représentent les apports en nature... ». Pour ce qui est des sociétés anonymes, l'article L.225-3 alinéa 3 du même code dispose que : « *Les actions d'apport sont entièrement libérées dès leur émission* ». Au final, dans les sociétés par actions, la libération des apports en nature est soumise au principe de la libération intégrale.

65. Cependant, la détermination de la valeur réelle des biens apportés en nature est importante pour le créancier chirographaire parce que c'est le montant de la valeur retenue pour le bien qui sera mentionné dans le capital social. Concrètement, en droit OHADA et français, les statuts doivent contenir l'évaluation des apports en nature¹⁴⁵. Cette évaluation est faite par l'apporteur du bien en nature en droit OHADA et français¹⁴⁶. Cette liberté laissée à l'apporteur de fixer lui-même la valeur de son bien peut être préjudiciable pour les créanciers car, en fixant une valeur plus élevée que la valeur exacte du bien, le bien en nature est surévalué. De ce fait, l'apport « bien que conforme au bien promis, sa traduction en titres incorporés au capital est excessive et le capital social annoncé statutairement n'est plus à même de donner une information fiable, car il ne correspond pas à la situation réelle gonflée artificiellement »¹⁴⁷. De la sorte, toute évaluation exagérée des apports constitue un risque pour les créanciers chirographaires. Afin de limiter le risque de surévaluation des apports en nature, ils sont soumis à une procédure de vérification rigoureuse effectuée par un ou plusieurs commissaires aux apports désignés à l'unanimité par les futurs associés ou, à défaut, par la juridiction compétente, à la demande des fondateurs de la société ou de l'un d'entre eux¹⁴⁸. Contrairement aux sociétés anonymes où le recours à un commissaire aux apports reste obligatoire¹⁴⁹, le recours à un commissaire aux apports dans les sociétés à responsabilité limitée n'est obligatoire qu'au-delà d'un seuil fixé par les deux législateurs. Ainsi, en droit OHADA : « *l'évaluation des apports en nature est contrôlée par un commissaire aux apports dès lors que la valeur de l'apport considérée, ou la valeur de l'ensemble des apports en nature considérées, est*

¹⁴⁵ Article 50 AUDCGIE et article L.225-14 du code de commerce.

¹⁴⁶ Article 49 AUDCGIE.

¹⁴⁷ S. DANA-DEMARET, préc., note 97, n° 111.

¹⁴⁸ Article 312 et 400 AUDCGIE et article L.225-8 alinéa 1 du code de commerce.

¹⁴⁹ Article 225-8 du code de commerce et article 400 AUGCGIE.

supérieure à cinq millions »¹⁵⁰. Pareillement, en droit français le recours à un commissaire aux apports ne sera obligatoire que si la valeur d'aucun apport en nature n'excède 30 000€¹⁵¹ et si la valeur totale de l'ensemble des apports en nature non soumis à l'évaluation d'un commissaire aux apports n'excède pas la moitié du capital social. Autrement dit si ces conditions ne sont pas réunies, le contrôle du commissaire aux apports reste facultatif. Lorsque la désignation du ou des commissaires aux apports est incontournable, ils ont pour mission d'expertiser l'apport, de décrire chacun des apports, d'indiquer quel mode d'évaluation a été adopté, d'affirmer que la valeur des apports correspond au moins à la valeur du nominal des actions à émettre, augmentée éventuellement de la prime d'émission¹⁵².

66. Au contraire, si la valeur de l'ensemble des apports ne dépasse pas les montants précités, les associés ont le pouvoir d'attribuer la valeur de leur choix aux apports en nature. Une fois l'expertise terminée, le commissaire aux apports dresse un rapport fixant la valeur du bien apporté. Le rapport est déposé huit jours au moins avant la tenue de la réunion de l'assemblée constitutive au siège social et au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel est situé le siège. L'assemblée constitutive se prononce sur la valeur des apports sur la base du rapport du commissaire aux apports. Néanmoins, l'assemblée constitutive n'est pas tenue de suivre l'avis du commissaire aux apports, mais si elle refuse d'accepter la valeur donnée par l'apporteur, la société ne peut se constituer.

67. Cependant, lorsqu'ils désapprouvent le rapport du commissaire aux apports, une garantie légale est mise en place pour protéger les créanciers. De ce fait autant en droit OHADA que français : « lorsqu'il n'y a pas eu de commissaires aux apports, ou lorsque la valeur retenue est différente de celle retenue par le commissaire aux apports, les associés sont solidairement responsables pendant cinq ans à l'égard des tiers, de la valeur attribuée aux apports en nature lors de la constitution de la société »¹⁵³. Cette garantie permet au créancier de faire recours contre l'un quelconque des associés en cas de surévaluation du

¹⁵⁰ Article 312 AUDCGIE.

¹⁵¹ Article D.223-6-1 du code de commerce.

¹⁵² P. LE CANNU et B. DONDERO, préc., note 34, n° 645. ; article R.225-8 du code de commerce.

¹⁵³ Article 223-9 alinéa 4 et article 312 alinéa 4 AUDGIE.

bien. Dans ce cas, ce n'est pas seulement l'apporteur du bien en nature qui est tenu responsable mais tous les associés. Cette extension de la garantie à tous les associés renforce la sécurité des créanciers en ce sens que tous les associés sont présumés responsables en cas de surévaluation du bien. Une telle solution est souhaitable dans la mesure où elle tend à assurer une protection la plus large qui soit au créancier chirographaire en cas de surévaluation des apports en nature. Tous les associés sont concernés même ceux qui n'ont pas fait des apports en nature. C'est la raison pour laquelle nous saluons l'effort du législateur OHADA d'avoir étendu cette garantie légale aux actionnaires dans les sociétés anonymes. Ainsi, dès lors que l'apport a été évalué de manière excessive, et qu'il contribue au gonflement artificiel du capital social¹⁵⁴, le créancier chirographaire peut intenter son recours contre n'importe lequel des associés.

68. . En revanche, en cas de majoration frauduleuse des apports, le contrevenant est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000€¹⁵⁵. Les créanciers chirographaires ayant subi un préjudice du fait de la surévaluation du bien pourront se porter partie civile pour demander la réparation de préjudice ou alors intenter une action directe sur la base de l'article 1240 du code civil. Pour que de telles actions puissent prospérer encore faudrait-il prouver la fraude. Pour la doctrine, « la surévaluation frauduleuse est une source de difficulté pour les créanciers compte tenu du défaut de critère de la valeur du bien : valeur objective, valeur pour la société »¹⁵⁶. Pour le Professeur Georges RIPERT¹⁵⁷, la mise en œuvre de cette infraction soulève des discussions quant à l'élément matériel et moral. Sur le plan matériel, faut-il s'en tenir à la valeur objective, ou faire une certaine place à la valeur de convenance ? Pareil sur le plan moral, il faut apporter la preuve de la manœuvre frauduleuse destinée à tromper les tiers. La preuve du caractère frauduleux reste difficile à apporter pour le créancier. Au final, la valeur réelle n'est pas soumise aux ca-

¹⁵⁴Article 312 et 400 AUDCGIE et article 223-9 du code de commerce.

¹⁵⁵Article 241-3 du code de commerce.

¹⁵⁶H. BLAISE, *L'apport en société*, Rennes, 1955, p. 324 cité par H. FOUCAULT, préc., note 57, p. 131.

¹⁵⁷G RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit des affaires : les sociétés commerciales*, 22^e éd., 2, LGDJ, 2017, n° 1977.

nons de la vérité scientifique¹⁵⁸, ce qui accroît fortement le risque de gonflement artificiel du capital social.

69. La souscription fictive du capital social et sa surévaluation portent atteinte à la réalité du capital social. Il en est de même pour la libération des apports en numéraire.

B : le facteur d'origine légale entamant la réalité du capital social

70. Notons que dans les sociétés de personnes¹⁵⁹, le principe de la libération intégrale des apports en numéraire reste le préalable. Concernant les sociétés à responsabilité limitée, aux termes de l'article 41 de l'AUSCGIE, les apports en numéraire sont réalisés par le transfert à la société des sommes d'argent que l'associé s'est engagé à lui apporter. Contrairement aux apports en nature qui sont obligatoirement libérés intégralement, les associés ont l'obligation de libérer une partie des apports en numéraire seulement, c'est-à-dire que les associés ne sont obligés de verser que la fraction prescrite par la loi. Pour les SARL¹⁶⁰, les apports en numéraire doivent être libérés de la moitié au moins de leur valeur nominale et le surplus dans un délai de deux ans à compter de leur immatriculation¹⁶¹. Quant aux SA, les apports en numéraire doivent être libérés d'au moins un quart de leur valeur nominale, le reste devant être libérés dans un délai fixé par les statuts sans pouvoir excéder trois ans à compter de l'immatriculation au registre de commerce et du crédit mobilier¹⁶².

71. Pareillement en France, pour les SARL, l'article 223-7 du Code de commerce dispose que : « *Les parts représentant les apports en numéraire doivent être libérées d'au moins un cinquième de leur montant* ». Plus loin, l'article L.225-3 du Code de commerce applicable aux sociétés anonymes dispose : « *Les actions en numéraire sont libérées...de la moitié au moins de leur valeur nominale* ».

72. Quant à la libération du surplus, elle intervient en une ou plusieurs fois sur décision du gérant, dans un délai qui ne peut excéder cinq ans¹⁶³ en droit

¹⁵⁸M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, préc., note 91, p. 117.

¹⁵⁹Société en nom collectif, société à commandite simple.

¹⁶⁰Société à responsabilité limitée.

¹⁶¹Art. 311-1 al. 1 et 2 AUSCGIE.

¹⁶²Art. 398 AUSCGIE.

¹⁶³Art. 223-7 du Code de commerce.

français et deux ans¹⁶⁴ en droit OHADA à compter de l'immatriculation de la société pour les SARL. Concernant les SA, la libération du surplus intervient en une ou plusieurs fois sur décision du conseil d'administration ou du directeur selon les cas, dans un délai qui ne peut excéder cinq ans pour le droit français¹⁶⁵ et deux ans¹⁶⁶ pour le droit OHADA à compter de l'immatriculation de la société. En réalité, le principe reste la tolérance pour ce qui concerne la libération différée¹⁶⁷. Concrètement, « la libération échelonnée fait donc voler en éclats le mythe de la protection du capital social »¹⁶⁸.

73. Au regard de ce qui précède, la libération des apports en numéraire n'est pas totale. Le capital social représentant aux yeux des créanciers une manifestation de la richesse de la société¹⁶⁹, il serait plus judicieux de prévoir une libération totale des apports en numéraire ou bien réduire suffisamment le délai pour la libération du surplus. Les apports en numéraire non libérés n'étant ni un actif disponible¹⁷⁰ ni une réserve de crédit¹⁷¹, ils ne sont pas encore disponibles dans le patrimoine du débiteur et par ce biais sont insaisissables. On observe de ce fait un décalage entre le capital social souscrit et effectivement libéré. Le principe de la libération fractionnée n'est pas un avantage pour les créanciers sociaux, c'est la raison pour laquelle, il serait plus intéressant pour les créanciers chirographaires que le minimum légal imposé soit libéré dans sa totalité ou du moins dans des délais très brefs. Compte tenu du fait qu'il est maintenant possible de constituer des SARL et des SAS¹⁷² sans exigence du capital minimum, quel serait l'intérêt du maintien du principe de la libération échelonnée des apports en numéraire pour une société constituée avec un capital de départ faible, voire dérisoire ?

¹⁶⁴ Art. 311-1 AUDCGIE.

¹⁶⁵ Art.L. 225-3 du Code de commerce.

¹⁶⁶ Art. 389 AUDCGIE.

¹⁶⁷ J.-Ph. DOM, « Les dispositions relatives à la libération du capital des SARL et des sociétés à capital variables : article 124 de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 », *BJS* 2001.7.

¹⁶⁸ Y. DECROIX, préc., note 82, p. 107.

¹⁶⁹ L. NURIT- PONTIER, préc., note 113, 12.

¹⁷⁰ N. BORGA, « Le capital social non libéré et appréciation de la cessation des paiements », *BJED* 2013.

¹⁷¹ E. MOUIAL-BASSILANA, « Le capital social non libéré n'est ni un actif disponible, ni une réserve de crédit », *BJS* 2013.

¹⁷² Société par actions simplifiée.

74. Il résulte de ce qui précède que le principe de la libération fractionnée des apports en numéraire favorise les associés dans la mesure où leur obligation est échelonnée dans le temps. Mais, pour les créanciers chirographaires, l'échelonnement de la libération des apports en numéraire contribue à réduire la consistance de leur gage. Or, il est évident que, l'efficacité de leur sécurité réside dans la libération totale des apports souscrits. Toutefois, bien que libéré, le capital social ne reflète pas toujours la situation économique de la société.

§II : LE MONTANT DU CAPITAL SOCIAL : MAUVAIS INDICATEUR DE LA SOLVABILITÉ DE LA SOCIÉTÉ

75. La fixation du montant du capital social est une exigence en droit des sociétés OHADA et français. C'est pourquoi chaque société doit préciser son montant dans les statuts et le rappeler sur tous les documents administratifs et commerciaux. Vu sous cet angle, le capital social a une fonction informative. En tant que telle, il devrait renseigner les créanciers chirographaires sur les éléments saisissables¹⁷³. Donc, il devrait y avoir un lien direct entre le montant du capital social et la valeur des apports. En réalité, une déconnexion¹⁷⁴ flagrante est observée entre le capital social et les apports. Comme le font remarquer les Professeurs M. Paul LE CANNU et M. Georges PARLEANI, l'idée que le capital social est un indice de solvabilité est aujourd'hui bien déprimée, car il n'existe guère de lien entre le capital et la seule chose qui intéresse les créanciers¹⁷⁵. On constate que le capital social ne reflète pas la situation exacte de la société (A) et ne tient pas compte de l'inflation monétaire (B).

A : le capital social ne reflète pas la situation exacte de la société

76. Le montant du capital social peut camoufler non seulement des apports temporaires, mais aussi il est susceptible de dissimuler des pertes parfois énormes dans la société.

1 : un capital social camouflant des apports temporaires

77. La particularité de l'apport en nature vient du fait que son mode de transmission dépend de la volonté de l'apporteur. Ainsi, il peut décider

¹⁷³S. DANA-DEMARET, préc., note 97, n° 86.

¹⁷⁴H. NABASQUE, « La fin de la connexion apport/capital ? », dans *Quel avenir pour le capital social ?* coll. Dalloz, 2004, p. 103.

¹⁷⁵P. LE CANNU et G. PARLEANI, préc., note 112.

d'apporter son bien en pleine propriété ou en jouissance. Lorsque l'associé apporte son bien en jouissance, il ne transfère aucun droit réel de propriété à la société mais un droit personnel pour un temps délimité. De ce fait, le créancier chirographaire ne peut exercer son droit de saisie sur un apport en jouissance. De plus à la fin du délai convenu, la société perd son droit de jouissance sur le dit bien mais sa valeur n'est pas déduite du capital social. La question de l'intégration de ces apports au capital social ne fait plus l'ombre d'aucun doute tant en droit OHADA¹⁷⁶ que français¹⁷⁷.

78. Ainsi, l'apporteur peut décider qu'il ne confiera la jouissance de son bien à la société que pour une durée bien déterminée de deux voire dix ans par exemple. À l'expiration de ce délai, la société perd automatiquement son droit de jouissance sur le bien apporté. Mais pour autant, la valeur de cet apport intégré au capital social continue à figurer sur tous les documents de la société à destination des tiers. Il en résulte qu'à la fin de la période stipulée, l'apport temporaire n'existera plus, il va automatiquement s'éteindre. Mais le capital social de la société ne changera pas pour autant. La valeur de l'apport temporaire intégrée au capital social reste permanente même si l'apport n'existe plus. Certains auteurs se demandent si l'apport temporaire ne devient pas fictif à l'expiration du délai ?¹⁷⁸ L'apport fictif est celui qui ne présente aucune valeur pour la société soit parce que le bien n'appartient pas à l'apporteur ou que le bien est grevé d'un passif qui compromet sa valeur ou alors que le bien ne présente aucune valeur. Dans le cas de l'apport temporaire, à l'expiration du délai prévu, il ne présente plus aucune valeur pour la société. Ainsi, « Le capital social somme des apports à la constitution, se moque éperdument de la substance de ces derniers. Il n'a égard qu'à sa valeur »¹⁷⁹.

79. Il est important de noter que la particularité des apports temporaires réside dans le fait que l'apporteur en jouissance a le pouvoir de fixer le délai de son choix. Cette liberté peut être la voie ouverte à des montages juridiques permettant de fixer un capital social dérisoire ou simplement artificiel. Objecti-

¹⁷⁶Art. 47 AUDSCGIE

¹⁷⁷Loi n°85-697 du 11 juill. 1985 relatives à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ou la loi n°62-917 du 8 août 1982 relative aux G.A.C.E dans son article 3.

¹⁷⁸M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, préc., note 91, n° 153.

¹⁷⁹H. NABASQUE, préc., note 178 à la page 111.

vement, si l'apport est fait pour une durée moins longue que la durée de la société, il est probable qu'à l'expiration du délai, le chiffre du capital social affiché sur les documents de la société ne reflétera plus réellement ce qui existe dans le patrimoine du débiteur. Ce qui est un danger pour ceux qui contractent avec la société sur la foi de son capital social. Pour cette raison ne faudrait-il pas calquer la durée de la jouissance du bien apporté sur la durée de la société ? Au moins, le capital remplirait sa fonction d'information des tiers. En principe comme toutes personnes physiques, la société naît, vit et meurt. Mais à la différence de la personne physique, la date de la mort de la société est prévue et connue des associés. Alors, il est possible de fixer la durée de l'apport en jouissance sur celle de la société. De plus, comme il est possible de proroger la durée de la société, encore faut-il exiger la prorogation des apports temporaires. La protection des créanciers chirographaires pourrait alors légitimer l'obligation de faire correspondre la durée des apports temporaires sur celle la société. Autrement dit, il aurait été judicieux de calquer la date d'expiration de l'apport en jouissance sur celle de la société. Toutefois, le fonctionnement de la société n'est pas un long fleuve tranquille, il y a toujours des périodes de turbulences qui peuvent se solder par des pertes. Le constat des pertes n'entraîne pas forcément la modification du capital social.

2 : un montant de capital social susceptible de dissimuler les pertes de la société

80. Il faut qu'au chiffre annoncé au passif correspondent des biens d'un montant au moins égal¹⁸⁰. De ce fait, lorsque le montant de l'actif ne correspond plus au capital social à cause des pertes constatées dans la société, les associés sont tenus de reconstituer l'actif social. Mais cette obligation de reconstitution est soumise à des conditions et à une procédure qui favorisent le déséquilibre entre le montant du capital social et la situation réelle du débiteur. Ainsi, aux termes des articles L.225-248, L.223-42 du Code de Commerce et 664 et 665 de l'AUDCGIE, une obligation de reconstitution du capital social est exigée en cas de perte d'au moins de la moitié du capital social. Il est certain que l'obligation de reconstitution des capitaux propres contribue à la préservation du gage des créanciers chirographaires. Sauf que la procédure aboutissant à

¹⁸⁰H. Foucault, préc., note 31, p. 217.

cette reconstitution est assez longue et pendant toute cette période, le capital social peut induire les créanciers chirographaires en erreur.

81. À y regarder de plus près, la reconstitution des fonds propres n'est obligatoire que lorsque les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social. Donc, malgré le constat des pertes, tant qu'elles n'atteignent pas la moitié du capital social, la reconstitution reste libre. En attendant que la perte atteigne la moitié du capital social, le déséquilibre existe entre le capital social et la situation réelle de la société. En outre, même si les pertes atteignent la moitié du capital social, la reconstitution des fonds propres de la société est soumise à une procédure longue. En réalité, la constatation des pertes se fait à la clôture de l'exercice comptable, lequel correspond en principe à une période de 12 mois. Quelle que soit la forme de la société, les comptes doivent être approuvés par les associés lors de l'assemblée générale ordinaire qui se tient à la clôture de chaque exercice pour statuer sur les comptes annuels¹⁸¹. C'est lors de la tenue de cette assemblée que les associés approuvent les pertes constatées dans les comptes de la société et déclenchent la procédure de reconstitution. Après, les associés disposent d'un délai de 4 mois pour se prononcer sur la dissolution ou non de la société. Par exemple, pour l'exercice 2016, il est peu probable que les pertes soient constatées au 1^{er} janvier 2017, car l'assemblée générale d'approbation des comptes est tenue dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice de constater les pertes¹⁸². Or, si la clôture de l'exercice est au 31 décembre 2016, l'assemblée générale ne peut raisonnablement se tenir au 1^{er} janvier de l'année 2017. Il faut noter que c'est à partir de cette assemblée générale que les associés disposent d'un délai de 4 mois pour se prononcer sur la dissolution de la société ou la reconstitution des fonds propres. Il peut donc s'écouler une dizaine de mois entre la fin de l'exercice et le délai pour se prononcer sur la dissolution ou la reconstitution des fonds propres de la société. Ainsi comme le fait si bien remarquer le Professeur T. MASSARD, la constatation des pertes a lieu très tardivement¹⁸³. Finalement, même si la dissolution est évitée, ce n'est pas une grande nouvelle pour les créanciers chirographaires ; car, le délai imparti aux associés pour re-

¹⁸¹ Article L.225-100 du Code de commerce et article 548 AUDCGIE

¹⁸² Article 223-26 du Code de commerce et article 288 AUDCGIE

¹⁸³ T. MASSARD, préc., note 94, 2.

constituer les capitaux propres à concurrence des pertes n'est pas des moindres. Il est simplement précisé que les associés doivent reconstituer les capitaux à hauteur d'au moins la moitié du capital avant la clôture du deuxième exercice suivant celui au cours duquel les pertes ont été constatées. Il est clair qu'un exercice dure 12 mois, donc, il faudrait attendre au moins 24 mois pour que les capitaux propres puissent être reconstitués. Ainsi, « plusieurs années peuvent donc s'écouler avant l'effectivité de la recapitalisation, la société ayant largement le temps de déposer le bilan »¹⁸⁴. En fait, à partir du moment du constat des pertes jusqu'à la reconstitution, la situation de la société peut s'aggraver. Mais si l'on s'en tient seulement au chiffre du capital social, l'entreprise va bien alors même qu'elle est en train de tendre vers un dépôt de bilan imminent. Au final, même lorsque la procédure de reconstitution aboutit, les associés ne sont tenus de reconstituer qu'à concurrence de la moitié du capital social. Ce qui revient à dire que la reconstitution ne se fait pas à hauteur des pertes subies mais l'obligation de reconstitution est limitée à la moitié du capital social. Donc, même si les pertes ont dépassé la moitié du capital social, les associés peuvent décider de combler à hauteur de la moitié du capital et laisser perdurer les pertes au sein de la société en attendant qu'elles atteignent encore la moitié du capital social. Ces différentes situations de déséquilibre entre les fonds propres et le capital social démontrent que le montant du capital social affiché sur les papiers et les documents administratifs de la société n'est pas un indicateur fiable de solidité de la société. Tout au contraire, il cache parfois des pertes susceptibles de conduire la société à un dépôt de bilan. C'est pour cette raison qu'en faisant confiance sur la base du capital social, les créanciers chirographaires courent un risque énorme, celui de faire crédit à une entreprise déjà affaiblie. Le capital social n'est donc pas un indicateur fiable de la solvabilité du débiteur. Les créanciers chirographaires ne devraient pas se limiter au chiffre du capital social pour juger de la solvabilité du débiteur. C'est dire que l'évolution du monde des affaires tend à faire du capital social non plus le gage des créanciers, mais plus « une vitrine de la société pour les tiers »¹⁸⁵. Alors, ce

¹⁸⁴G. SERRA, « Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1er août 2003. Chronique d'une mort annoncée ? », *Bull. Joly Sociétés* 2004.7.915-932, 920.

¹⁸⁵P. Etain, préc., note 111.

n'est pas le capital qui, la plupart du temps garantit la solvabilité, puisqu'il ne représente la richesse de la société qu'au moment où il est libéré¹⁸⁶. Il faut noter que même si la reconstitution du capital social est louable, tendant à préserver les ressources de la société, elle est le plus souvent très difficile à réaliser en raison de la situation précaire de l'exploitation¹⁸⁷. De même, les associés ne sont pas tenus d'accepter la reconstitution du capital social, car il s'agirait d'une augmentation de leurs engagements prohibés par la loi¹⁸⁸. Au pire des cas et à défaut de ne pouvoir reconstituer le capital social, les associés peuvent opter pour la transformation de la société en un autre type social qui, ne comporte pas l'exigence d'un capital minimum. Au final, le capital social qui ne livre pas le montant des pertes subi par la société au cours de son fonctionnement n'est pas une garantie pour les créanciers chirographaires. Comme le fait si bien remarquer S. DIOMANDE : « Le délai de grâce pour permettre aux associés de reconstituer le capital social n'aura finalement servi qu'à retarder la dissolution de la société et contribuer à aggraver la situation précaire des créanciers avec notamment un alourdissement du passif social ». Pareillement, malgré la perte du pouvoir d'achat liée à l'inflation monétaire, le chiffre du capital reste intact.

B : la résistance du montant du capital social à l'inflation monétaire

82. Si le capital social représente la valeur des apports, en revanche, ils sont enregistrés pour leur valeur d'origine à savoir la valeur au moment de leur comptabilisation. Cependant, ils ne sont pas à l'abri de l'inflation monétaire.

83. L'inflation est le processus de hausse, pendant une certaine période de temps, du niveau général des prix des biens et services offerts sur le marché, avec comme corollaire la diminution progressive du pouvoir d'achat de l'unité monétaire¹⁸⁹. La valeur du capital social est exprimée en franc CFA ou en euros. C'est pourquoi, si sur le plan du nominalisme un euro vaut toujours un eu-

¹⁸⁶P. LE CANNU, préc., note 96.

¹⁸⁷S. DIOMANDE, préc., note 99, n° 376.

¹⁸⁸CA Grenoble, 6 février 1997 : Juris-Data n°1997-041798 : Cass. Com., 19 octobre 1999 : Juris°Data n°199-003610 ; revue des sociétés 2000, p.94, note L. GODON.

¹⁸⁹Ordre des EXPERTS-COMPTABLES ET DES COMPTABLES AGREES, *L'inflation et l'entreprise*, coll. OECCA, 1976, p. 5.

ro ou un franc CFA vaut toujours un franc CFA, ce n'est pas le cas du pouvoir d'achat qui subit des changements constants.

84. L'expression de la valeur du capital social en euro ou en franc CFA n'est pas à l'abri de l'inflation monétaire en cours de vie sociale. Bien que le chiffre du capital social demeure permanent, les apports qu'il représente ne conservent pas leur valeur d'origine. À cause de la baisse du pouvoir d'achat¹⁹⁰, les biens perdent leur valeur d'origine pour s'adapter à la réalité économique. La perte du pouvoir d'achat entraîne une diminution de la valeur du bien. Lorsque la valeur de l'actif devient inférieure à sa valeur d'origine, le capital social reste intact. Ainsi, malgré l'évaporation d'actif net¹⁹¹ due à l'inflation de la monnaie, le capital social continue à refléter la valeur d'origine des apports initiaux. La perte du pouvoir d'achat qui n'est pas référencée au capital social peut induire le créancier en erreur. L'information ainsi relayée par le capital social est falsifiée¹⁹², c'est-à-dire que la valeur statutaire du capital social déterminée ne correspond plus à la réalité en termes de pouvoir d'achat. Si l'actif s'évapore avec le temps, le capital social devrait en principe s'adapter à la réalité économique. Malheureusement, ce n'est pas le cas. En période d'érosion monétaire, la garantie qu'il donne aux tiers se rétrécit, comme peau de chagrin, au fur et à mesure de la dépréciation¹⁹³.

85. La dégradation de la monnaie étant une réalité¹⁹⁴, les créanciers chirographaires risquent de se figer sur un capital social qui en réalité ne reflète pas la situation économique de la société. En effet, l'amoindrissement de l'actif au gré des fluctuations monétaires pourrait justifier la réactualisation du chiffre du capital. D'où l'intérêt d'une réactualisation constante du chiffre du capital social pour une meilleure information des créanciers chirographaires.

86. En revanche, la revalorisation du capital social a parfois été observée en droit OHADA et français. Ainsi, par exemple, le capital social des SARL est passé de 500 000 à 1 000 000 francs CFA en droit OHADA. En droit français,

¹⁹⁰Il faut souligner que l'usure normale du bien contribue aussi à la perte de sa valeur d'origine.

¹⁹¹A. PLAS, « Le capital social et l'érosion monétaire », *Gaz. Pal.* 1977.2.356.

¹⁹²S. DANA-DEMARET, préc., note 97, p. 267.

¹⁹³R. SAVATIER, « Le droit comptable au service de l'Homme », *D.* 2005.338, 338, cité par S. DANA-DEMARET, préc., note 130, n° 258.

¹⁹⁴M. VASSEUR, « Le droit des clauses monétaires et les enseignements de l'économie politique », *RTD Civ.* 1952.431.

il est passé de 20 000 à 50 000 francs pour les sociétés anonymes. Mais, depuis le 1^{er} janvier 2002 ce chiffre a été converti à 75 000€ par l'ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000 portant adaptation des valeurs en euros¹⁹⁵. Il est tout de même regrettable de remarquer que ces cas de revalorisation ne sont qu'exceptionnels, les associés ne sont pas tenus de revaloriser le capital social en cas d'inflation monétaire. Ce qui nous amène à dire que l'information (parfois biaisée) relayée par le capital social peut être une source de danger pour le créancier chirographaire.

87. Précisons que le montant du capital ne rend pas toujours compte de la situation exacte du débiteur, raison pour laquelle il n'est pas un gage de solvabilité ou de solidité de la société.

¹⁹⁵ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ, 2015, n° 1279.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

88. Nous constatons que le capital social n'est pas une garantie efficace pour les créanciers chirographaires, tant sur le plan théorique que pratique.

89. Nous avons démontré que le capital social représente la valeur des apports des associés. En tant que tel, il ne peut faire l'objet de saisie. En réalité la saisie s'effectue sur le bien. En outre, la valeur apportée en capital représente la dette de la société envers ses associés. De ce fait en qualité de dette, il ne peut servir de garantie pour qui que ce soit. Pareillement son caractère insaisissable rend inapte la fonction de garantie des créanciers sociaux. En outre, sur le plan législatif, le capital social minimum a purement et simplement été supprimé dans les sociétés à responsabilité limitée et dans les sociétés par actions simplifiées rendant ainsi inefficace la fonction de garantie dans ces sociétés.

90. Il sied de relever que le chiffre du capital social mentionné sur les documents de la société à destination du public a pour but d'informer les créanciers sociaux sur la consistance des apports des associés. Pour cela, au chiffre du capital devront correspondre des apports équivalents. Mais en réalité tel n'est pas toujours le cas. On se rend compte qu'un capital social peut parfois dissimuler des pertes ou des apports n'ayant plus de valeur. De ce fait, le renseignement donné par le chiffre du capital social peut tromper les créanciers chirographaires. Finalement, ce qui est important pour les créanciers chirographaires ce n'est pas le chiffre du capital mais la consistance des biens de la société, car c'est sur ces biens que le créancier pourra exercer son droit de saisie. Ainsi, le capital social n'est qu'une garantie illusoire parce qu'elle ne représente en réalité qu'une valeur abstraite sur lequel ne peut reposer aucune garantie effective. Eu égard à ce qui précède, « le capital social ne peut pas conférer aux créanciers la sécurité nécessaire à la vie des affaires »¹⁹⁶. Ce qui est essentiel pour le créancier chirographaire, c'est plus de connaître la valeur exacte des biens se trouvant à l'actif de la société car c'est sur eux que repose leur véritable garantie. Au final, plus que le capital social, l'actif social est le véritable gage des créanciers chirographaires. Mais est-il suffisant pour le désintéressement de ces

¹⁹⁶S. DIOMANDE, préc., note 99, n° 379.

derniers.

CHAPITRE II : L'ACTIF SOCIAL, GAGE DES CREANCIERS CHIROGRAPHAIRES

91. Comme toute personne, la société immatriculée est titulaire d'un patrimoine. Ce dernier pris dans sa globalité est composé d'un actif répondant de son passif. Ainsi, toute société qui contracte une dette doit répondre de ses engagements sur l'ensemble de son actif social. Ce dernier représente donc le gage général des créanciers de l'article 2284 du Code civil « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ». L'affectation de tous les biens du débiteur au désintéressement de ses créanciers est la manifestation d'une évolution du droit. En effet, à une certaine époque, le débiteur répondait de ses dettes sur sa personne. C'est-à-dire que le fameux principe « qui s'oblige, oblige le sien »¹⁹⁷ de l'ancien droit a disparu laissant place à la formule : « qui s'oblige, oblige ses biens ».

92. De ce fait, l'actif social représente l'ensemble des biens de la société que les créanciers chirographaires peuvent saisir et vendre pour se faire payer en cas d'insolvabilité de leur débiteur. En tant que tel, il représente le gage des créanciers sociaux¹⁹⁸. Alors, c'est la consistance de l'actif social qui est la mesure par excellence de la solvabilité ou la solidité d'une société. Comme le disent certains auteurs¹⁹⁹, l'actif social plus que le capital social est le véritable gage des créanciers sociaux. Néanmoins, l'actif social ne représente l'ensemble des biens et des droits saisissables composant le patrimoine d'une société qu'à un instant donné²⁰⁰. Il peut donc s'avérer insuffisant au moment où le créancier chirographaire exerce son droit de saisie. Cette insuffisance de l'actif social peut compromettre le paiement des créanciers chirographaires.

¹⁹⁷C. WITZ, « article 2284 et 2285 : droit de gage général », *Fasc Unique Juris Classeur* 2016.Fasc 3-30.

¹⁹⁸B. BRIGNON, *L'actif social : plaidoyer pour la reconnaissance de la notion*, Aix Marseille III, université Paul Cézanne, 2009, n° 374.

¹⁹⁹T. MASSARD, préc., note 94 ; D. POHE, « La distinction des risques limités et sociétés à risque illimité à l'épreuve des récentes réformes de la SARL », *LPA* 2007.110.3.

²⁰⁰B. BRIGNON, préc., note 201, n° 17.

93. Ainsi, l'analyse des facteurs d'insuffisance de l'actif social comme gage des créanciers chirographaires (Section I) nous amène à penser que la fonction de garantie de l'actif social ne doit pas être exagérée. D'où la nécessité d'éviter sa diminution dans l'intérêt des créanciers chirographaires (Section II).

SECTION I : LES FACTEURS D'INSUFFISANCE DE L'ACTIF SOCIAL COMME GAGE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES

94. L'actif social est le gage des créanciers chirographaires. Mais il n'est pas toujours suffisant. Les facteurs d'insuffisances de l'actif social comme gage des créanciers chirographaires peuvent être d'origine interne (§I) ou externe (§II).

§I : LES FACTEURS INTERNES

95. L'actif social n'est pas stocké quelque part pour servir de garantie aux créanciers chirographaires. Au contraire, il est utilisé pour payer les frais de constitution de la société notamment les frais de publicité, d'enregistrement, (A). De plus, l'exercice des prérogatives exorbitantes du droit de propriété du débiteur sur l'actif social peut contribuer à la diminution de sa consistance. (B).

A : l'obligation de payer les frais de constitution de la société

96. Dès le début du fonctionnement de la société, l'actif social est utilisé pour le paiement de ses frais de constitution. L'accomplissement de certains actes reste nécessaire à la constitution de la société²⁰¹. Dès le début de son fonctionnement, ces actes peuvent être repris par la société en droit OHADA comme en droit français. Il s'agit par exemple, de l'achat d'un fonds artisanal de serrurerie²⁰², du paiement des frais et honoraires de conseil, du coût des formalités de publicité²⁰³ ou encore d'un prêt bancaire assez considérable

²⁰¹On compte parmi les frais de constitution de la société : les honoraires de rédaction des statuts ou les frais de leur authentification ; les frais de nomination des commissaires aux apports en cas d'apport en nature ; les frais de publicité légale. En plus de ces frais, il y a les frais d'enregistrement de l'acte de la société. Par ailleurs, il faudra imprimer les papiers commerciaux, ouvrir les livres sociaux et procéder à l'ouverture de comptes bancaire. Ces frais sont remboursés par la société.

²⁰²Cass. Com., 9 oct. 2001, n°1653 F-D, note M. MENJUCQ ; BJS 2002, § 14, p.71.

²⁰³Cass. Com., 13 juil. 2010, n°09-68.142, RJDA 11/2010, n°75.

comme en témoigne une très intéressante décision de la Cour de cassation en date du 26 avril 2000²⁰⁴ rendue à propos de la reprise d'un prêt bancaire par une société en formation. En l'espèce, la banque hypothécaire européenne avait consenti à la société Inho, en cours de formation un prêt d'un montant de 1 113 000 F dont le remboursement était garanti par l'engagement de la caution solidaire de M. et M^{me} THELLIER. La banque créancière confrontée à la défaillance de la société Inho avait assigné les époux THELLIER en paiement de la créance et en validation de la saisie-arrêt. Pour condamner les cautions au paiement, l'arrêt retient, pour établir la régularité de l'engagement de la société Inho qu'ayant postérieurement à son accession à la personnalité morale, pris à son propre compte et exécuté elle-même les engagements souscrits par l'un de ses associés, en percevant les fonds, en remboursant les premières échéances et en approuvant les contrats sociaux du premier exercice, la société manifestait ainsi que l'obligation qui en découlait avait été contractée en son nom et dans son seul intérêt. Les actes et contrats conclus dès lors qu'ils ne sont entachés d'aucune irrégularité sont repris par la société dès son immatriculation. Ainsi, la reprise des engagements de la société en formation prévue aux articles 1843 du Code civil et L.210-6 du Code de commerce et 106 de l'AUDCGIE contribue à la diminution de la consistance de l'actif social gage des créanciers chirographaires. Le paiement des dettes découlant des actes ou contrats souscrits avant l'immatriculation de la société est ainsi prélevé sur l'actif social, gage des créanciers chirographaires. Le risque de diminution de l'actif social est d'autant plus grand parce que le créancier chirographaire ne peut pas s'y opposer à moins de prouver la fraude de son débiteur.

97. On constate donc que l'actif social peut être utilisé dès l'immatriculation de la société soit pour payer les frais de constitution de la société, soit pour payer les frais nécessaires au décollage de l'activité, soit pour payer les charges inhérentes à son bon fonctionnement notamment le loyer, les factures de téléphone, d'électricité, de chauffage voire payer les dirigeants, ce qui revient à dire que l'actif social n'est pas figé. Au final, l'actif social peut être vidé de sa consistance dès la constitution de la société En plus du paiement de ces frais, l'actif social peut être amoindri par les pouvoirs exorbitants du dirigeant.

²⁰⁴Cass. 1^{er} Civ., 26 avr. 2010 : LPA 20 févr. 2001, note M. BRUGGEMAN.

B : les pouvoirs exorbitants du dirigeant tendant à diminuer l'actif social

98. En premier lieu, la fonction de garantie qu'offre l'actif social n'est effective que si sa consistance est préservée en cours de vie sociale. Néanmoins, les pouvoirs reconnus au débiteur sur l'actif social sont tels que leur utilisation peut contribuer à la diminution de l'actif social.

99. Concernant le pouvoir d'aliénation du débiteur, de manière générale, la jurisprudence française considère que l'aliénation de l'actif est conditionnée par le respect de l'objet social. De ce fait, le dirigeant qui est habilité à faire tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société²⁰⁵ a le pouvoir d'engager la société par les actes entrant dans l'objet social²⁰⁶. Dès lors que l'objet social²⁰⁷ est respecté, le pouvoir de cession ou d'aliénation peut porter sur une partie de l'actif. Du moment où une partie de l'actif social est aliénée, les créanciers chirographaires perdent automatiquement le droit de poursuite sur ces biens. En effet, n'ayant ni droit de suite ni droit de préférence sur un bien spécifique du débiteur, les créanciers ne peuvent poursuivre les biens sortis légalement du patrimoine du débiteur. Ainsi, les biens de la société notamment l'immeuble qui l'abrite ou le fonds de commerce ou encore certains meubles nécessaires à l'exploitation qui constituent l'actif social peuvent être aliénés.

100. Toutefois, la question de l'aliénation totale de l'actif social ou de sa cession globale a fait l'objet de beaucoup de débats. En effet, la question était de savoir si un débiteur pouvait aliéner ou céder tous les éléments ou l'élément unique composant l'actif social gage des créanciers chirographaires ? Il ressort de la jurisprudence française qu'à partir du moment où la cession globale est validée par l'assemblée générale extraordinaire, la cession de l'unique actif social du débiteur reste valable. Il résulte que la jurisprudence française refuse de considérer que la cession de la totalité de l'actif social entraîne la dissolution de la société²⁰⁸. En l'espèce, trois associés de la société anonyme « Crystal finance » créent une société civile « Crystal holding » par apport d'actions. Cette dernière a pour objet statutaire « l'acquisition, la gestion et l'administration de titres de sociétés ». Quelque temps après, une mésentente apparaît entre les

²⁰⁵ Article 328 AUDSGIE

²⁰⁶ Article 277-1 AUDSGIE

²⁰⁷ E. MOUIAL BASSILANA, « Objet social », *EJS* 2015.

²⁰⁸ Cass. Com., 7 octobre 2008, n°07-18635, Société civile Crystal Holding c/Y.

trois associés. Pour cela, les associés de la société Crystal holding décident d'autoriser la gérance à procéder à la cession des actions de la société Crystal finance. Une délibération de l'assemblée générale autorise la cession. Mais un des associés demande l'annulation de la délibération parce que l'autorisation de la cession avait pour effet de priver la société de son objet. Pour accueillir cette demande, la cour de Montpellier estima que les actions de la société Crystal finance constituaient le seul actif de la société Crystal holding, que leur cession équivalait à la dissolution de cette société et qu'une telle décision ne pouvait, au terme des statuts, être prise qu'en assemblée générale extraordinaire et par des associés représentant au moins les trois quarts du capital social²⁰⁹. À la lecture de cette décision, l'aliénation des biens sociaux constituant l'unique actif de la société ressort des pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire. A contrario, cette cession n'est pas interdite dès lors que les formalités requises sont respectées.

101. Quelques années auparavant, dans des affaires similaires, les juges avaient adopté la même attitude. C'est ce qu'avait estimé le tribunal de Paris, dans un jugement de 1989 à propos d'une convention de transfert à un tiers de la quasi-totalité du fonds de commerce d'une société anonyme décidé par le seul conseil d'administration²¹⁰. En outre, les hauts magistrats de la Cour de cassation dans une décision rendue en 1997 confirment que seule l'assemblée générale extraordinaire est compétente en matière de cession globale de l'actif social²¹¹. En nous limitant seulement à ces trois décisions, on se rend compte que, ce n'est pas la cession globale ou pas de l'actif social qui compte. Ce qui est important, c'est l'organe compétent pour accorder cette cession d'actif. Du moment où le respect de cette condition est acquis, une société peut, si elle le désire, vider son actif en aliénant les biens qui s'y trouvent. Or, l'assiette du gage des créanciers chirographaires demeure l'actif disponible dans le patrimoine de la société. L'aliénation partielle ou totale de cet actif prive les créan-

²⁰⁹D. BUREAU, « Appréciation de la poursuite de l'objet social et la preuve de la fraude après cession d'action constituant le seul actif d'une société holding », *BJS* 2009.1.44.

²¹⁰T. com. Paris, 2 mai 1989, *JCP G.* 1990, II, 21575, note M. MARTEAU-PETIT

²¹¹Cass. 24 juin 1997, *Bull. civ. IV*, n°206, *Bull. Joly* 1997, P. 875, note J-J. DAIGRE; Defrénois 1997, P. 1282, obs. H. HOVASSE.

ciers chirographaires d'une partie de leur gage, voire de sa totalité, en cas d'accord de l'assemblée générale extraordinaire pour une cession globale.

102. Comme le fait remarquer un auteur²¹² : « L'objet statutaire n'est pas toujours en adéquation avec l'objet effectif que poursuit au quotidien la société ». En effet, l'objet social est librement déterminé dans les statuts par les associés. Les associés peuvent avoir, lors de la rédaction des statuts, déterminés un objet social assez large leur permettant d'aliéner n'importe quel bien de la société²¹³. Ce dernier étant largement défini dans les statuts, le pouvoir d'aliénation des dirigeants devient par la même occasion élargi. De ce fait, les biens contenus dans l'actif social peuvent facilement sortir du patrimoine du débiteur.

103. En élargissant l'objet social, l'aliénation des biens devient plus facile au détriment des créanciers car le bien qui quitte le patrimoine du débiteur ne peut plus être appréhendé par ces derniers. La facilité avec laquelle un dirigeant sera amené à aliéner un bien, cumulé à la possibilité pour l'assemblée générale extraordinaire de pouvoir autoriser l'aliénation des biens dépassant l'objet social, fait peser sur l'actif social, seul gage des créanciers chirographaires, une insécurité permanente voire un danger permanent. Afin de pallier ce danger constant, il serait judicieux que la cession partielle ou totale de l'actif tienne compte aussi des intérêts des créanciers sociaux. Toutefois, il est à noter que l'actif social n'est pas à l'abri d'un risque d'abus ou de détournement.

104. En plus du pouvoir d'aliéner, le débiteur peut grever l'actif social de sûreté. En réalité, « Emprunter est un besoin permanent des sociétés et suppose que l'on accepte de donner des garanties »²¹⁴. Dans les sociétés, surtout celles à risque limité, l'actif social est la seule garantie que peut offrir le débiteur à ses créanciers. Le besoin de crédit étant permanent dans les sociétés, l'actif social est le réceptacle des garanties offertes aux créanciers. En effet, le dirigeant social a le pouvoir de consentir des sûretés réelles ou personnelles portant sur les biens de la société tant qu'il respecte l'objet social. Dès lors que la garantie porte sur l'unique bien de la société, le dirigeant est tenu de demander au préalable l'autorisation de l'assemblée générale extraordinaire statuant à la majori-

²¹²B. BRIGNON, préc., note 201, n° 451.

²¹³F. KUASSI DECKON, « Les pouvoirs du dirigeant de la société commerciale en droit uniforme OHADA », *RS* 2013.467.

²¹⁴P. DIDIER, « Le capital social et la protection des créanciers sociaux », dans *Le code de commerce 1807-2007: livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 199.

té. Le contenu de l'actif social sur lequel porte la sûreté n'est important que lorsque l'autorisation de l'assemblée générale extraordinaire est requise. Concrètement, lorsque cette formalité est respectée, le dirigeant peut directement ou indirectement consentir des sûretés grevant la totalité de l'actif social. Le créancier ainsi titulaire d'un droit réel sur un bien précis composant l'actif du débiteur, détient un droit spécifique sur ledit bien limitant ainsi le droit de saisie des créanciers chirographaires. En fait, grever un bien d'une sûreté réelle, c'est créer sur ce bien un droit réel de garantie²¹⁵.

105. Par ailleurs, le dirigeant est libre de consentir autant de sûretés ou de privilèges sur l'actif social. Il n'y a pas de limite, car la loi permet d'offrir en garantie l'unique fonds de commerce de la société ou l'unique immeuble d'une société civile immobilière. C'est ce qui ressort d'une décision de la Cour de cassation du 10 février 2015²¹⁶. En l'espèce, les sociétés commerciales d'un groupe faisaient l'objet d'une procédure de sauvegarde dans le cadre de laquelle un protocole avait été conclu entre ces sociétés et un partenaire. Ce protocole prévoyait l'octroi par la société de personnes SCI d'une garantie à première demande, doublé d'une inscription hypothécaire sur son seul actif, en vue de garantir le remboursement des sommes avancées par le partenaire. Après la liquidation de la société, les associés tentèrent de faire annuler cette sûreté réelle à première demande en faisant valoir la contrariété à l'intérêt social d'une sûreté qui engageait l'entier patrimoine de cette société et qui était de nature à compromettre son existence. Mais la cour d'appel refusa d'annuler la sûreté au motif qu'elle était conforme à l'intérêt social. Cette solution sera confirmée par la chambre commerciale de la Cour de cassation. En effet, l'octroi de la garantie par la SCI conditionnait la conclusion d'un accord qui s'inscrivait dans le processus de sauvegarde des sociétés commerciales du groupe. De ce fait en l'absence de la garantie octroyée, la procédure de sauvegarde aurait été vouée à l'échec. Justifiée par l'intérêt du groupe et partant de la SCI elle-même, cette sûreté était donc conforme à l'intérêt social. Il résulte que l'inscription d'une sûreté hypothécaire qui engagerait le seul actif immobilier d'une société en vue de garantir le remboursement d'une dette n'est pas inter-

²¹⁵M. MIGNOT, « La consécration de l'hypothèque judiciaire sans la saisissabilité », *Gaz. Pal.* 2014.298.10.

²¹⁶Cass. Com. 10 février 2015, n°14-11760 SCI somopi F-D

dite si elle est conforme à l'intérêt social²¹⁷. On observe que si l'actif social peut être l'objet d'une sûreté, le fait de grever la totalité de l'actif social de sûreté prive le créancier chirographaire de son gage. Ainsi, les créanciers chirographaires ont de fortes chances de se retrouver face à un actif complètement hypothéqué par les sûretés. De ce fait, comment imaginer le paiement des créanciers chirographaires lorsque celui-ci est privé du droit d'exercer son droit sur une partie de l'actif social voire sur l'intégralité de l'actif social. Ce dernier est presque dépecé par le droit réel que détiennent certains créanciers. En privant ainsi le créancier chirographaire d'une partie de l'actif social, ses chances de paiement ne peuvent qu'être amoindries. Sans actif social suffisant, les chances de paiements des créanciers chirographaires se trouvent amoindries, voire illusoire. Toutefois, la non-limitation du nombre de sûretés ou de privilèges qu'un débiteur peut concéder à ses créanciers fait planer sur le créancier chirographaire un risque de perte de son droit de poursuite. Or, rien n'empêche le débiteur de grever tout son patrimoine de sûreté ou encore de grever le seul bien constituant l'actif social d'une sûreté.

106. Même si la sûreté est consentie sur une partie de l'actif, il n'en demeure pas moins que lorsque le créancier gagiste n'est pas complètement désintéressé par le bien qu'il avait en garantie, il rentre en concours avec les créanciers chirographaires sur le reste de l'actif disponible. L'actif social étant déjà dépecé, voire dans certains cas absorbés par les sûretés, que reste-t-il de l'actif social gage des créanciers chirographaires ? Par ailleurs, la consécration dans le code civil des garanties autonomes, des lettres d'intention et des gages sur stock risque de fragiliser l'actif social²¹⁸. On observe donc que l'actif social grevé, hypothéqué ou nanti représente en réalité une valeur capitale de l'actif social. Le besoin permanent de crédit au sein de la société est comme une épée de Damoclès suspendue au-dessus de la tête des créanciers chirographaires. L'actif social n'offre que peu de sécurité aux créanciers chirographaires surtout lorsqu'on sait qu'il est difficile de maintenir sa consistance.

²¹⁷F. DANOS, « Sûreté pour autrui et intérêt social », *BJS* 2015.5.234; M. CAFFIN-MOI, « Sûreté consentie par une société civil et intérêt social : la troisième chambre civile s'aligne », *EDCO* 2012.10.4.

²¹⁸B. BRIGNON, préc., note 201, n° 456.

107. En outre, les biens qui représentent pour la société une valeur importante peuvent parfois faire l'objet de traitement particulier. Les biens immobiliers en tant qu'ils font partie des valeurs importantes de la société représentent une valeur qu'il convient de protéger. Pour cela, les acteurs économiques usent de multiples stratégies pour les soustraire au gage des créanciers chirographaires.

108. Au premier plan de ces stratégies, il y a la possibilité offerte par le droit des sociétés à toute personne propriétaire d'un immeuble, de décider de faire sortir de son patrimoine son bien et de le loger dans une société parallèle. Les cas des SCI (Société civile immobilière) et des sociétés civiles de portefeuille en sont une parfaite illustration. La SCI étant la forme la plus courante, elle représente tout de même 30% du total des sociétés en France²¹⁹. Comme le dit un auteur²²⁰ dans le monde des affaires, « on n'aime pas mélanger l'immobilier et l'investissement d'exploitation ». Toutefois, la SCI est une société de droit commun ayant pour objet d'organiser et de structurer un patrimoine immobilier²²¹. En tant qu'instrument d'organisation du patrimoine, la création d'une SCI permet de faire sortir un bien de son patrimoine. On sait que le créancier chirographaire n'est pas titulaire d'un droit de suite lui permettant de saisir les biens sortis du patrimoine de son débiteur. Concrètement, les biens immeubles du débiteur apportés à une SCI sortent de son patrimoine et de ce fait ne peuvent pas faire l'objet d'une saisie par un créancier chirographaire. En offrant aux débiteurs cette technique de gestion du patrimoine, le droit des sociétés donne des armes à certains débiteurs aux abois pour organiser leur insolvabilité en camouflant des immeubles dont ils sont propriétaires au sein des sociétés civiles immobilières²²² et de ce fait restreindre le droit de gage des créanciers chirographaires en modulant leur droit de gage général²²³. La séparation du patrimoine peut alors être une bonne technique de soustraction des biens immeubles au gage des créanciers chirographaires. À moins que le créancier chirographaire démontre la fictivité de la société civile immobilière, il est con-

²¹⁹M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, préc., note 91, p. 634.

²²⁰Id., p. 94.

²²¹M. STOCRCK, S. FAGOT et T. DE RAVEL D'ESCLAPON, *Les sociétés civiles immobilières*, Les intégrales, coll. LGDJ, 2016, p. 9.

²²²M. COZIAN, « Le charme des sociétés civiles immobilières : charme intact ou charme fané », *RJ com* 2004.64.

²²³M. MEKKI, « Le patrimoine aujourd'hui », *JCP N* 2011.51-52.37.

traint à la contemplation de l'actif immobilier soustrait à son droit de poursuite²²⁴. On comprend que les créanciers chirographaires ne peuvent saisir le bien ainsi sorti du patrimoine de leur débiteur. La technique de la division du patrimoine permet alors de camoufler une partie de l'actif du débiteur.

109. Au deuxième plan des stratégies, il y a la technique de la fiducie. La fiducie est un mécanisme juridique permettant de transférer un bien dans un autre patrimoine. Créé par la loi française n°207-211 du 19 février 2007, la fiducie est un mécanisme de transfert de propriété dans un but déterminé. L'article 2011 du Code civil français définit la fiducie comme une opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou de plusieurs bénéficiaires. Ainsi, la fiducie permet de faire sortir d'un patrimoine des biens ou droits et de le confier à un tiers. Il s'agit donc d'isoler des actifs et de les placer en corrélation avec un passif déterminé²²⁵.

110. Au demeurant, introduite en droit OHADA par la réforme de décembre 2010, la fiducie a un objet plus limité. En effet, son objet se limite seulement au transfert de somme d'argent sous forme de garantie. Conformément à l'article 87 alinéa 1 AUS, le transfert fiduciaire d'une somme d'argent est la convention par laquelle un constituant cède des fonds en garantie à l'exécution d'une obligation. Cependant, que ce soit en droit OHADA ou français, les biens, droits ou sommes transférés n'entrent pas dans le patrimoine du fiduciaire, ils opèrent en réalité un véritable patrimoine d'affectation dans lequel seront logés tous les biens, droits ou sommes affectés. Le fiduciaire devient propriétaire du bien pendant toute la durée de l'opération fiduciaire : « Le constituant accepte de se dépouiller de sa qualité de propriétaire dans le but de confier la gestion de certains de ces biens à un professionnel ou de constituer une garantie au profit d'un créancier »²²⁶. En droit de l'OHADA, le fiduciaire ne dispose pas d'un droit de propriété sur les sommes transférées dans son compte parce que, si les fonds cédés produisent des intérêts, ces derniers sont

²²⁴M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, préc., note 91, p. 94.

²²⁵C. KUHN, « Des patrimoines et des hommes », *Dr. et patr.* 2012.211.30.

²²⁶Id.

portés au crédit du compte, sauf convention contraire²²⁷. Ainsi, comme en droit français, le constituant peut transférer des biens, droits ou sûretés à un fiduciaire. Mais il est important de noter tout de même que, contrairement au droit français où la qualité de fiduciaire est reconnue à plusieurs personnes notamment les établissements de crédit²²⁸, les entreprises d'investissement²²⁹, les entreprises d'assurance²³⁰, certaines institutions et services²³¹ et même les membres des professions d'avocat²³², le droit OHADA n'attribue cette qualité qu'aux établissements de crédit habilités à recevoir des fonds. De ce fait, la somme d'argent objet de la fiducie doit être inscrite sur un compte bloqué, ouvert au nom du créancier de cette obligation, dans les livres d'un établissement de crédit habilité à les recevoir²³³. Quoiqu'il en soit, la finalité de la fiducie est la soustraction des biens du droit de poursuite des créanciers du constituant. Une personne peut donc décider de transférer une partie de son actif, gage des créanciers à une tierce personne. Ce transfert fait sortir le bien du droit de gage des créanciers. Ce n'est pas le constituant qui est à la tête de deux patrimoines comme c'est le cas pour l'entrepreneur individuel, mais le fiduciaire est à la tête d'un patrimoine pour le compte du constituant, comme pourrait le faire le gérant d'une société²³⁴.

111. Bien que distincts quant à leur domaine, leur mode de fonctionnement et l'étendue de leur objet, les deux systèmes juridiques, imposent une réduction de l'assiette du droit de gage des créanciers chirographaires du constituant. La fiducie donne donc la possibilité à une personne de soustraire certains biens du gage des créanciers en créant un patrimoine fiduciaire qui ne répond que des dettes fiduciaires. Le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi par les créanciers du constituant. Ces derniers sont confrontés à la nouvelle organisation patrimoniale décidée par leur débiteur sans véritable procédure d'opposition à leur disposition²³⁵. Les créanciers du constituant n'ont aucun droit sur les biens

²²⁷ Article 90 AUS

²²⁸ Article 511-1 du Code monétaire et financier

²²⁹ Article 531-4 du Code monétaire et financier

²³⁰ Article L.310-1 du Code des assurances

²³¹ Article 518-1 du Code monétaire et financier

²³² Article 2015 du Code civil

²³³ Article 87 alinéa 2

²³⁴ M. MEKKI, préc., note 227.

²³⁵ C. KUHN, préc., note 229.

transférés dans le patrimoine fiduciaire. Les biens sortis du patrimoine sont et deviennent l'objet du gage des créanciers du patrimoine fiduciaire. « L'affectation créant une étanchéité patrimoniale, les biens d'une structure ne sauraient servir à garantir les dettes participant d'une autre corrélation »²³⁶. En ce sens, la fiducie est un véritable outil permettant de porter atteinte au droit de poursuite des créanciers. De ce fait, la fiducie est une entorse au droit de gage général des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur²³⁷. Même si en droit français il est précisé que le contrat de fiducie doit être constitué sans préjudice et sans fraude au droit des créanciers du constituant, il n'en demeure pas moins que, en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant devient le gage commun des créanciers fiduciaires sauf stipulation contraire²³⁸.

112. On constate tout de même que le constituant peut être lui-même le bénéficiaire du contrat de fiducie, ce qui n'est pas le cas en droit OHADA. En effet, aux termes de l'article 2016 du Code civil « le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie », ce qui revient à dire qu'une personne peut décider de transférer une partie de ses biens dans un patrimoine fiduciaire et en être la bénéficiaire. Au final, elle profite entièrement de son bien en le faisant échapper au droit de poursuite des créanciers chirographaires. Le patrimoine fiduciaire n'est au final qu'une cachette. Le constituant, qui peut être une société, en réservant la qualité de bénéficiaire du contrat de fiducie devient titulaire de deux patrimoines distincts, le patrimoine fiduciaire et son propre patrimoine, le patrimoine fiduciaire permettant de mettre à l'abri les biens qu'il aimerait faire échapper à la poursuite des créanciers. En facilitant ainsi le transfert des biens de l'actif social, gage des créanciers chirographaires, par la technique de la fiducie, la fonction de garantie de l'actif social perd un peu de son efficacité. L'actif social devient ainsi facilement dissimulable. L'actif social gage des créanciers chirographaires peut n'être finalement qu'une coquille vide à cause des multiples camouflages et distraction dont il peut faire l'objet au détriment des créanciers chirographaires.

²³⁶ Id.

²³⁷ A. DIALLO, *Protection de l'entrepreneur individuel et le droit des créanciers : étude comparée droit français-droit de l'OHADA*, Université de Poitiers, 2014, p. 138.

²³⁸ Article 2025 du code civil français.

Face à cette situation, les créanciers ne disposent d'aucun moyen légal pour faire revenir le bien transféré dans le patrimoine du constituant, sauf en cas de fraude à leur droit. La preuve de la fraude appartient au créancier, ce qui ne laisse pas de larges pouvoirs de manœuvre aux créanciers chirographaires soucieux de reconstituer l'actif social. Hormis les facteurs internes, certains facteurs externes peuvent justifier l'insuffisance de l'actif social comme gage des créanciers chirographaires.

§II : LES FACTEURS EXTERNES DE L'INSUFFISANCE DE L'ACTIF SOCIAL COMME GAGE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES

113. L'actif social est un gage non seulement affecté indifféremment au désintéressement de tous les créanciers (A) mais aussi et surtout, il est influencé par le temps (B).

A : l'actif social : un gage affecté indifféremment au désintéressement de tous les créanciers sociaux

114. L'actif social est insuffisant pour le désintéressement des créanciers chirographaires parce qu'il est affecté indifféremment à tous les créanciers du débiteur. En effet, l'ensemble de l'actif social répond de l'ensemble du passif quelles que soient la nature et l'origine de la créance. Il est alors le réceptacle des dettes contractées par le débiteur en cours de vie sociale. Aux termes de l'article 2285 du Code civil, « les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ». C'est dire que tous les créanciers peuvent saisir et vendre n'importe quel bien de l'actif social pour se faire payer. Fondée à l'article 2284 du code civil, l'indivisibilité du droit de gage général des créanciers sur l'actif social implique une égalité entre eux sur les biens composant l'actif de la société. Ainsi, tout créancier peut mettre en œuvre son droit de poursuite sur tous les biens de son débiteur. Tout comme en droit français, le législateur OHADA garantit l'égalité des créanciers dans la mise en œuvre de leur droit de gage général sur l'actif social de leur débiteur. De ce fait, au moment de l'exercice du droit de poursuite des créanciers, il n'y a pas de distinction entre les créanciers chirographaires et privilégiés. Tout créancier, indifféremment de sa qualité, peut pratiquer une saisie vente des biens de son débiteur. À ce titre, la lecture combinée des articles 28 AUGE de l'OHADA et l'article L.111-1 du code de procédure civile, dispose que : « Tout créancier peut, dans les conditions pré-

vues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard ».

115. La seule exigence requise est d'avoir la qualité de créancier, peu importe la nature chirographaire ou pas de sa créance. Le créancier qui désire exercer son droit de contrainte à l'égard de son débiteur défaillant doit simplement justifier d'une créance certaine, liquide et exigible. C'est dire que la concrétisation du droit de gage général des créanciers se réalise au moment de leur mise en œuvre.

116. Cependant, cette égalité des créanciers face à l'actif social est rompue lorsqu'il est précisé que les créanciers du débiteur peuvent saisir n'importe quel meuble ou immeuble du débiteur pour se faire payer.

117. Mais, comme le fait remarquer un auteur, « le droit de gage, à la différence du droit à l'exécution dont dispose chaque créancier est abstrait, tandis que le droit à l'exécution est concret »²³⁹. Ce qui revient à dire que c'est au moment de l'exécution que se concrétise le droit du créancier sur l'actif social. En revanche, les créanciers chirographaires, bien que titulaires d'un droit de créance certaine liquide et exigible, sont soumis à une hiérarchisation de leur droit de poursuite. Lors de l'exercice de leur droit de poursuite sur l'actif social, ils sont tenus de saisir en premier lieu les biens meubles. Ce n'est qu'en cas d'insuffisance de ces derniers qu'ils peuvent saisir les biens immeubles du débiteur. Cette exigence propre aux créanciers chirographaires est contraire au droit de gage général qui implique une saisissabilité indifférenciée des biens du débiteur. Aux termes de l'article 28 de l'AUVE : « L'exécution est poursuivie en premier lieu sur les biens meubles et, en cas d'insuffisance de ceux-ci, sur les biens immeubles ». À la lecture de cette disposition, même si le législateur OHADA ne précise pas qu'elle s'applique aux créanciers chirographaires, tout porte à croire que c'est bien d'eux qu'il est question car cette règle ne s'appliquera pas par exemple à un créancier titulaire d'une hypothèque sur un immeuble. C'est dire que le titulaire d'une hypothèque sur un immeuble du débiteur poursuivra directement son droit sur l'immeuble. La distinction ne concerne finalement que les créanciers chirographaires. De même, à la lecture de l'article L.311-8 du Code de procédure civile d'exécution : « Les immeubles

²³⁹A. DIALLO, préc., note 241, n° 47.

d'un mineur même émancipé, ou d'un majeur en tutelle ou en curatelle ne peuvent pas être saisis avant la discussion de leurs biens meubles ». Même si cette disposition concerne la saisie des immeubles appartenant au mineur, cela fait ressortir l'importance de la protection des immeubles du débiteur autant en droit OHADA que français. La subsidiarité des biens ainsi affirmée concerne les biens immeubles que les législateurs OHADA et français entendent protéger. De ce fait, la subsidiarité implique une sorte de hiérarchisation dans les saisies des biens par les créanciers chirographaires, ce qui rentre en contradiction avec la liberté des saisies reconnue à tous les créanciers sur l'actif social de leur débiteur. Ici, c'est l'intérêt des créanciers chirographaires qui est mis à mal. Comme le dit un auteur²⁴⁰ : « Le créancier devrait toujours agir à moindre mal pour le débiteur, l'intérêt de ce dernier heurtant ainsi de front sa liberté d'action ».

118. Il paraît qu'en imposant d'abord la poursuite des biens meubles aux créanciers chirographaires, les législateurs OHADA et français limitent le droit de gage général de ces derniers. Force est de noter que dans la pratique, la saisie des biens immeubles serait risquée pour le créancier chirographaire non seulement à cause de son coût, mais aussi et surtout à cause du risque de concours avec les créanciers privilégiés. Le privilège ainsi accordé à certains créanciers sur certains biens limite le pouvoir d'action des créanciers chirographaires.

119. De plus, le prix de la réalisation des biens du débiteur « s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait pas entre les créanciers des causes légitimes de préférence »²⁴¹. La garantie ainsi offerte aux créanciers sur les biens du débiteur perd de son efficacité au moment du partage des fruits de la saisie. De ce fait, les créanciers titulaires de sûreté ont non seulement des droits prioritaires sur certains biens à cause du droit spécifique qu'ils détiennent sur certains biens, mais aussi, au moment du partage du prix de la saisie où les causes légitimes de préférence réapparaissent, mettant les créanciers titulaires de sûretés ou privilèges au-dessus des créanciers chirographaires, d'où la prééminence des créanciers privilégiés sur les créanciers chirographaires.

²⁴⁰M. MERCERON, *L'effectivité du droit de gage général et la préservation du patrimoine*, Mémoire de Master, Université d'Aix Marseille, 2013, p. 12.

²⁴¹Article 2285 du Code civil

120. Au final, à cause de la reconnaissance des droits spécifiques de certains créanciers sur certains biens, la règle selon laquelle les créanciers chirographaires peuvent saisir n'importe quel bien du débiteur pour se faire payer est battue en brèche. Leurs droits de saisie sont en fait limités. Ils ne sont finalement autorisés qu'à saisir les biens sur lequel n'existe aucun privilège. L'indifférence de la saisie prônée par l'article 2284 du Code civil n'est finalement que théorique. Par ailleurs, même au moment de la répartition du prix des biens saisis, c'est après le paiement des créanciers privilégiés que les créanciers chirographaires sont en concours sur le reliquat et leur paiement se fait au marc le franc²⁴². Les chances de paiement des créanciers chirographaires sont ainsi limitées à cause de la prééminence des droits des créanciers privilégiés sur les créanciers chirographaires. Hormis ceci, le temps est un facteur qui contribue à l'appauvrissement l'actif social.

B : l'influence du temps sur l'actif social

121. Lorsqu'on parle d'actif social, il faut noter que ses composants ne sont pas figés ou stockés quelque part pour servir de garantie aux créanciers chirographaires en cas de besoin. En effet, les éléments composant l'actif social sont très souvent utilisés au quotidien pour le bon fonctionnement de la société. À cause de leur utilisation quotidienne, ils perdent de leur valeur. Lorsque le créancier contracte avec une société, la valeur des biens constituant l'actif social au moment du contrat évolue avec le temps. Concrètement, l'actif social intègre un facteur temps très important²⁴³. La valeur de l'actif social évolue avec le temps. À l'achat d'un bien, on l'enregistre à sa valeur réelle dans le patrimoine de la société. Mais à la fin d'un exercice, c'est sa valeur actuelle, c'est-à-dire sa valeur vénale qui est prise en compte dans le prochain exercice. Cette différence entre la valeur du bien intégrée au patrimoine et sa valeur au moment de la saisie peut se justifier par le fait que l'utilisation d'un bien accélère son vieillissement physique et le rend progressivement inapte au service qu'on lui a longtemps demandé²⁴⁴. En réalité, les biens composants l'actif so-

²⁴²A. DIALLO, préc., note 241, n° 48.

²⁴³B. BRIGNON, préc., note 201, n° 372.

²⁴⁴N. E. Itsiembou Mabika, *L'utilité du capital social : étude de droit français*, Clermont-Ferrand, France, Université d'Auvergne, Clermont-Ferrand 1, 2010, p. 98.

cial se déprécie avec le temps. Cette dévalorisation entraîne une diminution de la valeur de l'actif social. Ainsi, au moment de l'exercice de son droit de contrainte, le créancier chirographaire peut se retrouver face à un actif social complètement affaibli.

122. On notera que cette dévalorisation des éléments de l'actif social est inévitable et se justifie par le fait qu'en cours de vie sociale, l'utilisation des biens cause une usure normale de la chose, contribuant ainsi à la perte de leur valeur. La perte de ces valeurs peut être à l'origine de l'insuffisance de l'actif à jouer son rôle de gage. Par exemple, un ordinateur acheté au cours de l'année N ne peut plus avoir la même valeur à l'année N+5. Force est de constater que la fonction de garantie de l'actif social ne doit pas être exagérée.

123. Si l'actif social est la représentation concrète des biens saisissables par les créanciers chirographaires, il n'en demeure pas moins que la généralité de ce gage appartenant à tous les créanciers et l'extrême fluctuation de son contenu tant en qualité qu'en quantité en cours de vie sociale rend précaire la fonction de garantie conférée par l'actif social aux créanciers chirographaires. Puisque l'actif social ne reste pas intact tout au long de la vie sociale, ce n'est qu'en évitant sa détérioration qu'on peut accroître son rôle de garantie vis-à-vis des créanciers chirographaires.

SECTION II : L'ÉVITEMENT DE LA DÉTÉRIORATION DE L'ACTIF SOCIAL

124. L'actif social est l'objet du gage du créancier chirographaire. Dès l'origine du rapport d'obligation, ces derniers profitent ou pâtissent de ses fluctuations²⁴⁵. Pour cela, le meilleur moyen de garantir le paiement des créanciers chirographaires est d'éviter la détérioration de l'actif social. Afin que le débiteur ne dissipe pas ou n'abuse pas de son patrimoine au détriment des créanciers chirographaires, ces derniers sont appelés à rester vigilants. Ils doivent en quelque sorte rester constamment en éveil afin de préserver l'actif social (§I). De plus, le contrat étant la chose des parties, celles-ci peuvent aménager contractuellement des mesures tendant à favoriser le paiement des créanciers chirographaires (§II).

²⁴⁵A. JACQUEMONT ET R. VABRES, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., coll. LexisNexis, 2015., p.198

§I : LA PRÉSERVATION DE L'ACTIF SOCIAL PAR LE CRÉANCIER CHIROGRAPHAIRES

125. Le créancier chirographaire peut agir pour défendre l'actif social. Mais, pour agir utilement, il faut qu'il soit suffisamment éclairé sur les fluctuations de ce dernier.

A : Les actions en défense de l'actif social exercées par le créancier chirographaire

126. Les créanciers chirographaires peuvent lutter non seulement en combattant la négligence ou l'inertie du débiteur (2) mais aussi et surtout ses manœuvres frauduleuses tendant à appauvrir l'actif social (1).

1: l'exercice des actions contre les manœuvres frauduleuses du débiteur

127. L'action paulienne remonte au droit romain classique du début du premier siècle avant Jésus-Christ²⁴⁶. Orientée contre un tiers auquel le débiteur a frauduleusement transmis tout ou partie de son patrimoine, l'action paulienne aux termes de l'article 1341-2 ancien article 1167 du Code Civil français est une action personnelle pouvant être intentée par des créanciers pour attaquer les actes faits par le débiteur en fraude de leur droit. L'intérêt de cette action est double. D'une part, elle permet de reconstituer le patrimoine du débiteur et d'autre part elle permet aux créanciers de protéger leurs créances dont le paiement se trouve menacé²⁴⁷. Il est important de relever que c'est l'article 1167 qui reste applicable dans les pays membres de l'OHADA qui ont hérité du Code civil français à l'instar du Cameroun.

128. Pour exercer l'action paulienne, le créancier chirographaire doit justifier d'un préjudice. L'actif social étant le seul gage du créancier chirographaire, la créance de ce dernier se trouve en danger si, par une fraude, le débiteur fait sortir un bien de son patrimoine. De ce fait, tous les actes conclus par le débiteur dans le but de nuire au droit de ses créanciers tombent sous le coup de l'action paulienne. Ce droit pour les créanciers chirographaires de contester les actes de leur débiteur en fraude à leur droit confirme l'intérêt de la protection des créanciers chirographaires.

²⁴⁶B. ROMAN, « La nature juridique de l'action paulienne », *Déf.* 2005.08.

²⁴⁷Id.

129. Pour ce qui est de la créance, la créance pouvant fait objet de l'action paulienne doit être certaine²⁴⁸ et antérieure à l'acte attaqué. La condition de certitude de la créance signifie que la créance doit être exempte de tout doute et exister au moment de l'exercice de l'action. Quant à l'antériorité de la créance, elle renvoie à l'existence de la créance avant l'acte frauduleux du débiteur tendant à rendre tout ou partie de ses biens indisponibles pour les créanciers. Le caractère antérieur de la créance se justifie par le fait que les créanciers postérieurs à l'acte frauduleux ont contracté lorsque le bien en question ne faisait plus partie du patrimoine de leur débiteur et par conséquent, il ne fait pas partie de leur gage général²⁴⁹. Cependant, la preuve de l'antériorité de la créance peut se faire par tous les moyens²⁵⁰. Toutefois, on observe un assouplissement quant à l'exigence de l'antériorité de la créance depuis un arrêt de la première chambre civile du 17 juin 1984²⁵¹. En l'espèce, les hauts magistrats décident qu'il n'est plus nécessaire, pour que l'action paulienne puisse être exercée que la créance dont se prévaut le demandeur ait été certaine ni exigible au moment de l'acte argué de fraude²⁵². Cet assouplissement contribue au renforcement de la protection des créanciers chirographaires en ce sens que le champ d'intervention de l'action paulienne se trouve élargi. Ainsi, le créancier chirographaire peut désormais faire échec à la fraude du débiteur qui, sachant qu'il va être condamné, vide son patrimoine²⁵³.

130. Concernant les conditions liées au débiteur, l'acte frauduleux du débiteur doit contribuer à l'appauvrissement de l'actif social. On observe que la jurisprudence a évolué quant à la notion de fraude. Au départ, la fraude résidait dans l'intention du débiteur de nuire aux intérêts de ses créanciers, mais aujourd'hui la jurisprudence dans certains arrêts admet que la fraude réside dans la simple connaissance qu'avait le débiteur du préjudice que l'acte causerait à

²⁴⁸Cass. 1^{ère} chambre civ., 16 mai 2013, n°12-13.637.

²⁴⁹P. VOIRIN et G. GOUBEUX, *Droit civil*, 34^e éd., coll. LGDJ, 2013, p. 594.

²⁵⁰Cass. Civ., 11 octobre 1978.

²⁵¹Civ. 1^{ère} 17 janvier 1984 : D. 1984, JP, p. 437 et Rep. Dref. 1984, p.422, note Ph. MALAURIE.

²⁵²S. CIMAMONTI, *L'effectivité des droits du créancier chirographaire en droit contemporain*, Université de droit, d'économie et science d'Aix-Marseille, 1990, p. 335.

²⁵³A. BENABENT, *Droit des obligations*, 14^e éd., LGDJ, 2015, p. 620.

ses créanciers en créant ou augmentant son insolvabilité²⁵⁴. Arme efficace contre l'appauvrissement du débiteur, l'utilité de cette action est d'autant plus visible pendant les procédures collectives ou malgré l'arrêt des poursuites individuelles, l'action paulienne est maintenue à l'égard du débiteur²⁵⁵.

131. Lorsque l'action contre la fraude du débiteur est admise, les actes de fraude sont inopposables aux créanciers chirographaires. L'inopposabilité permet au créancier chirographaire qui en est victime d'ignorer les effets des actes frauduleux. Elle consiste donc en l'inefficacité d'un acte à l'égard d'un tiers permettant à ce tiers de méconnaître l'existence de l'acte et d'en ignorer les effets²⁵⁶. En permettant à ce dernier par la voie paulienne d'écarter les effets d'un acte frauduleux du débiteur, la protection du créancier chirographaire se trouve renforcée. Cependant, l'action paulienne ne porte pas atteinte à l'acte frauduleux qui demeure valable entre le débiteur et le tiers complice de la fraude²⁵⁷.

132. En effet, l'inopposabilité en permettant seulement d'ignorer les effets de l'acte frauduleux du débiteur constitue-t-elle une sanction efficace pour le créancier chirographaire ? Ce questionnement est à l'origine de débats doctrinaux et a aussi suscité des controverses au sein de la jurisprudence. Les hauts magistrats de la cour de cassation ont eu à se prononcer sur des pourvois contre des décisions de Cours d'appel ayant prononcé la nullité en lieu et place de l'inopposabilité à l'égard d'une action paulienne intentée par des créanciers²⁵⁸. En cassant ces décisions, les juges de la Cour de cassation réaffirment l'inopposabilité comme sanction de l'action paulienne. Ainsi, dans un arrêt du 8 octobre 1996, la chambre commerciale de la Cour de cassation relève que le créancier avait demandé la révocation de l'acte frauduleux, mais envisage pour sa part l'inopposabilité de l'acte frauduleux²⁵⁹. Pareillement, dans son arrêt du 13 juillet 2004, la Cour de Cassation réaffirme l'inopposabilité d'une donation à l'égard d'un créancier admis à exercer l'action paulienne²⁶⁰.

²⁵⁴Id.

²⁵⁵Cass. Com., 2 novembre 2005, note Sébastien Jambort.

²⁵⁶G. CORNU, préc., note 4.

²⁵⁷Cass. Com., 14 mai 1996

²⁵⁸Cass. civ., 1^{er}, 28 février 1978, Bull. Civ. I, n°77 ; Cass. com., 22 mai 1978, Bull. Civ. IV, n°139

²⁵⁹Cass. com., 8 octobre 1996

²⁶⁰Cass. civ., 1^{er}, 13 juillet 2004

133. Malgré cette position de la Cour de cassation, l'inopposabilité suscite encore des débats au sein de la doctrine. Ainsi, pour certains auteurs, l'inopposabilité suffit à supprimer les effets nuisibles de l'acte à l'égard des tiers, c'est en ce sens que pour le Professeur D. BASTIAN, la protection des tiers suppose qu'ils puissent attaquer l'acte qui porte atteinte à leurs droits. Il ajoute aussi que la sanction ne doit pas dépasser le but de la règle qu'il garantit²⁶¹. Et le Professeur J. VIDAL de renchérir, il est parfaitement inutile de frapper un acte plus qu'il n'est nécessaire pour que soit atteint le but visé par le législateur. La volonté de l'auteur de l'acte doit être respectée dans la mesure où cet acte ne contrevient pas à la règle juridique²⁶². Par contre pour Le Professeur L. SAUTONIE LAGUIONIE l'inopposabilité est parfois insuffisante pour atténuer les effets d'un acte frauduleux sur les droits des créanciers par exemple, les actes à exécution successif, les actes constitutifs de droit réel sur la chose d'autrui présentent des particularités du point de vue de l'atteinte qu'ils sont susceptibles de causer au droit des créanciers, d'où l'intérêt de la nullité en lieu et place de la simple inopposabilité de ces actes aux créanciers²⁶³.

134. Par ailleurs, agissant en son nom personnel, le créancier chirographaire profite seul des fruits de l'action paulienne. L'avantage pour le créancier est qu'il ne rentre pas en concours avec les autres créanciers du débiteur, car le bien ne réintègre pas le patrimoine du débiteur. Pour cela, l'action paulienne considérée comme un élément du dispositif intéressant la protection du gage général des créanciers chirographaires ne protège en réalité que le créancier chirographaire pris individuellement. D'ailleurs, son résultat ne tombe pas dans le patrimoine du débiteur, mais reste bien ancré dans celui du créancier et peut-être considéré comme un moyen important pour le créancier de recouvrer rapidement sa créance. De manière générale l'action paulienne n'a pas d'effet sur le gage général des créanciers chirographaires, comme c'est le cas pour l'action contre la négligence du débiteur.

²⁶¹D. BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Paris, 929; cité par L. SAUTONIE LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, Université de Montesquieu-Bordeaux IV, 2006.

²⁶²J. VIDAL, *Essai d'une théorie général de la fraude en droit français, le principe « fraus omnia corrumpit »*, Université de Toulouse, 1956 ; L. SAUTONIE LAGUIONIE, préc., note 265.

²⁶³L. SAUTONIE LAGUIONIE, préc., note 265, p. 511.

2 : l'exercice des actions contre la négligence du débiteur

135. Le créancier chirographaire a la possibilité de faire rentrer dans le patrimoine de son débiteur un bien qui est sorti : c'est l'action oblique. Prévue par l'article 1341-1 du Code civil ancien article 1166, elle permet à tout créancier d'exercer tous les droits et actions du débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à sa personne. Tous les créanciers chirographaires peuvent exercer l'action oblique peu importe l'origine de leur créance : contractuelle délictuelle ou quasi-contractuelle²⁶⁴ voire même légale²⁶⁵. Mais l'exercice de l'action oblique ne dessaisit pas le débiteur de l'exercice de ses droits sur son patrimoine, mais consiste seulement à vaincre l'inertie, l'inaction d'un débiteur qui laisse périr, sans réagir son patrimoine²⁶⁶. L'intérêt pour le créancier étant la conservation du patrimoine du débiteur, l'action oblique du créancier chirographaire peut être considérée comme une mesure préventive dans la mesure où, c'est parce que ce dernier veut se prémunir contre un éventuel impayé qu'il se prend à temps pour vaincre une négligence qui pourrait lui être préjudiciable dans un futur proche. Donc, l'exigence de la certitude de la liquidité et de l'exigibilité de la créance ne sert pas les intérêts du créancier chirographaire qui veut protéger son gage. Au final, la qualité de la créance ne devrait pas poser problème pour l'exercice de l'action oblique. Ce qui n'est pas le cas malheureusement. Afin de permettre au créancier chirographaire d'anticiper sur l'insolvabilité du débiteur, il serait préférable que la qualité de la créance ne soit pas considérée comme une condition d'exercice de l'action oblique afin d'augmenter les chances du créancier chirographaire au recouvrement de sa créance.

136. Le champ d'action du créancier est large, car aux termes de l'article 1341-1 du code civil, le créancier peut exercer tous les droits et les actions du débiteur exception faite des droits attachés à la personne du débiteur. Autrement dit, afin de lutter contre l'inertie ou la négligence de son débiteur, le créancier chirographaire a la possibilité d'exercer tous les droits et actions du débiteur ; il a aussi la possibilité de recourir à toutes les voies d'exécution et notamment de pratiquer une saisie-arrêt en lieu et place de leur débiteur négligeant. Cepen-

²⁶⁴TI Valence, 14 décembre 1960, D.1961.619, note Goré

²⁶⁵Civ. 1^{Er}, 2 novembre 2005, n°02-14-519

²⁶⁶O. M. LEBATT, préc., note 3, p. 53.

dant, cette action est conditionnée par la preuve de l'inaction ou de carence du débiteur compromettant les intérêts des créanciers. Pour cela, le créancier doit justifier qu'il n'y a eu aucune action exercée par le débiteur, car si le débiteur avait déjà entamé une telle action, l'action du créancier serait irrecevable. Mais la carence du débiteur n'est guère facile à saisir²⁶⁷. Cette difficulté, à définir la carence du débiteur rend l'admission de l'exercice de l'action oblique difficile. En effet, dans un arrêt de la Cour de cassation du 22 mai 2002, elle avait relevé dans un de ces attendus que : « La carence du débiteur de la partie exerçant l'action oblique se trouve établie lorsqu'il ne justifie d'aucune diligence dans la réclamation de son dû ». Il ressort de cet arrêt que le créancier n'a rien à prouver à part l'inaction de son débiteur. Donc, jusqu'ici la charge de la preuve incombait au créancier demandeur de l'action oblique. Heureusement, l'arrêt sera cassé, car selon une décision de la Cour de cassation rendue la même année pour les mêmes faits, il n'appartient pas au créancier de démontrer l'insolvabilité de son débiteur. C'est à ce dernier d'apporter la preuve judiciaire ou amiable pour le recouvrement de son dû²⁶⁸. Le renversement de la charge de la preuve renforce la protection des droits des créanciers chirographaires et par la même occasion oblige le débiteur à être plus diligent. Bien que la charge de la preuve n'incombe plus au créancier, il n'en demeure pas moins que la créance dont se prévaut le créancier doit être certaine liquide et exigible²⁶⁹.

137. On observe que le créancier chirographaire qui intente l'action oblique contre le débiteur négligent ne fait « qu'emprunter l'habit »²⁷⁰ de ce dernier. Ainsi, l'action oblique est exercée au nom du débiteur et les biens recouvrés rentrent dans son patrimoine pour servir les intérêts de tous les créanciers surtout chirographaires. Donc l'action oblique permet de reconstituer l'actif social gage de tous les créanciers. De ce fait, elle ne profite pas seulement au créancier qui l'exerce, mais à tous les créanciers du débiteur. Au total, l'intérêt de l'action contre la fraude et de l'action contre la négligence est de reconstituer l'actif du débiteur afin de prévenir son insolvabilité. Néanmoins, le créancier

²⁶⁷J. MESTRE et B. FAGES, « Action oblique : une définition de la carence du débiteur », *RTD Civ.* 2002.513.

²⁶⁸P. DELBEQUE, « Il n'appartient plus au créancier de démontrer l'insolvabilité du débiteur », *D.* 2002.2836.

²⁶⁹A. BENABENT, préc., note 257, n° 882.

²⁷⁰*Id.*, p. 882.

chirographaire ne peut agir utilement que s'il est informé sur les fluctuations du patrimoine de son débiteur.

B : la reconnaissance d'un droit d'information sur les fluctuations du patrimoine du débiteur

138. Le droit à l'information des créanciers chirographaires signifie que par des moyens légaux ceux-ci peuvent obtenir des renseignements sur le patrimoine de leur débiteur. Mais ils doivent se contenter des informations que le débiteur met à leur disposition. En matière d'information, la publicité légale donne une image sur la situation juridique de la société. Alors que ces informations sont très souvent limitées et ne permettent pas de connaître la situation exacte du patrimoine du débiteur, encore moins les fluctuations dont il peut faire l'objet, les informations financières quant à elles, bien qu'intéressant particulièrement les créanciers chirographaires ne donnent que des renseignements imparfaits sur la situation exacte du débiteur. Ces informations destinées au public ne peuvent être que générales voire parcellaires²⁷¹.

139. En fait, celui qui voudrait connaître la situation financière d'une société devrait aller puiser ces renseignements, pour ce qui est du droit OHADA, dans les états financiers de synthèse qui regroupent les informations comptables au moins une fois par an²⁷². Les états financiers décrivent de façon régulière et sincère les événements opérations et situations de l'exercice pour donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise²⁷³. Pareillement, en droit français, aux termes de l'article L.232-1 du Code de commerce « à la clôture de chaque exercice le conseil d'administration, le directeur ou les gérants dressent l'inventaire, les comptes annuels conformément aux dispositions de la section II du chapitre II du titre II du livre I et établissent un rapport de gestion écrit ». Ainsi, la comptabilité générale permet aux créanciers chirographaires de porter un jugement sur la situation de la société en s'appuyant uniquement sur les documents comptables²⁷⁴. Néanmoins, les informations contenues dans ces documents sont non seulement des infor-

²⁷¹S. CIMAMONTI, préc., note 256.

²⁷²Art. 7 de l'acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises (AOHCE)

²⁷³Art. 8 al.2 AOHCE

²⁷⁴D. KAMDEM, *Système comptable OHADA*, coll. Ecolodos, Danoia, 2004, p. 48.

mations générales sur la situation de la société, mais aussi sont des informations concernant une période bien précise. Ainsi par exemple, le créancier qui consulte les comptes annuels d'une société doit certainement tomber sur les résultats de l'année précédente alors que la situation de la société peut avoir évolué négativement. Malgré l'exigence de sincérité, de fidélité²⁷⁵ et de transparence dans les informations fournies par la comptabilité, les créanciers chirographaires sont confrontés aux inconvénients de la publicité financière à savoir son incomplétude²⁷⁶. On regrette que les créanciers chirographaires comme tous les autres créanciers n'aient accès qu'aux informations contenues dans les documents comptables²⁷⁷. L'obligation de dépôt des comptes permet de garantir une sécurité juridique aux tiers²⁷⁸. Malgré sa sanction²⁷⁹ en cas de publication des comptes annuels inexacts²⁸⁰ ou d'omission de publication, certains chefs d'entreprise préfèrent payer l'amende plutôt que de publier leur compte. À en croire les statistiques d'après l'étude d'impact réalisée dans le cadre de la loi habilitant le gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises en

²⁷⁵T. GRANIER, « La mise en œuvre du principe de l'image fidèle applicable à la présentation des comptes annuels », *BJS* 2014.30.

²⁷⁶Guyon Y., *op cit* p.124

²⁷⁷Contrairement au législateur OHADA, le législateur français depuis l'ordonnance n°2014-86 du 30 janvier 2014 habilitant le gouvernement à simplifier la vie des entreprises et le décret n°2014-136 du 17 février 2014 allège les obligations comptables des microentreprises et petites entreprises. Parmi ces allègements, on note la dispense de publicité pour les microentreprises. Ainsi, ils auront la possibilité de demander que les tiers ne puissent pas avoir accès aux comptes qu'elles auront déposés au greffe

²⁷⁸D. OUDENOT et D. MPOUKI, « Vie des entreprises », *BJS* 2014.

²⁷⁹La sanction pénale est déterminée par les lois nationales des États membre de l'OHADA. Pour ce qui est du Cameroun, la loi n°2003/008 portant répression des infractions contenues dans certains Actes Uniformes prévoit en son article 8 que : « *En application de l'article 890 de l'acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et des GIE, sont punis d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 1 000 000 à 10 000 000 Francs CFA.* ». Les dirigeants sociaux qui publient des informations inexacts ou qui omettent de publier les comptes sociaux de leur société. Par contre en France, la sanction est plus dissuasive, car : « Est puni d'un emprisonnement de cinq et d'une amende de 375 000 euros tout dirigeant ou chef d'entreprise ne présentant pas dans ses comptes annuels une image fidèle de sa société.

²⁸⁰Cour de cassation 14 mai 2014, n°13-80.443 (F-D), G, note Bernard Bouloc

2011, actuellement le taux de dépôt des comptes annuels peut être considéré comme insuffisant, car le taux de dépôt des comptes annuels était de 67%²⁸¹.

140. C'est pour cela qu'au lieu d'attendre un semestre voire une année afin de consulter les documents comptables de l'entreprise, les créanciers ont la possibilité de recourir au service des tiers afin d'être mieux éclairés sur la situation de leur débiteur. Ainsi, pour approfondir les informations sur la solvabilité de leurs débiteurs, ils peuvent solliciter les services d'un organisme de renseignement commercial²⁸². De manière générale, ces organismes ont une mission d'investigation consistant à traquer l'information où qu'elle se trouve. De par leur professionnalisme, ils ont un champ d'intervention assez vaste. Pour cela, ils effectuent un vrai « travail de détective » puisqu'il s'agit de « traquer » le renseignement, non seulement auprès des organismes officiels, mais aussi par des enquêtes auprès des sources dites officieuses²⁸³. Leur rôle d'information s'avère plus significatif, car ces derniers peuvent intervenir à un stade où le créancier chirographaire ne pourrait pas agir par ses propres moyens. Par conséquent, comme les créanciers chirographaires, ils ne peuvent avoir accès à des informations confidentielles²⁸⁴. Malheureusement, l'utilisation des sources officieuses pose le problème de la licéité et de la fiabilité des informations recueillies. Assurément, qui dit source officieuse dit source cachée. Enfin, il faut observer que l'adhésion à ces organismes reste payante pour les créanciers chirographaires.

²⁸¹M. TELLER, « L'allègement des obligations comptables des microentreprises et petites entreprises (ordonnance n°2014-86 du 30 janvier 2014 et décret n°2014 du 17 février 2014) », *BJS* 2014.

²⁸²Les organismes de renseignements commerciaux sont apparus pour la première fois aux États-Unis en 1841. Apparus en France en 1893, ils vont essentiellement se développer qu'au courant des années 80. Leur raison d'être repose sur l'idée que, les créanciers en général et les créanciers chirographaires en particulier ne disposent pas généralement de moyens suffisants pour avoir une information efficace sur la solvabilité de leur débiteur. Généralement, les organismes de renseignements sont constitués de personne morale de droit privé. Ils ont pour mission l'information qui consiste à éplucher toutes les sources d'exploitation afin d'avoir l'image exacte et actuelle d'une entreprise.

²⁸³G. VIGUIER, *Cours crédit management : gestion du risque client*, UIT Valence, en ligne : <<http://credictis.com/cours.htm>> (consulté le 14 juillet 2016).

²⁸⁴O. M. LEBATT, préc., note 3, p. 128.

141. Il faut noter qu'à côté des limites constatées plus haut, la recherche de l'information requiert un temps plus ou moins long. Pendant ce temps, la situation du débiteur peut évoluer négativement. Il est capital pour le créancier chirographaire de connaître la composition du patrimoine du débiteur seul gage de son paiement. L'intérêt d'une information au jour le jour des créanciers chirographaires²⁸⁵ serait à encourager. Pour le professeur Yves GUYON, le renforcement de la sécurité des créanciers chirographaires passe par la reconnaissance d'un droit de regard de ce dernier sur le patrimoine du débiteur²⁸⁶. Ce droit de regard peut être défini « comme la faculté reconnue aux créanciers d'être au courant des fluctuations positives ou négatives du patrimoine de son débiteur »²⁸⁷. Par ce droit, le créancier chirographaire peut lutter contre tout acte ou fait menaçant l'objet de son gage. Par conséquent, les législateurs OHADA et français n'admettent pas un tel droit, car non seulement il serait comparable à l'immixtion du créancier dans la vie des affaires de son débiteur gouverné par le secret, mais aussi et surtout, il est incompatible avec la liberté du débiteur sur son patrimoine. En réalité, ce dernier est libre de faire ce qu'il veut de son patrimoine et peut invoquer le secret des affaires pour contrer toute immixtion du créancier dans ses affaires. Eu égard à ce qui précède, deux règles de droit entrent en contradiction, la sauvegarde du gage du créancier chirographaire et la protection de la liberté du débiteur. Pourtant, il faut observer que l'intérêt des créanciers chirographaires est compatible avec l'intérêt de la société car protéger l'actif social, gage des créanciers chirographaires, revient aussi à protéger la société. Ainsi, la reconnaissance d'un droit de regard du créancier sur le patrimoine de la société participe aussi de la protection de la société elle-même. En évitant ainsi la diminution de l'actif social, la sécurité du créancier chirographaire se trouve renforcée. Hormis la reconnaissance d'un droit de regard permettant de mieux éclairer les créanciers chirographaires sur les fluctuations de l'actif social, le créancier chirographaire peut, de manière contractuelle, anticiper sur le non-recouvrement de sa créance.

²⁸⁵Idem P.125

²⁸⁶Y. GUYON, « Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur considéré comme sûreté », *R.J. Com.* 1982.

²⁸⁷O. M. LEBATT, préc., note 3, p. 92.

§II : LES POSSIBLES AMÉNAGEMENTS CONTRACTUELS TENDANT À FAVORISER LE PAIEMENT DES CRÉAN- CIERS CHIROGRAPHAIRES

142. Le contrat reste la chose des parties. Ainsi, en matière contractuelle, c'est la volonté des parties qui prime. Ces dernières déterminent elles-même le contenu de leur contrat. De plus, elles restent libres tant qu'elles ne violent pas l'ordre public et les bonnes mœurs d'insérer dans le contrat des obligations réciproques. L'actif social étant l'assiette du gage des créanciers chirographaires, le maintien de sa consistance est le gage de leur paiement. Ainsi, le créancier chirographaire peut faire prendre à son débiteur l'engagement de maintenir un équilibre entre l'actif social et le passif lors de la distribution des bénéfices (A) ou alors de reconstituer l'actif social en cas de besoin (B).

A : l'engagement de maintenir un équilibre entre actif et passif lors du partage des bénéfices

143. L'actif social n'offre de sécurité aux créanciers chirographaires que si les associés ne sont pas libres de le distribuer en cours de vie sociale. Afin d'éviter la distribution de l'actif social, le créancier chirographaire et le débiteur peuvent conditionner la distribution des bénéfices au rééquilibrage de l'actif et du passif. Plus précisément, la distribution des bénéfices ne pourra être effective que lorsque l'équilibre entre le passif et l'actif sera maintenu. Selon l'article 143 de l'AUSCGIE « *Le bénéfice distribuable est le résultat de l'exercice, augmenté du report bénéficiaire et diminué des pertes antérieures ainsi que des sommes portées en réserve en application de la loi ou des statuts* ». Par ailleurs, selon l'article L.232-11 du Code de Commerce français « *Le bénéfice distribuable est constitué par le bénéfice de l'exercice, diminué des pertes antérieures, ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts, et augmenté du report bénéficiaire* ». Sur ce point, la législation française en la matière concorde avec la législation OHADA. Du fait de leur mise à disposition, les bénéfices deviennent des dividendes²⁸⁸. Ces dividendes représentent la part que l'assemblée générale décide de répartir entre les associés. En l'absence de bénéfice, aucune distribution ne peut être faite. C'est ce qui ressort des dispositions de l'article 143 alinéa 4 de l'AUDSCGIE aux termes duquel « *sauf en cas de réduction de capital, aucune distribution ne*

²⁸⁸P. LE CANNU et B. DONDERO, préc., note 34, p. 119.

peut être faite aux associés lorsque les capitaux propres sont ou deviendraient, à la suite de cette distribution inférieure au montant du capital augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer ». Et l'article L.232-11 alinéa 3 du Code de Commerce Français dispose que *–hors le cas de réduction du capital, aucune distribution ne peut être faite aux actionnaires lorsque les capitaux propres sont ou deviennent à la suite de celle-ci inférieurs au montant du capital augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer* ». La rigueur de ces dispositions conforte l'idée selon laquelle l'actif social ne doit pas être remis entre les mains de ceux qui l'ont constitué sous peine de voir le gage des créanciers chirographaires réduit à la fin de chaque exercice.

144. En réalité, le paiement des dividendes se fait généralement sous forme de somme d'argent et ne peut se faire qu'après approbation des états financiers de synthèse, constatation de l'existence de sommes distribuables. Comme le confirme un arrêt de la cour d'appel de Lomé du 26 mars 2009, les associés ne peuvent prétendre au partage des dividendes que si les états financiers de synthèse ont été approuvés par une assemblée constatant l'existence de bénéfice. Par conséquent, l'associé qui ne prouve pas l'approbation du bilan qu'il produit par une assemblée générale ayant constaté l'existence des dividendes, ne peut prétendre aux dividendes²⁸⁹. Pareillement, selon l'arrêt de la Cour de cassation du 4 février 2014, les dividendes n'ont pas d'existence juridique avant la constatation de l'existence de sommes distribuables par l'organe social compétent et la détermination de la part attribuée à chaque associé. Cependant, la particularité de cet arrêt tient au fait qu'il précise qu'un associé d'un groupement foncier agricole ne peut établir la créance de dividende qu'il prétend détenir contre le groupement en produisant les déclarations faites par le groupement foncier agricole (GFA) auprès de l'administration fiscale au titre des bénéfices distribués aux associés²⁹⁰. Cet arrêt de la Cour de cassation rappelle que la créance de dividende ne naît qu'à l'issue d'un certain processus formalisé.

²⁸⁹ Arrêt n°044/09 du 26 mars 2009, Affaire Sieur HOUNKPEDJI Kassia C/ Sté RAINER Automobile, Sieur RAINER Bail

²⁹⁰ Cass., 4 février 2014, n° 12-23.894, Groupement foncier agricole (GFA) des Barradis

145. Même si la société a pour objectif de partager les bénéfices réalisés entre les associés, le partage doit être justifié par l'existence de bénéfice distribuable. Sinon, les coupables s'exposent à l'infraction de distribution des dividendes fictifs punie sur le plan pénal. C'est pourquoi, aux termes de l'article 889 AUDSCGIE, les dirigeants sociaux qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux, ont sciemment opéré entre les actionnaires ou les associés la répartition de dividendes fictifs encourent une sanction pénale. S'agissant de la sanction pénale, les articles 241-3 et 242-6 du Code de commerce punissent d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 €. De même pour ce qui est du Cameroun, l'article 7 de la loi camerounaise n°2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains actes uniformes OHADA dispose qu'en application de l'article 889 AUSCGIE, les coupables de distribution de dividendes fictifs d'une peine d'emprisonnement.

146. Toutefois, à l'opposé du droit OHADA qui prévoit toute répétition de dividende ne correspondant pas réellement à des bénéfices acquis, la répétition de dividende fictif n'est admise que sous certaines conditions limitativement énumérées en droit français²⁹¹. On observe que la répétition de dividende fictif n'est pas conditionnée en droit OHADA, ce qui va favoriser la reconstitution de l'actif en cas de distribution de dividendes fictifs²⁹². Pour autant, l'essentiel étant la préservation de l'actif social, gage des créanciers chirographaires, n'est-il pas plus efficace d'empêcher la commission de l'infraction que de sanctionner ? Comme le dit un adage populaire « mieux vaut prévenir que guérir ». On notera qu'il est plus important pour le créancier chirographaire que l'actif social ne soit pas distribué de manière fictive aux associés ou aux actionnaires. Car, il y va de leur intérêt que l'actif social soit préservé des prélèvements entamant sa consistance. La société ne doit pas faire des distributions dangereuses pour l'actif social. Autant en droit OHADA que français, la distribution des dividendes est régulière dès lors que le formalisme qui entoure la détermination du bénéfice est respecté. A contrario, la distribution des dividendes ne tient pas compte de la situation exacte de la société. En principe,

²⁹¹ Articles L.232-11, L.232-12 et L.232-15 du Code de commerce

²⁹² M.R. KANA KENGNI, *La distribution des dividendes en droit des sociétés commerciale OHADA*, Mémoire de Master, Université de Dschang, 2013.

avant toute distribution, il est capital de savoir si l'actif disponible est capable de couvrir le passif présent au moment du partage. Comme le dit si bien le Professeur Paul DIDIER²⁹³ « les créanciers veulent être payés. Ils veulent avoir l'assurance que les distributions auxquelles procède la société ne compromettent ni sa liquidité, ni sa solvabilité ». Ce qui veut dire qu'au moment de la distribution, les associés doivent s'assurer que l'actif continuera à couvrir le passif. Plus précisément, avant la distribution des bénéfices, le débiteur devrait s'assurer du maintien de l'équilibre entre l'actif et le passif. C'est en fait ce qui semble ressortir de la réforme des entreprises aux États-Unis, par la loi californienne et le RMBCA qui institue un test dit d'« *insolvency* ». En effet, aucune distribution ne peut être faite qui mettrait la société dans l'incapacité de payer ses dettes à l'échéance selon le cours usuel des affaires²⁹⁴. Autrement dit, aucune distribution ne pourra être faite si l'actif social est insuffisant pour couvrir le passif. Du moins, même si au moment de la distribution, on se rend compte que l'actif social n'est plus suffisant, il serait préférable pour la préservation du gage des créanciers chirographaires que les actionnaires ou les associés rééquilibrent d'abord l'actif avant de se distribuer le reliquat. Cette solution contribue à la préservation de l'actif social gage des créanciers chirographaires. En plus de l'engagement de maintenir un équilibre entre le passif et l'actif lors du partage des bénéfices, le débiteur peut s'engager à reconstituer l'actif social en cas de besoin.

B : l'engagement de reconstituer l'actif social

147. Les signes précurseurs de difficultés d'une société sont ressentis au niveau de sa trésorerie, notamment un chèque sans provision émis, une dette à terme non réglée, une commande annulée pour défaut de paiement... Conscient de ces difficultés, le débiteur peut sans attendre leur aggravation, améliorer la situation de la société en cherchant à reconstituer l'actif social. Mais cette reconstitution de l'actif social ne peut être obligatoire pour le débiteur que si le créancier chirographaire arrive à faire prendre à son débiteur l'engagement de reconstituer l'actif social dès le constat de la première difficulté. Un tel engagement est légitime et ne viole ni l'ordre public ni les bonnes mœurs. Il est

²⁹³P. DIDIER, préc., note 217 à la page 213.

²⁹⁴Id.

pour le créancier chirographaire un moyen de défendre l'objet de son gage. L'octroi du crédit chirographaire peut être conditionné par un tel engagement afin d'accroître la sécurité des créanciers chirographaires. En effet, le crédit chirographaire étant fondé sur la confiance, l'acceptation d'un tel engagement par le débiteur renforce la confiance entre le créancier et son débiteur.

148. En dehors de cet engagement du débiteur à procéder lui-même à la reconstitution de l'actif social, ce dernier peut aussi accorder à son créancier un droit d'investigation dans ses affaires. Le créancier chirographaire aura donc le pouvoir de surveiller les affaires de son débiteur. Mais l'admission d'une telle clause contractuelle n'est possible que si la créance dont est titulaire le créancier chirographaire est importante pour le débiteur. Par exemple, un créancier chirographaire qui finance une partie de l'activité de son débiteur peut se voir accorder un droit d'investigation afin de mieux s'informer de son évolution. L'admission de tels aménagements renforce la confiance entre le débiteur et son créancier chirographaire.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

149. Il est clair que l'actif social est le véritable gage des créanciers chirographaires parce qu'il représente l'ensemble des biens réellement saisissables par les créanciers chirographaires en cas d'insolvabilité du débiteur.

150. Nous avons démontré que l'actif social est un gage insuffisant pour les créanciers chirographaires, car dès la constitution de la société, il est utilisé pour le paiement des frais de constitution de société. De plus, le débiteur restant maître de ses affaires, l'actif social peut être sujet à de multiples atteintes diminuant ainsi sa consistance. Ainsi, la fonction de garantie de l'actif social doit être relativisée. Concrètement, à cause du droit de propriété qu'il détient sur ses biens, le débiteur demeure maître de ses affaires et reste libre de disposer de manière directe ou indirecte de ses biens. Cette liberté ne va pas toujours dans le sens de la protection des créanciers chirographaires. L'étendue du droit des créanciers chirographaires sur l'actif social peut se trouver limitée notamment par l'aliénation d'un bien. L'aliénation permet ainsi de faire sortir le bien du gage des créanciers chirographaires. Par ailleurs, la généralité du droit des créanciers chirographaires fait qu'ils sont en concours avec les autres créanciers titulaires de sûretés ou de privilèges sur l'actif social.

151. La concrétisation du droit de contrainte du créancier chirographaire sur les biens du débiteur peut être bloquée par la soustraction de certains biens découlant non seulement des mécanismes de l'insaisissabilité, mais aussi et surtout des techniques d'affectation des biens propres au droit des sociétés. En réalité, le caractère général du droit de gage des créanciers chirographaires ne leur confère pas un droit réel sur un bien spécifique, ce qui affaiblit considérablement la fonction de garantie reconnue à l'actif social et nous amène à dire que la fonction de garantie de l'actif social ne doit pas être exagérée, car il y a de fortes chances qu'il soit insuffisant pour garantir le paiement de tous les créanciers surtout les chirographaires.

152. En revanche dans la perspective de protéger les créanciers chirographaires, la reconnaissance d'un droit d'être informé sur les fluctuations du patrimoine de son débiteur nous a paru opportune. Ainsi, la reconnaissance d'un tel droit permettra au créancier d'être mieux éclairé afin d'agir en temps utile

pour combattre la fraude ou la négligence de son débiteur tendant à appauvrir l'objet de son gage. En outre, le contrat étant la chose des parties, les créanciers chirographaires peuvent arriver à faire prendre l'engagement au débiteur de maintenir un équilibre entre l'actif et le passif lors du partage des bénéfices afin de toujours préserver la consistance de leur gage. Ils peuvent aussi faire prendre à leur débiteur l'engagement de reconstituer l'actif en cas de besoin. Toutes ces solutions participent du renforcement de la situation des créanciers chirographaires tant que le débiteur reste in bonis.

CONCLUSION DU TITRE I

153. Contrairement au capital social qui ne représente qu'un chiffre abstrait mentionné sur tous les documents administratifs de la société, c'est l'actif social qui permet d'avoir une idée sur la solidité ou la solvabilité d'une société

154. Nous avons montré qu'il est impossible de compter sur le capital pour assurer le paiement des créanciers chirographaires. Si le capital social représente la somme des valeurs des apports des associés, l'obligation de mentionner son chiffre sur tous les documents administratifs de la société ne permet pas aux créanciers chirographaires d'apprécier ou de mesurer la solidité de la société. En effet, une société peut faire figurer sur ses documents un chiffre de capital assez élevé alors que, en réalité, elle ne dispose pas de surface financière équivalente. Lorsqu'on observe plus loin, on se rend compte que le chiffre du capital social ne concorde pas toujours avec ce qui est effectivement versé dans les comptes de la société, car autant en droit OHADA que français, le principe reste la libération fractionnée des apports en numéraire. Ne représentant qu'une valeur abstraite, le capital social est inscrit au passif du bilan de la société. Pour cela, il représente la dette des associés envers la société. De ce fait, comment une valeur abstraite représentant la dette des associés envers la société pourrait-elle constituer une garantie pour les créanciers chirographaires ?

155. En effet, l'exigence du capital social à la constitution des sociétés répond plus à des impératifs économiques qu'à la protection des droits des créanciers sociaux. La fonction de garantie traditionnellement reconnue au capital social est de nos jours battue en brèche. Il n'est pas pour autant question de nier l'importance de la constitution d'un capital social, il convient de dire qu'il permet d'alimenter l'actif social ou plus simplement, il permet d'acquérir les biens constitutifs de l'actif social qui est le véritable gage des créanciers chirographaires.

156. Aux termes de l'article 2284 et 2285 du Code civil, l'ensemble des biens du débiteur répond de ses dettes. Comme le relèvent certains auteurs : « On ne saisit pas le capital social, mais les machines, les marchandises... »²⁹⁵ L'actif social placé à gauche du bilan, indique la composition des biens et des droits

²⁹⁵M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, préc., note 91, n° 224.

affectés à l'entreprise²⁹⁶. Pour cela, l'actif social plus que le capital social est le gage des créanciers chirographaires.

157. Mais la fonction de garantie de l'actif social est à relativiser. Dès la constitution de la société, l'actif social est très souvent dépensé lors du décollement de la société parce qu'il peut servir non seulement à se procurer du matériel nécessaire au bon fonctionnement de la société, mais aussi et surtout, il peut servir à payer les charges ou les frais de constitution de la société. Logiquement, l'actif social n'est pas figé, il fluctue au gré des opérations que les associés directement ou indirectement réalisent sur sa consistance. En principe, chaque créancier peut saisir n'importe quel bien du débiteur pour se faire payer, quelle que soit la nature ou l'origine de sa créance. Néanmoins, il nous semble que non seulement l'actif social peut être vendu, transféré ou camouflé par le débiteur, mais aussi et surtout, l'étendue du droit et l'exercice du droit de poursuite des créanciers chirographaires sont limités sur l'actif social. Les atteintes ainsi constatées sur l'actif social tendent à restreindre sa fonction de gage des créanciers chirographaires. Sans nier le fait que le débiteur peut mettre volontairement hors d'atteinte des créanciers certains de ses biens, l'actif social n'est pas une garantie suffisante, d'où, la nécessité d'aménager un droit d'information renforcé des créanciers chirographaires.

158. Il faut préciser que le fonctionnement de la société n'est pas un long fleuve tranquille. Elle fait souvent face à des difficultés plus ou moins graves pouvant entamer l'actif social ; selon leur degré de gravité, ces difficultés peuvent dans certains cas être traitées de manière amiable. Cependant, les créanciers chirographaires sont-ils suffisamment impliqués dans le traitement amiable des difficultés de la société ?

²⁹⁶Id., n° 297.

TITRE II : LA PRÉVENTION PAR LE TRAITEMENT AMIABLE DES DIFFICULTÉS DE L'ENTREPRISE

159. Le paiement des créanciers chirographaires est compromis dès les premiers signes de difficultés de l'entreprise. De nos jours, l'attention est de plus en plus attirée sur l'importance de la prévention des difficultés des entreprises du fait des faibles performances enregistrées par les mesures curatives²⁹⁷. Les procédures de traitement amiable des difficultés permettent donc de mettre sur pied un cadre propice et précoce favorable à la recherche de solutions adaptées à la situation du débiteur.

160. Comme le dit un adage « prévenir vaut mieux que guérir ». La négociation et donc la contractualisation sont aujourd'hui au cœur du sauvetage des entreprises²⁹⁸. Il s'agit de favoriser l'émergence de négociations amiables dans un des cadres plus ou moins judiciairisés qu'offre au choix du débiteur la loi de sauvegarde²⁹⁹. Ainsi, la voie de la négociation sans contrainte judiciaire³⁰⁰ favorise l'anticipation des difficultés de l'entreprise à travers le mandat ad hoc et la procédure de conciliation. De ce fait, l'instauration de ces négociations dès la survenance des premières difficultés traduit la volonté du législateur contemporain de favoriser ces procédures amiables³⁰¹. Trouvant leur attractivité renforcée par la loi du 14 mars 2014, ces procédures sont la preuve qu'une place de plus en plus favorable est accordée aux créanciers dans la recherche de solutions pour le redressement des entreprises. S'inspirant du législateur français, le législateur OHADA poursuit cette ambition en instaurant une procédure de

²⁹⁷F. M. SAWADOGO, « Les procédures de prévention dans l'AUPC révisé : la conciliation et le règlement préventif », *Dr. et patr.* 2015.32.

²⁹⁸M. MENJUCQ, « La contractualisation du droit des entreprises en difficultés », *Rev. pro. coll.* 2015.101.

²⁹⁹J. BADILET, « Pratiques parisiennes en matière de traitement préventif des difficultés des entreprises », *Gaz. Pal.* 2011.132.7.

³⁰⁰C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La loi de sauvegarde des entreprises, de nouvelles procédures, pour de nouvelles stratégies », *Rev. pro. coll.* 2007.1.13.

³⁰¹E. BROCARD, « Les stratégies de restructuration des entreprises en difficulté », *LPA* 2011.

conciliation permettant de rechercher des solutions amiables pour redresser l'entreprise. La prise en compte des intérêts des créanciers en général et des créanciers chirographaires en particulier se matérialise par leur participation à la conclusion de l'accord de conciliation ou de mandat ad hoc (Chapitre I).

161. En mettant l'accent sur la participation des créanciers, les législateurs OHADA et français entendent faciliter le redressement de l'entreprise dans un cadre contractuel et non judiciaire. Néanmoins, pour favoriser le paiement des créanciers chirographaires encore faut-il que la participation des créanciers conduise au rétablissement effectif de l'entreprise (Chapitre II).

CHAPITRE I : LA PARTICIPATION DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES AU TRAITEMENT AMIABLE DES DIFFICULTÉS DE L'ENTREPRISE

162. Lorsque la société fonctionne normalement, les créanciers sont payés, le crédit est sauvegardé.³⁰² Cependant, les premiers signes de difficulté de l'entreprise bouleversent le paiement des créanciers surtout chirographaires. L'ouverture d'une procédure de mandat ad hoc ou de conciliation a pour but de permettre au débiteur de pouvoir conclure un accord avec ses créanciers. La nécessité de trouver un accord est une manifestation de la volonté du législateur OHADA et français de faire participer les créanciers à la recherche des solutions de sauvetage de l'entreprise. Mais il convient de souligner que la participation des créanciers chirographaires non seulement n'est pas encadrée (Section I) mais est aussi teintée de contrainte (Section II).

SECTION I : UNE PARTICIPATION NON ENCADRÉE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES

163. En droit français ou en droit de l'OHADA, dans le cadre de la conciliation ou du mandat ad hoc, la négociation « constitue la pierre angulaire d'une procédure contractuelle digne de ce nom »³⁰³. Les créanciers sont de ce fait les acteurs de la négociation. Mais pour négocier avec le débiteur encore faudrait-il être convié à la table des négociations. Les règles du droit français et OHADA relatives aux procédures collectives confèrent à tous les créanciers, y compris aux créanciers chirographaires, le droit de participer à la conclusion de l'accord de conciliation ou de mandat ad hoc (§I). Mais encore faudrait-il qu'ils soient conviés par le débiteur à la négociation. D'où une participation douteuse des créanciers chirographaires à la conclusion de l'accord (§II).

³⁰²J. PAILLESSEAU, préc., note 68.

³⁰³P. LOKIEC, « Garantir la liberté du consentement contractuel », dans *Répertoire du droit social*, 2009, p. 127.

§II : LA PARTICIPATION DES CRÉANCIERS CHIRO- GRAPHAIRES À LA CONCLUSION DE L'ACCORD DE CONCILIATION

164. Le débiteur, conjointement avec ses créanciers, détermine librement le contenu de l'accord (A) et sollicite le juge pour donner force obligatoire à l'accord conclu. De ce fait, le juge n'intervient pas pour contrôler le contenu de l'accord (B).

A : la libre détermination du contenu de l'accord par les parties

165. L'accord conclu par le débiteur et ses créanciers ou ses cocontractants habituels dans le cadre d'une conciliation ou d'un mandat ad hoc regroupe l'ensemble des engagements que les parties ont librement consentis afin de mettre fin aux difficultés de l'entreprise. La conclusion de cet accord tire sa force de la volonté des parties. Ainsi, les modalités d'apurement de la dette peuvent être multiples, notamment l'acceptation de délais de paiement et/ou de remises de dettes, l'acceptation d'une compensation, des appels à paiement... Il n'est pas interdit, dans ce cas, que les créanciers acceptent que le débiteur procède au paiement de certains créanciers. En réalité, la procédure de mandat ad hoc ou de conciliation s'inscrit dans un contexte de promotion de la justice privée, où la négociation prend le pas sur les décisions imposées. C'est la volonté des parties qui prévaut. La procédure de conciliation ou de mandat ad hoc n'étant pas des procédures collectives et égalitaires³⁰⁴, le traitement des créanciers se fait au cas par cas. Dans ce cas, la négociation se fait avec chaque créancier. Ces derniers déterminent librement les efforts qu'ils souhaitent consentir à leur débiteur. La participation des créanciers consiste donc à consentir des remises de dettes ou des délais de paiement dans le but de faciliter le redressement de l'entreprise et, par la même occasion, leur paiement.

166. Il faut dire que c'est à ce moment que les créanciers chirographaires conviés peuvent se réunir pour mieux négocier afin de prendre des mesures appropriées pour assurer le paiement de leur créance. Par exemple, avec l'accord des autres créanciers, les créanciers chirographaires s'ils sont appelés, peuvent négocier le paiement de leur créance dès les premières rentrées de fonds dans les caisses de l'entreprise. En principe, les parties peuvent inclure toutes les

³⁰⁴C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., coll. LGDJ, Lextenso, 2016, n° 369.

clauses qu'ils jugent nécessaires pour la protection de leur créance dans l'accord de conciliation. Il est tout de même important de relever que tous les engagements pris dans le cadre de l'accord de conciliation ou du mandat ad hoc doivent conduire au redressement de l'entreprise.

167. Force est de constater que le débiteur qui demande l'ouverture d'une conciliation ou d'un mandat ad hoc fait déjà face à des difficultés qu'il n'arrive plus à surmonter. C'est la raison pour laquelle il fait appel à ses créanciers. Seulement, pour faciliter la conclusion d'un tel accord, il faudrait que les créanciers soient sûrs que le débiteur sera capable d'honorer son engagement envers eux. Les intérêts des uns et des autres étant forcément divergents, la situation du débiteur nécessitant la recherche de solutions urgentes, un conciliateur ou un mandataire ad hoc est nommé par le juge afin de faciliter la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses créanciers³⁰⁵.

168. La facilitation de la conclusion de l'accord doit être largement préparée et assez tôt par le conciliateur ou le mandataire ad hoc qui, de ce fait, a un rôle très important avant l'ouverture des négociations. C'est dire que, dès sa nomination, le conciliateur doit procéder à une analyse minutieuse de la situation du débiteur afin de déterminer l'origine et les causes des difficultés du débiteur et aussi s'assurer que le débiteur n'est pas en cessation de paiements ou du moins l'est depuis moins de quarante-cinq jours pour ce qui est du droit français. Dans cette phase, il doit être aidé par le débiteur qui lui fournit tous les renseignements dont il a besoin³⁰⁶. Il s'agit des informations concernant la situation exacte du passif de l'entreprise, les mesures d'apurement des dettes, la liste des créanciers participants, le montant du passif du débiteur, le montant de son actif, les charges de l'entreprise. Toutes ces informations vont permettre au conciliateur d'avoir une idée exacte de la situation du débiteur. Contrairement au législateur OHADA, le conciliateur en droit français a un pouvoir d'initiative beaucoup plus poussé car il peut faire des propositions de plan de sauvegarde, de poursuite de l'activité ou de maintien de l'emploi qu'il propose au débiteur,

³⁰⁵ Il faut tout de même préciser que, le débiteur peut proposer tant en droit OHADA que français le nom d'un conciliateur. Mais, le juge n'est pas tenu de suivre sa proposition.

³⁰⁶ Articles L.611-7 alinéa 2 du Code de commerce et 5-5 alinéa 1 AUP dispose que : « il lui est permis de demander au débiteur de lui fournir tous les renseignements qu'il juge utiles ».

ce qui peut être un argument supplémentaire sur lequel il peut se fonder pour convaincre les créanciers. Mais aussi, en tant que personne externe à l'entreprise, il reste neutre. Ceci revient à dire qu'un plan de redressement rédigé par un conciliateur et accepté par le débiteur sera mieux accueilli par les créanciers. L'objectif étant la sauvegarde de l'entreprise, c'est de bon droit que le législateur français confie cette mission au conciliateur. Au vu de tout ceci, le conciliateur sera assez outillé pour convaincre les créanciers pendant les négociations.

169. Pendant les négociations, le conciliateur participe aux débats. Cependant, son rôle n'est pas de prendre position, mais d'éclairer les créanciers. Il s'agit pour lui de présenter aux créanciers toutes les solutions qu'il a au préalable échaufaudées avec le débiteur, de renseigner les créanciers sur la situation exacte du débiteur et des mesures adaptées pour mettre fin et de manière durable aux difficultés du débiteur. Autrement dit, il s'agit de convaincre les créanciers qu'au vu de la situation du débiteur, des solutions de redressement sont encore possibles, que les remises et les délais de paiement qu'ils vont consentir permettront au débiteur de mettre fin à ses difficultés.

170. Le législateur français va plus loin en confiant au conciliateur depuis l'ordonnance du 12 mars 2014 le soin d'organiser durant la conciliation, une cession partielle ou totale de l'entreprise à la demande du débiteur et après avis des créanciers³⁰⁷. Ces larges pouvoirs confiés au conciliateur en droit français, ne constituent en rien un frein au caractère consensuel de l'accord. En effet, aucun délai de paiement ou de remise de dette ne doit être imposé aux créanciers. Le respect de la liberté des parties reste le principe : « Ni le juge, ni a fortiori le conciliateur, ne peut forcer la main des créanciers appelés à la table des négociations. La conciliation doit être totalement amiable, les textes y veillent en n'ouvrant aucune possibilité de forçage de l'accord des partenaires du débiteur »³⁰⁸. Le débiteur et ses créanciers déterminent librement le contenu de l'accord.

³⁰⁷T. MONTERAN et M. MIEULLE, « Le vade-mecum du plan de cession “prépack” », *BJED* 2015.164.

³⁰⁸F. REILLE, « L'instauration d'une conciliation à la française en droit des entreprises en difficulté OHADA », *LPA* 2016.49.7.

171. Bien que n'existant pas en droit OHADA, le mandataire ad hoc du droit français n'a pas une mission déterminée par la loi. C'est le juge qui détermine sa mission. Ainsi, selon l'article L.611-3 du Code de commerce : « *Le président du tribunal peut à la demande d'un débiteur, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission.* Autrement dit, c'est le tribunal qui fixe les missions du mandataire ad hoc. De ce fait, la mission du mandataire est librement proposée par l'avocat du débiteur dans sa demande et arrêtée dans son ordonnance de désignation³⁰⁹. D'ailleurs, le pouvoir d'animer la négociation et de susciter des propositions sérieuses et acceptables par les principaux créanciers ne donne pas au conciliateur les pouvoirs de prendre des décisions en lieu et place du débiteur. En effet, le débiteur reste à la tête de son entreprise et reste libre non seulement dans son administration et sa gestion, mais aussi et surtout dans le choix des créanciers participant à la procédure. Cependant, le choix des créanciers participants peut aussi être de commun accord avec le conciliateur. Mais ce n'est qu'une option, le débiteur a le choix de rester le maître de jeu en la matière³¹⁰

172. Concrètement, afin de garantir la sécurité des créanciers, le mandataire ou le conciliateur chargé d'assister les deux parties aux intérêts parfois divergents doit être une personne de confiance, capable d'accomplir sa mission en toute indépendance et en toute impartialité. L'indépendance du professionnel désigné qui tient une partie de son autorité de sa désignation par le tribunal est un élément clé dans la négociation. Le conciliateur ne doit pas de ce fait, avoir perçu, à quelques titres que ce soit, directement ou indirectement, une rémunération ou un paiement de la part du débiteur intéressé, de tout créancier du débiteur ou d'une personne qui en détient le contrôle ou est contrôlé par lui, au cours des vingt-quatre mois précédant la décision d'ouverture de la conciliation³¹¹. De plus, aucun parent ou allié du débiteur, jusqu'au quatrième degré, inclusivement, ne peut être désigné en qualité de conciliateur.

173. En effet, leur indépendance à l'égard du débiteur est renforcée par l'encadrement de leur rémunération. Ainsi, avec l'accord du débiteur au jour de la conciliation ou du mandat ad hoc, le président de la juridiction compétente

³⁰⁹T. MONTERAN et M. MIEULLE, préc., note 312.

³¹⁰F. REILLE, préc., note 313.

³¹¹Article 5-4 AUP

détermine les modalités de la rémunération du conciliateur et arrête son montant³¹². Afin d'assurer une transparence, la rémunération du mandataire ad hoc ou du conciliateur est communiquée au ministère public pour avis en droit français³¹³. Cet avis du ministère public et l'intervention du juge dans la rémunération limitent le risque de partialité du mandataire ad hoc ou du conciliateur. La fixation de la rémunération du mandataire ad hoc ou du conciliateur dès l'ouverture de la procédure permet à ce dernier de prendre la mesure de ses engagements. Ainsi, la visibilité quant à la rémunération des mandataires judiciaires permet au débiteur de connaître et en temps utile, les rémunérations des intervenants désignés par le président³¹⁴. L'encadrement de leur rémunération permet de garantir leur indépendance vis-à-vis du débiteur.

174. Par ailleurs, pendant toute la durée de sa mission, le conciliateur rend compte régulièrement au président du tribunal de la juridiction compétente, de l'état d'avancement de sa mission et formule toutes observations utiles. S'il a connaissance d'une nouvelle difficulté pouvant conduire le débiteur à la cessation des paiements, il en informe tout de suite le président du tribunal. Au final, le conciliateur ou le mandataire ad hoc est un tiers indépendant et impartial chargé d'informer les créanciers et de leur faire comprendre que les sacrifices qu'ils s'appêtent à consentir au débiteur ne seront pas vains. Si le plan est bien construit, avec un plan d'apurement bien défini, l'entreprise sera capable de continuer à honorer ses engagements, ceci pour le plus grand bonheur des créanciers chirographaires. Néanmoins, dans le prolongement de leur liberté, les créanciers appelés, dans le cadre d'un mandat ad hoc ou d'une conciliation, ne sont pas tenus d'accepter les propositions du mandataire ou du conciliateur. Ils ont le droit de refuser ou d'accepter partiellement les clauses contenues dans l'accord négocié. Aucun refus ne sera constitutif de faute de leur part³¹⁵. Les parties déterminent alors librement le contenu de leur accord et le juge n'a de ce fait aucun pouvoir de contrôle.

³¹²Articles 5-4 alinéa 4 AUP et L.611-14 du Code de commerce

³¹³Article L.611-47 du Code de commerce

³¹⁴F. PEROCHON, « Coût, transparence et confidentialité de la prévention », *Rev. pro. coll.* 2014.79.

³¹⁵Cass. Com., 22 septembre 2015, n°14-17.377 : *Act. Proc. Coll.* 2015, comm. 263, obs. SAINTTOURENS ; *BJE* 2015, p.360, 112t3, obs. FAVORIO, *JCP E* 2016, 1151, note STAFANIA.

B : l'absence de pouvoir de contrôle du juge sur le contenu de l'accord

175. Les négociations engagées entre débiteur et créanciers sous l'égide d'un mandataire judiciaire afin de mettre fin aux difficultés de l'entreprise peuvent aboutir ou non à la conclusion d'un accord de conciliation. Il s'agit d'un contrat conclu entre le débiteur et ses principaux créanciers ou contractants habituels, lui accordant des délais de paiement et éventuellement des remises de dette. En réalité, que ce soit en droit OHADA ou français, les récentes réformes incitent à la recherche d'un accord amiable. Celui-ci obtenu, encore faut-il lui donner force exécutoire. Tout accord signé entre les parties, pour être exécutoire, doit être revêtu de la formule exécutoire. Après conclusion de l'accord de conciliation, les parties doivent obtenir un titre revêtu de la formule exécutoire leur permettant de recourir au recouvrement forcé de leur créance si le débiteur ne s'en acquitte pas spontanément³¹⁶. Ainsi, aux termes de l'article 5-10 alinéa 1 et 2 AUP : « *A la requête de la partie la plus diligente, l'accord signé peut être déposé au rang des minutes d'un notaire ou, homologué ou exequatur par la juridiction compétente statuant à huis clos* ». Par ailleurs, l'article L.611-8 alinéa I et II du Code de commerce dispose que : « *Le président du tribunal, sur la requête conjointe des parties, constate leur accord et donne à celui-ci force exécutoire – toutefois, à la demande du débiteur, le tribunal homologue l'accord obtenu* ». Autrement dit, la formule exécutoire peut être apposée par un juge ou un notaire. En effet, pour une plus grande confidentialité, les parties opteront pour la constatation de l'accord tandis que, pour une plus grande sécurité, les créanciers opteront pour l'homologation de l'accord.

176. Concernant la constatation de l'accord, qui se fait dans un cadre strictement confidentiel³¹⁷; le président du tribunal sur requête conjointe du débiteur et des créanciers, constate leur accord et donne à celui-ci force exécutoire. Il statue au vu d'une déclaration certifiée du débiteur attestant qu'il ne se trouve pas en cessation des paiements lors de la conclusion de l'accord, ou que ce dernier y met fin³¹⁸. Il appartient donc au juge de donner force exécutoire à l'acte constatant l'accord des parties. Le juge constate l'accord sans toutefois revenir sur son contenu. En effet, il reprend juste la teneur de l'accord dans le

³¹⁶G. CORNU, préc., note 4, p. 1027.

³¹⁷L'article

³¹⁸Article L.611-8-I du Code de commerce

procès-verbal de conciliation et y appose sa signature. L'original de ce procès-verbal est minuté par le greffe comme un jugement³¹⁹. D'ailleurs, si les parties demandent au juge de constater leur accord, il se contentera d'apposer sa signature sur le procès-verbal de conciliation, il ne peut prendre position sur le contenu de l'accord³²⁰ et son pouvoir de contrôle est tenu³²¹. En effet, constater, c'est observer³²², ce qui exclut tout contrôle approfondi. Un contrôle approfondi nuirait au caractère contractuel du contenu de l'accord. Il faut tout de même noter que, à l'opposé du droit français, le législateur OHADA renforce le caractère consensuel des parties en optant pour une formule souple. De ce fait, l'accord de conciliation en droit OHADA ne nécessite pas l'intervention d'un juge. Pour revêtir leur accord de la formule exécutoire, les parties à l'accord de conciliation déposent simplement l'accord signé au rang des minutes d'un notaire afin qu'il acquière les effets d'un acte authentique et pour qu'il en soit délivré une copie exécutoire valant titre exécutoire³²³.

177. Toutefois, l'accord de conciliation n'échappe pas au respect des principes de base de tout contrat. De ce fait, les juges ou les notaires sont appelés à faire un contrôle léger³²⁴ c'est-à-dire un contrôle minimum. C'est en sens qu'une cour d'appel parlant des transactions énonce que : «Lorsque le président du tribunal de grande instance statue en application de l'article 1441-4 du code de procédure civile sur une demande tendant à conférer force exécutoire à une transaction, son contrôle ne peut porter que sur la nature de la convention qui lui est soumise et sur sa conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs»³²⁵.

178. S'agissant de l'homologation de l'accord, si le législateur africain opte pour le renforcement du caractère contractuel de la procédure de conciliation en limitant les pouvoirs du juge à la vérification de la conformité de l'accord à l'ordre public, le législateur français va plus loin en accordant des pouvoirs

³¹⁹M. FOULON et Y. STRICKLER, « Accords et force exécutoire en France », *Gaz. Pal.* 2013.244.2842.

³²⁰J. VALLANSSAN, « Le rôle du juge dans les procédures préventives », *Rev. pro. coll.* 2014.Dossier 2.76.

³²¹B. THULLIER, « Accords ni constatés ni homologués ; remise en cause des accords », *Rev. pro. coll.* 2014.Dossier 12.107.

³²²Dictionnaire Larousse

³²³Article L.113-3 du code de procédure civile et d'exécution

³²⁴L. MAYER, « Précisions sur le contrôle léger exercé par le juge homologateur d'une transaction », *Gaz. Pal.* 2015.165.1544.

³²⁵Cass. civ, 2^e, 26 mai 2011, pourvoi n°06-19.527, FS-P+B.

plus larges au juge. De ce fait, ce dernier ne doit homologuer l'accord que si certaines conditions sont réunies. Il s'agit pour le juge de vérifier que le débiteur n'est pas en cessation des paiements ou que l'accord conclu 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-signataires. Au regard de ceci, les pouvoirs du juge portent sur le contenu de l'accord librement fixé par les parties. Le juge joue un rôle plus actif pendant la procédure d'homologation. Il peut faire un contrôle plus approfondi de l'accord notamment sur son contenu. En effet, pour savoir si l'accord porte atteinte au droit des créanciers non-signataires, il faut vérifier le contenu des accords ou les clauses contenues dans l'accord des parties. Les solutions librement consenties par les parties à l'accord peuvent être remises en cause par le juge lors de sa vérification. Mais, vu sous un autre angle, le juge participe à la sécurisation des parties non appelées à l'accord.

179. De même, le juge doit contrôler si les mesures prises sont à même de permettre la pérennité de l'entreprise. Il s'agit d'un contrôle poussé des solutions de renflouement ou de redressement consenties d'un commun accord entre les parties. Une atteinte grave à la liberté contractuelle des parties est de ce fait constatée. En effet, le juge étant tenu de motiver sa décision, il doit expliquer au débiteur et à ses créanciers pourquoi l'accord ne pourra pas assurer la pérennité de l'activité. Dans l'état normal des choses, il devra renvoyer les parties pour une nouvelle négociation. Seulement, une question se pose, si le délai légal de la conciliation est épuisé : le juge pourra-t-il décider de proroger le délai pour que le débiteur et les créanciers puissent recommencer les négociations nécessaires pour l'amélioration de l'accord ou pour la conclusion d'un nouvel accord ? Permettre une telle prorogation serait dangereux pour l'entreprise car cela signifie payer une fois de plus un expert ou proroger la mission du conciliateur. Tout cela constitue des dépenses supplémentaires lourdes pour une entreprise déjà confrontée à des difficultés. Comme Me Cosme ROGEAU le fait si bien remarquer, le danger des procédures amiables vouées à l'échec et qui s'éternisent, est qu'ils épuisent la trésorerie, condam-

nant toutes chances de redressement en procédure collective³²⁶. Ainsi, afin d'éviter toute prorogation de la procédure de conciliation, il serait judicieux que le juge certes contrôle, mais dès lors qu'il constate un des manquements précités, demande l'ouverture d'une procédure collective. De ce fait, les parties seront prévenues et prendront les mesures nécessaires pour négocier loyalement et sérieusement.

180. En revanche, une fois que l'accord est homologué, constaté ou déposé au rang des minutes d'un notaire pour ce qui est du droit OHADA, les créanciers et le débiteur sont tenus au respect des engagements consentis. Le contenu de l'accord tient ainsi lieu de loi pour ceux qui les ont faites³²⁷. Ainsi, afin de renforcer le contrôle de l'exécution des engagements contenus dans l'accord de conciliation en droit français, le débiteur peut demander la nomination d'un mandataire à l'exécution. Ce dernier, créé par l'ordonnance du 12 mars 2014 a pour but de favoriser l'exécution de l'accord de conciliation. En effet, garder un contrôle sur l'exécution de la conciliation est un gage de sécurité pour l'ensemble des créanciers, y compris pour ceux qui n'y sont pas parties³²⁸. Cette mission de surveillance accordée au mandataire à l'exécution est l'initiative du débiteur. C'est lui qui demande la nomination d'un mandataire à l'exécution. S'il fait une telle demande, c'est une preuve de sa bonne foi. De ce fait, la nomination du mandataire à l'exécution est un gage de bonne exécution des engagements consentis dans l'accord. En outre, en cas de nouvelles difficultés ou d'aggravation des difficultés antérieures à l'accord, le mandataire à l'exécution pourra intervenir à temps et demander l'ouverture d'une procédure collective.

181. Au final, le mandataire à l'exécution est le garant de la bonne exécution des engagements pris par le débiteur pendant toute la procédure. Il pourrait être envisagé par le législateur OHADA de prévoir l'attribution de la mission de mandataire à l'exécution au conciliateur comme il l'a déjà fait pour le contrôleur à l'exécution du concordat préventif³²⁹. Pour cela, la rémunération du contrôleur à l'exécution de l'accord de conciliation OHADA pourra être calquée

³²⁶F. PEROCHON, « Prévention: suivi et résolution des accords amiables. Rémunérations dans les missions amiables », *BJS* 2012.6.409.

³²⁷Paraphrase de l'article 1103 du code civil

³²⁸C. DELATTRE, « Le mandataire à l'exécution de l'accord : article L.611-8 III et R611-40 du Code de commerce », 2015.

³²⁹Article 4-19 AUPCAP

sur celle du contrôleur à l'exécution du concordat préventif. La nomination d'un mandataire à l'exécution renforcera davantage la sécurité des créanciers en droit OHADA

182. Par ailleurs, dans l'hypothèse où les termes de l'accord ne seraient pas respectés, les parties conservent la liberté de demander sa résolution. De plus, elles peuvent aménager contractuellement les conditions et les effets de la résolution de leur contrat. Par exemple, les parties peuvent insérer dans leur contrat des clauses résolutoires. Mais, dans certains cas, la résolution de l'accord peut être automatique. Il s'agit notamment de la résolution pour inexécution des engagements³³⁰ ou alors de la survenance d'une cessation des paiements³³¹. En cas de résolution de l'accord de conciliation, les créanciers recouvrent l'intégralité de leur créance et sûretés, déduction faite des sommes perçues³³² alors que les remises de dettes et les délais de paiement consentis dans l'accord sont anéantis³³³. Au final, la revalorisation du rôle des créanciers est très perceptible, ils deviennent en quelque sorte les acteurs incontestés du redressement de l'entreprise. Néanmoins, leur participation n'est pas automatique et dépend du bon vouloir du débiteur.

§II : UNE PARTICIPATION DOUTEUSE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES À L'ACCORD DE CONCILIATION

183. La participation des créanciers chirographaires conserve une place importante dans le traitement amiable des difficultés de l'entreprise tant en droit OHADA que français. Seulement, elle est soumise à la liberté du débiteur d'entamer les négociations (A) mais aussi et surtout au caractère sélectif des créanciers participants (B).

A : la liberté du débiteur d'entamer les négociations

184. Le débiteur est libre de décider du choix de la procédure à laquelle il souhaite se soumettre lorsqu'il n'est pas en cessation de paiements ou l'est de-

³³⁰ Article L.611-10-3 du Code de commerce

³³¹ Article 611-12 du Code de commerce

³³² Idem

³³³ F. PEROCHON, préc., note 331; E. MOUIAL-BASSILANA, « Faculté d'agir en résolution de l'accord amiable en cas de procédure collective subséquente », *L'essentiel* 2009.4.2.

puis moins de 45 jours³³⁴. Puisqu'il est le seul maître de ses affaires, l'initiative d'entamer les négociations lui appartient. À l'instar du droit français, la demande de la procédure de conciliation du droit OHADA est le monopole du débiteur. Autrement dit, c'est le chef d'entreprise ou l'organe de représentation légal de la personne morale, notamment président-directeur ou directeur général dans les sociétés anonymes, gérant dans les autres sociétés commerciales, qui sont habilités à solliciter l'ouverture d'une procédure de conciliation ou de mandat ad hoc, même si le législateur OHADA renforce le caractère contractuel de la conciliation en donnant la possibilité au débiteur de préparer conjointement la requête avec les créanciers qu'il choisira. En tout état de cause, qu'il s'agisse d'une requête unilatérale ou conjointe, le débiteur a l'initiative d'entamer les négociations, car aucune demande entreprise par un créancier ne saurait juridiquement prospérer. De ce fait, la requête du débiteur peut être conjointe avec un ou plusieurs de ses créanciers, mais sans être une condition de recevabilité³³⁵. On peut penser que l'intervention des créanciers aux côtés du débiteur rendra sa demande plus crédible puisqu'il peut en être déduit qu'ils sont favorables à la négociation³³⁶, ce qui n'est pas toujours le cas. Donc, contrairement au règlement amiable des difficultés des exploitations agricoles du droit français³³⁷, aucun créancier ne peut solliciter l'ouverture d'une procédure de conciliation ou de mandat ad hoc à l'égard de son débiteur.

185. Cette solution peut se justifier puisque c'est au débiteur de décider, en fonction des éléments comptables en sa possession et de sa situation de trésorerie, de prendre l'initiative qui s'impose³³⁸. En effet, personne mieux que le débiteur, ne maîtrise son entreprise. Toutefois, l'initiative de l'ouverture de la procédure de conciliation aux créanciers avait fait l'objet de discussions. Néan-

³³⁴En droit OHADA, le débiteur ne peut pas solliciter une procédure de traitement amiable de ses difficultés lorsqu'il est déjà en cessation de paiements. Ce qui n'est le cas pour le débiteur en droit français.

³³⁵Article 5-2 AUPC

³³⁶D. PIIH et J. KAMGA, *OHADA: traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2016, p. 1155.

³³⁷La demande d'ouverture du règlement amiable des exploitations agricoles peut être à l'initiative des créanciers. Donc, la saisine du président du tribunal est également accordée aux créanciers. Article L.351- 2 du code rural et de la pêche maritime.

³³⁸J. CALVO, « La notion de cessation des paiements dans les procédures collectives », 1999.4.

moins, pour certains auteurs, la cessation de paiements n'étant pas avérée, il n'est pas normal de donner la possibilité aux créanciers d'initier une procédure en règlement préventif car les mesures préventives ne peuvent être imposées au débiteur³³⁹. Pour les partisans de cette thèse, confier un pouvoir d'initiative aux créanciers et aux partenaires sociaux serait sans doute risqué, dès lors que le dirigeant de l'entreprise doit rester le maître de la prévention. Il détient en effet l'ensemble des informations qui peuvent permettre de concourir à son succès. Cela reste une « prérogative exclusive du chef d'entreprise, on l'a dit, mais c'est fondamental, s'il n'y a pas de démarche volontaire des chefs d'entreprise ça ne marche pas. En outre certains créanciers peuvent être malveillants, et il convient d'éviter de leur conférer un droit d'initiative qui pourrait dégénérer assez facilement en abus »³⁴⁰.

186. Cependant, l'exclusion du ministère public et du tribunal paraît plus discutable car ils peuvent avoir connaissance des éventuelles difficultés de l'entreprise. De plus, le ministre public est le représentant de l'intérêt général³⁴¹. Dans le même ordre d'idées, le professeur SAWADOGO estime que le législateur OHADA aurait pu accorder au ministère public le droit de diligenter la procédure de règlement préventif en raison de l'intérêt que l'État a toujours de venir en aide aux entreprises en difficulté³⁴². Donc, contraindre le débiteur à la prévention de son entreprise en permettant au ministère public par exemple de solliciter sur la base des informations dont il a connaissance, l'ouverture d'une procédure de conciliation, s'avère nécessaire dans les deux législations. Ceci est encore plus important dans le contexte africain dans la mesure où la culture de la prévention n'est pas encore ancrée dans les mœurs. De plus la crainte de la saisine du tribunal en Afrique est un des arguments pouvant inciter le législateur africain à étendre l'initiative de l'ouverture des procédures de prévention telle que la procédure de conciliation à d'autres personnes comme que le ministère public. Malgré les critiques liées à l'indépendance du ministère public en

³³⁹DERRIDA, « Concordat préventif et droit Français », *D.* 1961.94.

³⁴⁰G. TEBOUL, « Faut-il encore réformer le droit des entreprises en difficultés ? », *LPA* 2007.215.4.

³⁴¹P. ROUSSEL-GALLE, *Droit des entreprises en difficultés*, coll. LexisNexis, 2012, p. 16.

³⁴²J. ISSA-SAYEGH, P. G. POUGOUE et F. M. SAWADOGO, *OHADA: traité, actes uniformes et règlements annotés*, 2008., commentaire du professeur SAWADOGO, p.883

Afrique³⁴³, cette solution pourrait être un début de solution pour la réduction du nombre d'entreprises africaines soumises à une liquidation judiciaire³⁴⁴ et par la même occasion, le nombre de créanciers chirographaires resté impayé à la clôture d'une liquidation pour insuffisance d'actif. Toutefois, cette liberté du débiteur est renforcée par l'absence de sanction en cas de non-recours aux procédures de négociation.

187. Il faut rappeler que le débiteur n'est pas sanctionné lorsqu'il omet de solliciter l'ouverture d'une procédure de conciliation ou de mandat ad hoc. L'essentiel pour le créancier chirographaire, c'est d'être payé à l'échéance. Pour cela, afin que l'entreprise puisse continuer à honorer ses engagements envers ses créanciers, encore faut-il qu'elle puisse se maintenir en bonne santé. Ainsi, il y va de l'intérêt de tous que l'entreprise reste en bonne santé. C'est pour cette raison que les législateurs OHADA et français instaurent la procédure de conciliation ou de mandat ad hoc permettant de prendre en main assez précocement les difficultés de l'entreprise. Ainsi, la crise a mis de nombreuses entreprises en situation de détresse financière³⁴⁵. Malgré l'encouragement du législateur français et OHADA à recourir aux procédures amiables lorsque l'entreprise est en difficulté avérée ou simplement prévisible, le nombre de défaillances, malgré leur baisse en France, reste important. À voir le bilan des défaillances, la France compte 12746 cas de défaillance d'entreprise pour le deuxième trimestre 2018 dont 237 sauvegardes, 3739 redressements judiciaires 8770 liquidations judiciaires sans oublier que 2/3 des redressements judiciaires sont finalement convertis en liquidation judiciaire³⁴⁶. Compte tenu de ces résultats et des conséquences néfastes des liquidations judiciaires sur le recouvrement des créances chirographaires, il est de bon droit d'inciter, voire de faire pression sur les débiteurs, afin qu'ils fassent de la prévention des difficultés de leur entreprise une priorité. Il est clair que pour une meilleure protection des créanciers chirographaires, le caractère facultatif du recours aux dispositifs

³⁴³E. MESMIN KOUMBA, *Droit de l'ohada: prévenir les difficultés des entreprises*, L'hamattan, coll. Etudes africaines, 2013, p. 105.

³⁴⁴A. BETTY KOTO-TECHEKA, *Le règlement préventif dans l'espace ohada*, Thèse de doctorat, Montpellier, 2012, p. 107.

³⁴⁵V. MARTINAU-BOURGNINAUD, « La conciliation : droit ou obligation ? », *Rev. pro. coll.* 2014.86.

³⁴⁶Bilan défaillances et sauvegardes d'entreprises en France deuxième trimestre 2018, www.altares.fr

amiables ne favorise pas suffisamment l'anticipation précoce des difficultés de l'entreprise, d'où l'intérêt d'envisager une sanction.

188. L'analyse critique de l'acte uniforme OHADA sur les procédures collectives et le Code de commerce français nous enseigne que la procédure de prévention est une procédure facultative. En effet, le caractère facultatif de la procédure préventive justifie l'absence de sanction en cas de non mise en œuvre.

189. En revanche, l'absence de sanction du débiteur peut encourager son inertie dans la mise en œuvre des procédures de traitement amiable. Comme on vient de le dire, ni le législateur africain, ni le législateur français n'a organisé une telle sanction. Sans oublier les aspects positifs de la procédure de prévention, il n'est pas certain que les débiteurs aient volontiers recours à cette procédure. Or, l'un des objectifs de la prévention est de sauvegarder l'entreprise et le maintien du gage commun des créanciers chirographaires. En outre, lorsqu'elles sont ouvertes à temps, elles contribuent à la sauvegarde de l'intérêt collectif des créanciers³⁴⁷ et du débiteur. Cependant, le législateur français fait de la prévention, l'outil indispensable du sauvetage des entreprises dans sa loi du 12 mars 2014, car la menace du bâton semble être la solution adéquate pour stimuler ceux qui n'utiliseraient pas ces procédures dont l'efficacité est avérée³⁴⁸. Ainsi, pour permettre le renforcement de la protection des créanciers chirographaires, notamment par la facilitation du remboursement de leurs créances, il semble important de faire pression sur le débiteur afin qu'il sollicite l'ouverture d'une procédure de prévention assez précocement, lorsqu'il présente des signes avant-coureurs des difficultés pouvant le conduire à court ou à moyen terme à la cessation des paiements. En effet, dans le cadre de la prévention, une sanction peut être une source d'incitation du débiteur à recourir assez tôt à une négociation amiable avec ses créanciers.

190. Plus précisément, à l'instar de la procédure de redressement et de liquidation judiciaire OHADA et français, où il existe une sanction en cas de déclaration tardive ou de non-déclaration de la cessation des paiements³⁴⁹, il s'agirait

³⁴⁷F. PEROCHON, « L'intérêt collectif n'est pas l'intérêt de tous les créanciers sans exception », *BJS* 2016.03.218; J. THERON, « L'intérêt des créanciers enfin défini », *Gaz. Pal.* 2015.265.19.

³⁴⁸P. RUBELLIN, « Ne pas demander une procédure volontaire est-il ne faute de gestion », *BJS* 2013.74.

³⁴⁹Article 189 AUPCAP

de permettre au débiteur, sous peine de sanctions, de solliciter l'ouverture d'une procédure de prévention.

191. Ainsi, la mise en place d'une sanction serait conforme à « l'un des objectifs de la loi de sauvegarde qui est, d'inculquer aux dirigeants la culture de la prévention. Amener le dirigeant, l'entrepreneur à démystifier le dépôt de bilan et à solliciter de l'aide avant que la cessation des paiements ne soit constatée »³⁵⁰. Si, comme on vient de le dire, la mise sur pied d'une sanction en cas de non-soumission à la procédure de prévention devait inciter les débiteurs à y recourir, il n'en demeure pas moins vrai que la jurisprudence française a déjà amorcé le pas dans plusieurs arrêts. En effet, en principe, le débiteur est libre d'initier une procédure de conciliation et dette liberté n'est assortie d'aucune sanction. Toutefois, ce n'est pas ce qui ressort de l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse du 29 avril 2009. En l'espèce, la cour infirme le jugement querellé du tribunal de commerce de Toulouse du 26 mars 2008 qui avait prononcé une mesure de faillite personnelle pour une durée de 10 ans contre x en ayant constaté les fautes suivantes : l'omission de déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal, l'absence de coopération et l'absence de tenue d'une comptabilité. À la place de la faillite personnelle, la cour d'appel réforme le jugement de la Cour et prononce une interdiction de gérer au motif que : « x qui n'a jamais demandé l'ouverture d'une procédure de conciliation, n'a pas déposé la déclaration de cessation des paiements dans le délai de quarante-cinq jours imposés par la loi. À la lecture de cette décision, un lien est établi entre l'absence d'ouverture de la procédure de conciliation et la sanction prononcée par le juge »³⁵¹. Cette première décision qui fait le lien entre la non-ouverture d'une procédure de prévention et la sanction du dirigeant semble curieuse. Cependant, elle a eu le mérite d'être suivie par d'autres juridictions.

192. Cette décision sera suivie par les hauts magistrats de la cour d'appel de Douai du 16 février 2012. En l'espèce, un dirigeant est poursuivi par le liquidateur devant le tribunal de commerce de Boulogne-sur-Mer sur le terrain de la responsabilité pour insuffisance d'actif et en interdiction de gérer. Il lui était reproché, d'une part une poursuite d'activité déficitaire qui ne pouvait conduire

³⁵⁰C. DELATTRE, « La prévention peut-elle être un alibi pour parer à toute sanction ? », *Rev. pro. coll.* 2009.6.24.

³⁵¹Id.

qu'à la cessation des paiements et, d'autre part l'absence de déclaration de la cessation des paiements dans le délai légal sans avoir, par ailleurs, demandé l'ouverture d'une procédure conciliation. Pour ces faits, la juridiction condamne le dirigeant au paiement d'une somme de 60 000 Euros et prononce à son encontre une mesure d'interdiction de gérer de 15 ans au motif que, Mx a attendu que l'activité de la société ait cessé pour procéder à la déclaration de la cessation des paiements et que cette poursuite d'activité déficitaire constitue une faute de gestion³⁵².

193. Dans la même perspective, un arrêt du 9 juillet 2012 du tribunal de commerce de Valenciennes indiquait que, compte tenu du fait que Mx s'est abstenu de demander l'ouverture d'une procédure de mandat ad hoc ou de conciliation en préférant poursuivre une activité largement déficitaire, Mx avait commis une faute de gestion³⁵³ susceptible de sanction civile pécuniaire et non pécuniaire³⁵⁴.

194. Par ailleurs dans un autre arrêt de la cour d'appel de Douai du 4 octobre 2013, le juge fait état du fait que la procédure de conciliation est une faculté à laquelle le débiteur est parfois tenu de recourir. En l'espèce, un dirigeant s'était abstenu de procéder à une déclaration de cessation des paiements dans le délai légal, et n'avait pas non plus recouru à la procédure de conciliation, le tribunal de commerce l'avait condamné pour faute de gestion estimant que celui-ci avait poursuivi abusivement une activité déficitaire et avait prononcé une interdiction de gérer. Le dirigeant condamné avait fait appel, mais la cour d'appel confirma la décision au motif que la situation largement déficitaire ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements³⁵⁵.

195. Il ressort de ces arrêts que les juges français tentent d'illustrer et de donner un contenu à l'absence de demande d'ouverture de la procédure de prévention constitutive d'une faute de gestion et essaient, autant que faire ce peu, de déterminer des sanctions applicables sur la base de la poursuite d'une activité

³⁵²C. DELATTRE, « La crise économique peut-elle exonérer le dirigeant de sa responsabilité ? », *Rev. pro. coll.* 3.2012.

³⁵³Id.

³⁵⁴C. DELATTRE, « Absence de recours à la prévention et faute de gestion », *Rev. pro. coll.* 2012.5.

³⁵⁵CA Douai 4 décembre 2013 n°12-05585

manifestement déficitaire. Sans être encadrée par les textes de loi OHADA et français, la jurisprudence à travers les arguments utilisés dans ces arrêts trace le chemin vers l'admission d'une sanction en cas d'absence de demande d'ouverture d'une procédure de traitement amiable de difficulté de l'entreprise fondée sur la continuation d'une activité jugée déficitaire. Les dés sont ainsi jetés. Dès lors, on peut légitimement se demander si la mise sur pied d'une sanction permettra efficacement de contraindre le débiteur à solliciter l'ouverture d'une procédure de prévention ?

196. Ainsi, en l'état, la doctrine française est partagée. Pour le Professeur Pierre-Michel LE CORRE, le caractère facultatif de la procédure de prévention est contraire à l'application d'une sanction. Car selon lui, là où il n'y a que faculté, il ne semble pas y avoir faute³⁵⁶. Contrairement à cette position, certains auteurs suivent le pas de la jurisprudence en avançant des arguments divers. Pour eux, si certains ne sollicitent pas ces techniques de prévention par méconnaissance de leur existence, d'autres, en revanche, les évitent par méconnaissance d'un passif déjà excessif qui aurait indubitablement été révélé dans les procédures volontaires. Leur évitement est en soi fautif³⁵⁷. D'autre part, l'aveu d'une défaillance n'est pas déshonorant et doit désormais être perçu comme la marque d'un comportement responsable et loyal envers ses créanciers³⁵⁸. L'anticipation des difficultés devient peu à peu une nécessité pouvant être constitutive d'une faute de gestion.

197. On voit que, malgré la plasticité de la faute de gestion³⁵⁹, le chemin vers une sanction en cas de non-utilisation des procédures d'anticipations des difficultés se précise de plus en plus dans la jurisprudence française. C'est pour cette raison que nous exhortons le législateur français et OHADA à suivre le pas de la doctrine et de la jurisprudence favorable à l'instauration d'une telle sanction. En effet, non seulement l'anticipation facilite la conclusion de l'accord à temps, mais aussi et surtout permet de maintenir l'entreprise en vie pour le bonheur de tout le monde, en particulier des créanciers chirographaires

³⁵⁶P. M. Le CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6^e éd., coll. Dalloz, 2011, n° 922.25.

³⁵⁷P. RUBELLIN, préc., note 353.

³⁵⁸C. DELATTRE, préc., note 357.

³⁵⁹T. FAVORIO, « La faute de gestion aux regards de l'article L.651-2 du Code de commerce », *Rev. pro. coll.* 2011.3.34.

qui ont pour seul gage l'actif social. Il est tout de même légitime de dire que liberté rythme avec faculté. Imposer une sanction à l'encontre du débiteur serait porté atteinte à sa liberté contractuelle. Mais ce qui est intéressant à noter est que la sauvegarde de l'entreprise entraîne la sauvegarde de l'intérêt de tous y compris celui du débiteur. Dans ce cas, imposer une sanction serait juste responsabiliser davantage les débiteurs et aussi contraindre les débiteurs qui seraient tentés de laisser leur situation s'aggraver à agir au plus vite. Mais il faut dire qu'on ne négocie pas seul, encore faut-il que les créanciers acceptent d'y participer.

B : le caractère sélectif des créanciers participants

198. Pour participer à une négociation, il faut avoir la volonté. Et, si l'on a cette volonté, on peut contracter. Chacun est libre de s'engager dans les liens contractuels. Si les créanciers sont libres de participer à l'accord de conciliation ou de mandat ad hoc, encore faut-il qu'ils soient conviés à la table des négociations par le débiteur. En vertu de la liberté contractuelle, il revient au débiteur de choisir les créanciers qu'il appelle à la procédure de conciliation ou de mandat ad hoc. La volonté d'accepter de participer aux négociations rime avec la volonté du débiteur de choisir le créancier de son choix ou celui qui lui convient. À la lecture combinée des articles 5-1 alinéa 1 de l'AUP et L.611-7 du Code de commerce, la conclusion de l'accord s'effectue entre le débiteur et ses principaux créanciers et contractants habituels. Il en résulte que tous les créanciers ne sont pas appelés à la procédure de conciliation ou de mandat ad hoc. En effet, seuls les principaux créanciers sont concernés à moins que le débiteur ait un seul créancier. En cas de pluralité de créanciers, comment s'effectue le choix du débiteur ? En réalité, qui sont les principaux créanciers ? Les législateurs OHADA et français ne donnent aucune précision, ni définition de la notion de principaux créanciers et laissent le soin au débiteur de déterminer librement, ou conjointement avec le conciliateur ou le mandataire ad hoc, les créanciers principaux qu'il souhaite appeler à la table des négociations. L'on constate que la détermination de ceux-ci dépendra, à l'évidence, de l'activité et du secteur économique dans lequel évolue l'entreprise³⁶⁰. Il est cependant difficile de déterminer qui sont les principaux créanciers.

³⁶⁰C. SAINT-ALARY-HOUIN, préc., note 309, n° 368.

199. Littéralement, si l'on s'en tient à la définition du mot « principal », les créanciers principaux peuvent être ceux qui priment sur les autres de par leur importance, le rôle essentiel qu'ils jouent ou encore de part leur valeur. Pour la doctrine, les principaux créanciers, selon un critère quantitatif et objectif, sont ceux dont le montant des créances est élevé et qui disposent d'importantes garanties³⁶¹. Pour un autre auteur, les créanciers principaux sont ceux ayant une influence sur le fonds de roulement, et dont le soutien est nécessaire à la pérennité de l'entreprise³⁶².

200. D'autres part, pourront aussi être considérés comme créanciers principaux, les créanciers de moindre importance³⁶³, dont l'effort peut contribuer au rétablissement de l'entreprise, ou encore les créanciers qui pourront être impactés par la procédure amiable³⁶⁴. Eu égard à ce qui précède, trois catégories de principaux créanciers peuvent être identifiées d'un côté, ceux qui ont une créance importante, ceux qui disposent des garanties et de l'autre ceux que la procédure peut impacter³⁶⁵. Les premiers sont généralement redoutés en raison de l'importance de leurs créances, mais aussi en raison de leurs pouvoirs exorbitants de droit commun³⁶⁶. En toute hypothèse, leur participation est recherchée. Pour cela, le débiteur devrait parvenir à les convaincre à participer, car le salut de l'entreprise défaillante dépend généralement de l'attitude de ces créanciers. Il s'agit par exemple des créanciers publics³⁶⁷. Comme le fait si bien remarquer le Professeur Corinne SAINT ALARY-HOUIN, la participation de certains créanciers est capitale pour la viabilité de l'accord. Il s'agit des créan-

³⁶¹J.-M. LUCHEUX, « Les innovations dans la détection des difficultés des entreprises et dans les modalités de leur traitement amiable », dans *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, coll. Dalloz, 1995, p. 67-87.

³⁶²M.DOUAOUI-CHAMSEDDINE, « Plaidoyer en faveur d'une conciliation à la majorité », *JCP E* 2013.50.16-21.

³⁶³J.-M. LUCHEUX, préc., note 366.

³⁶⁴V. DE-CARRIERE, E. MERLY, J.-P. BAUCHAMP, F. PERONCHON et B. LAGARDE, « Atelier 3: élaboration du plan, de nouveaux rapports de force, de nouvelles stratégies », 2016.63.20, n° 63.

³⁶⁵F. MARCORIG-VENIER, « Les créanciers et leurs garanties », *Rev. pro. coll.* 2015.DOSSIER 53.53.

³⁶⁶D. RONET-YAGUE, *Les créanciers de la sécurité sociale et l'entreprise en difficulté : vers la contribution des organismes percepteurs au soutien de l'activité économique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012, n° 102.

³⁶⁷M. HERLEMONT, « Une solution au redressement d'une l'entreprise : le règlement amiable », *JCP E* 1998.676.

ciers institutionnels et notamment le trésor, les organismes de prévoyance et de sécurité sociale, les banquiers³⁶⁸, l'URSSAFF, les principaux fournisseurs³⁶⁹. En réalité, la participation de ces derniers est espérée, et même souhaitée par le débiteur car ils disposent de pouvoirs exorbitants pour récupérer leur créance, même en cas de défaillance du débiteur. C'est aussi le cas aussi pour certains créanciers titulaires de sûreté ou de privilèges comme le revendiquant ou le titulaire d'un droit de rétention.

201. Par contre, et concernant la dernière catégorie des créanciers, ces derniers seront très peu conviés à la table des négociations par le débiteur parce que ne disposant d'aucun pouvoir de pression sur ce dernier. La plupart des créanciers de cette catégorie n'ont aucune garantie et sont très souvent titulaires de faibles créances. Il s'agit pour la majorité des créanciers chirographaires. Vraisemblablement, le débiteur recherchera, par des procédés qui lui plaisent, celui qui acceptera les mesures qu'il souhaite mettre en place. C'est dire qu'un débiteur ne peut faire le choix d'appeler par exemple des créanciers avec qui il a des différends. Mais aussi, son choix portera certainement sur les créanciers qui d'une certaine manière détiennent des créances pouvant influencer ou gêner le redressement de son entreprise. Il est clair que les créanciers qui n'ont aucune influence sur le maintien de l'entreprise ne seront pas appelés à la table des négociations. Il s'agit des créanciers financièrement moins importants ou ceux ne disposant d'aucune garantie. Ainsi par exemple, un créancier titulaire d'un droit de gage ou d'un droit de réserve de propriété sur un bien capital de l'entreprise sera forcément appelé à la table des négociations, car si ce dernier exerce son droit de revendication, cela risquerait de priver le débiteur d'un élément important pour son redressement. De ce fait, les créanciers chirographaires auront forcément moins de chances d'être convoqués. Il est évident que les créanciers chirographaires ne seront pas la priorité du débiteur car ce dernier ne sollicitera que ceux des créanciers ayant un rôle majeur dans la réussite de l'accord. La participation des créanciers chirographaires sera toujours reléguée au second plan. Clairement, le débiteur ne convoquera que les créanciers jouant un rôle majeur dans son rétablissement.

³⁶⁸C. SAINT-ALARY-HOUIN, préc., note 309, n° 368.

³⁶⁹J.-M. LUCHEUX, préc., note 366.

202. Néanmoins, les créanciers influents, parce que titulaire de créances importantes ou de sûretés, ne sont pas tenus de répondre favorable à l'appel du débiteur. Ils restent libres de s'engager dans les liens d'une négociation avec le débiteur. S'ils refusent, le débiteur n'a aucun moyen de les y contraindre. La procédure de mandat ad hoc ou de conciliation n'étant pas des mesures de coercition, le créancier n'a aucune obligation d'accepter d'y participer³⁷⁰, il peut refuser de participer ou alors s'engager pour une partie seulement de ses créances³⁷¹.

203. Pourtant même si les créanciers chirographaires ne sont pas titulaires de sûretés, le débiteur a tout intérêt à les convier à la table des négociations. Il faut dire que la protection de ces derniers ne peut être mieux assurée que si l'entreprise est redressée. Le rétablissement de l'entreprise est tributaire du dynamisme des acteurs qui y interviennent. Les créanciers, et plus particulièrement les créanciers chirographaires en tant que parties prenantes, sont animés par le désir de la prospérité de l'entreprise, gage de leur paiement. C'est dire que les créanciers chirographaires, plus que les autres créanciers, ont un intérêt au redressement de l'activité du débiteur notamment à cause du rang qu'ils occupent dans la liquidation et le redressement judiciaire de leur débiteur. Ils seront prêts à fournir plus d'efforts que les autres créanciers pendant le traitement amiable des difficultés de l'entreprise. Pour eux, accorder un délai de paiement au débiteur sera mieux que de laisser l'entreprise sombrer dans une cessation de paiements pouvant conduire à sa liquidation.

204. En effet, classés dernier rang dans l'ordre des paiements, les créanciers chirographaires seront de véritables acteurs dans la recherche de solutions amiables pour le maintien de la pérennité de l'entreprise. De plus, leur participation aux négociations pourra être l'occasion rêvée de convenir contractuellement au paiement malgré leur rang de paiements subordonné³⁷².

205. Il faut mentionner que la liberté du choix des participants est une manifestation de la liberté contractuelle. Mais elle porte atteinte au sacré saint principe d'égalité des créanciers. La procédure de conciliation ouvre ainsi un autre

³⁷⁰C. DELATTRE, « Marge de manœuvre d'un créancier dans un mandat ad hoc et confidentialité », *Rev. pro. coll.* 2015. Commentaires 174.

³⁷¹Cass. Com., 13 octobre 1998, Bull. civ. IV, n°235 ; RJDA décembre 1998, n°1374, p.1031 ; RTD. Com., 1999, p.185, obs. F. MARCORUG-VENIER.

³⁷²M.DOUAOUI-CHAMSEDDINE, préc., note 367.

pan du traitement inégalitaire des créanciers, ce qui revient à dire que le traitement égalitaire des créanciers postule que toutes les catégories de créanciers peuvent participer à la recherche de solutions de redressement surtout ceux qui, comme les créanciers chirographaires, subissent des impacts négatifs en cas de cessation de paiements du débiteur.

206. Il sied de constater que même si, les créanciers sont libres de participer aux négociations, il n'en demeure pas moins vrai que leur participation est parfois contrainte.

SECTION II : UNE PARTICIPATION CONTRAINTE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES

207. Les procédures amiables sont des procédures dans lesquelles les créanciers et leur débiteur peuvent encore trouver des solutions privées afin de mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Si le débiteur est libre de demander une procédure de négociation et d'appeler les créanciers principaux pour la conclusion d'un accord de conciliation, le créancier par contre, bien que libre, se trouve parfois contraint d'une certaine manière à participer aux négociations. L'analyse des dispositions du droit OHADA et français nous enseigne qu'il existe des pressions qui peuvent inciter les créanciers à participer aux négociations. Pour cela, parfois, ils ont tout intérêt à participer aux négociations et à l'accord parce que, quels que soient les efforts qu'ils consentiront, ces efforts ne sont rien par rapport à ceux qui peuvent leur être imposés³⁷³.

208. On constate ainsi que le juge peut suspendre les poursuites individuelles des créanciers chirographaires (§I). De même, le respect de l'intérêt général peut justifier les atteintes au caractère contractuel des négociations (§II).

§I : INTERRUPTION DES INITIATIVES INDIVIDUELLES DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES

209. La conciliation se matérialise par la conclusion d'un accord négocié entre le débiteur et ses principaux créanciers. Cependant, afin d'éviter que les poursuites intempestives des créanciers ne puissent nuire au bon déroulement

³⁷³A. AB-DER-HALDEN et P. ROUSELL-GALLE, « La conciliation améliorée », *Rev. pro. coll.* 2014.

des négociations, les législateurs OHADA et français consacrent la suspension des poursuites individuelles des créanciers³⁷⁴.

210. La lecture de l'article 5-7 de l'AUPCAP nous apprend que : « Si le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par un créancier appelé à la conciliation pendant la période de recherche de l'accord, le président du tribunal peut, à la demande du débiteur et après avis du conciliateur (...) ordonner la suspension des poursuites engagées par un créancier ». À l'instar du droit français³⁷⁵, le juge peut ordonner la suspension des poursuites individuelles des créanciers.

211. Dans le but de garantir la conclusion paisible de l'accord de conciliation, le débiteur peut demander au juge la suspension des poursuites individuelles des créanciers. La conciliation qui est par nature contractuelle se fait donc sous le contrôle du juge qui peut intervenir pour régler un incident qui bloquerait la recherche de l'accord. Comme disent certains auteurs³⁷⁶, « le juge est là pour organiser la procédure de conciliation ou pour en régler les incidents, avant d'accorder son investiture à l'accord qui en résulterait ». Le juge intervient afin de faciliter « l'accouchement du contrat »³⁷⁷. Les créanciers chirographaires peuvent donc voir leurs poursuites suspendues. Ce qui entraîne la suspension temporaire. Force est de constater, comme nous l'avons vu plus haut que les créanciers chirographaires ont très peu de chances d'être conviés à la table des négociations. Mais cela n'empêchera pas le juge de suspendre leurs poursuites pour faciliter la conclusion de l'accord de conciliation. Ainsi, dès l'initiation des poursuites ou la mise en demeure du débiteur par le créancier chirographaire, le débiteur peut solliciter le juge qui a ouvert la procédure de conciliation afin qu'il suspende les poursuites individuelles des créanciers chirographaires. Toutefois, il est important de noter que contrairement à la suspension des poursuites généralisée dans le cadre des procédures judiciaires, la suspen-

³⁷⁴ Il faudra rappeler qu'il était constaté dans le cadre de la procédure de règlement amiable que la suspension des poursuites individuelles des créanciers entraînait la perte de la confidentialité de la procédure v. Rapport Office parlementaire de la législation, par J.-J. HYEST, Doc. AN n°3451, Doc. Sénat n°120, 5 décembre 2001, p.24.

³⁷⁵ Article L.611-7 du code de commerce

³⁷⁶ L. CADIET, J. NORMAND et S.AMRANI MEKKI, « Théorie général du procès », 2010, n° 135.

³⁷⁷ M. ROUGER, « Le moratoire sous l'égide du juge », dans *Le contrat au secours de l'entreprise* à la page 135.

sion des poursuites dans le cadre de la conciliation se fait au cas par cas. Elle est ordonnée en fonction de chaque créancier. Ce qui revient à dire que peu importe la nature et l'origine de la créance, le juge dispose de larges pouvoirs lorsqu'il est sollicité par le débiteur en cas de mise en demeure ou de poursuite entravant la continuité des négociations. Les initiatives individuelles des créanciers sont interrompues beaucoup plus en amont, dès les négociations³⁷⁸.

212. Même si la suspension des poursuites ne peut pas excéder la durée de la mission du conciliateur qui est de cinq mois maximum en droit français³⁷⁹ ou de quatre mois maximum en droit OHADA³⁸⁰, son impact sur le paiement des créanciers chirographaires est tel qu'il ne faut pas étendre perpétuellement la durée de la conciliation³⁸¹. En effet, à l'issue de l'accord de conciliation, les créanciers non-signataires recouvrent leur droit de poursuite à l'égard de leur débiteur. Il ne faut pas non plus permettre la réouverture de plusieurs conciliations consécutives. C'est la raison pour laquelle, en droit africain, une nouvelle procédure de conciliation ne peut être rouverte avant une durée de trois mois³⁸². Au final, bien que limitée dans le temps, la suspension individualisée des poursuites ordonnée par le juge entraîne une restriction de la liberté d'action des créanciers chirographaires, ce qui peut retarder le paiement de leur créance qui risque d'être fragilisée par l'ouverture d'une procédure collective subséquente.

213. En réalité, la restriction des droits des créanciers chirographaires participe à l'altération de leur liberté de réclamer leur créance. De plus, le débiteur restant maître de ses affaires pendant les procédures de traitement amiable, l'introduction d'une demande de suspension des poursuites peut être justifiée par des intérêts personnels. Ainsi par exemple la crainte d'une suspension des poursuites individuelles peut amener le créancier chirographaire à accepter une renégociation de son contrat. Par ailleurs, la demande de suspension des poursuites individuelles peut être sollicitée par le débiteur juste pour échapper au paiement de certaines créances redoutables. C'est pour cette raison que toute

³⁷⁸E. BROCARD, préc., note 306.

³⁷⁹Article L.611-6 du Code de commerce.

³⁸⁰Article 5-3 AUP.

³⁸¹J.-B. DRUMMEN, « Une certaine réorganisation de la prévention hors tribunal pourrait être utile », *Re.proc.coll.* 2010.55.

³⁸²Article 5-3 AUP.

demande tendant à la restriction des droits des créanciers devrait être méticuleusement analysée par le juge. C'est la raison pour laquelle pour le Docteur Céline NDONGO, les magistrats devraient prendre la peine avant tout accord de suspension des poursuites individuelles des créanciers de consulter non seulement le conciliateur mais aussi et surtout de prendre en considération la situation du débiteur et des créanciers³⁸³. Au final, la procédure de conciliation ou de mandat ad hoc peut faire échec à l'exercice normal des droits des créanciers chirographaires et ainsi conduire au retard du paiement de leurs créances.

214. La collaboration du juge à l'action du conciliateur ou du mandataire ad hoc peut être éventuelle. Ainsi, le débiteur peut demander au juge d'imposer des délais de grâce aux créanciers non-participant qui engagent des poursuites contre le débiteur au cours de la procédure de conciliation ou de mandat ad hoc. Le juge est alors au service du débiteur, qui seul détient le pouvoir de saisine s'il juge opportun. Cela signifie que si le caractère consensuel de la procédure de conciliation n'est plus à démontrer, il s'exerce toutefois sous le contrôle du juge. « Le juge de la prévention est donc un acteur important dans la prévention des difficultés, par les mesures qu'il peut prendre ».³⁸⁴

215. Ainsi, le juge de la procédure a la possibilité de faire usage des dispositions de l'article L.611-7alinéa 5 du Code de commerce ou de l'article 5-7 AUPCAP à l'encontre des créanciers chirographaires. De ce fait, ils peuvent se voir imposer des délais de grâce. Tout porte à croire qu'en la matière, le droit uniforme de l'OHADA n'a pas fait œuvre novatrice. Désormais, toutes les poursuites ou mise en demeure engagées contre le débiteur en cours pendant la procédure de conciliation peuvent faire l'objet d'une demande de délais de grâce, peu importe pour cela que les poursuites aient été initiés avant l'ouverture de la procédure de conciliation³⁸⁵.

³⁸³ C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, coll. Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, LGDJ, 2018, n° 468.

³⁸⁴J. VALLANSSAN, préc., note 325.

³⁸⁵P. CESBRON LAVAU, « Condition des délais de grâce octroyé en procédure de conciliations », *Essentiel* 2014.7.2. ; Tribunal de commerce de Nantes 22 avril 2014, n°2014004629 ; CA Versailles, 13^e ch., 19 octobre 2006, n°06/01788, SARL Robo Distribution et a.c/SA Fortis Banque France : D.2006, AJ, p.2911, obs. A. LIENHARD ; rev proc. Coll. 2007, p.37, n°33, obs. P. ROUSSEL GALLE

216. Conçu comme une « arme de dissuasion »³⁸⁶, le délai de grâce désigne en fait le report du terme d'une dette ou l'échelonnement des échéances³⁸⁷. C'est en ce sens que l'article L.611-7 alinéa 5 du Code de commerce modifié précise les modalités d'octroi du délai de grâce au débiteur, en disposant que le débiteur mis en demeure ou poursuivi par un créancier peut demander au juge qui a ouvert celle-ci de faire application de l'article 1343-5 du Code civil.

217. Cependant, l'article L.611-10-1 complète les dispositions précédentes en précisant que même les créanciers appelés à la conciliation peuvent se voir imposer des délais de grâce. Ce qui revient à dire que l'imposition des délais s'applique à tous les créanciers du débiteur. Par opposition au droit français, le législateur africain réserve l'application des délais des grâces aux créanciers non appelés à la procédure de conciliation. Ainsi, l'imposition des délais des paiements ou le report de leur échéance porte atteinte au recouvrement des créances des créanciers chirographaires. Ces derniers voient leur paiement ajourné sans leur consentement. Le consensualisme prôné par la conciliation est battu en brèche. En quelque sorte, les créanciers chirographaires perdent la maîtrise du recouvrement de leur créance. En effet, le fait de savoir qu'un délai de grâce peut être prononcé suffit à convaincre le créancier de ne pas perturber le déroulement de la procédure³⁸⁸.

218. En réalité, le créancier chirographaire n'est pas aussi libre qu'il paraît. Pendant la phase de recherche de l'accord, les créanciers chirographaires ont tout intérêt à ne pas entreprendre des poursuites car le délai de grâce imposé par le juge n'a pas un caractère consensuel. Le délai de grâce constitue ainsi une contrainte pour les créanciers chirographaires qui sont contraints, d'une certaine manière, de s'abstenir de troubler le déroulement des négociations par des poursuites intempestives.

219. Justifiée par le redressement de l'entreprise, l'imposition des délais de grâce devrait être assez exceptionnelle surtout dans le contexte africain où le

³⁸⁶P. ROUSSEL-GALLE, « L'instrumentalisation des délais de grâce du Code civil par le droit des entreprises en difficulté », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Didier R. MARTIN*, Lextenso, coll. LGDJ, 2015, p. 543-547.

³⁸⁷S. BRAUDO, Dictionnaire de droit privé,

³⁸⁸P. ROUSSEL-GALLE, préc., note 390.

débiteur n'est pas encore en cessation de paiements. L'imposition des délais n'est pas générale mais se fait au cas par cas. Le juge étant le seul à justifier de l'intérêt de l'octroi d'un tel délai pour le bien de l'entreprise, accorder les délais de paiement à beaucoup de créanciers risquerait d'avoir un effet inverse sur le débiteur, en ce sens que les demandes multiples de délais de paiement par le débiteur, « risquent d'attirer le soupçon sur une probable cessation des paiements qui mettrait fin à la conciliation »³⁸⁹.

220. Par ailleurs, il est important de noter que l'application des délais de grâce pendant la phase d'exécution n'a pas les mêmes effets sur les créanciers participants. Ainsi, les créanciers peuvent se voir imposer des délais de grâce pendant la phase de recherche de l'accord sur la partie de leur créance n'ayant pas fait l'objet de négociations. Il suffit pour cela que les créanciers appelés à la conciliation mettent en demeure ou poursuivent le débiteur pour obtenir le paiement d'une créance qui n'a pas fait l'objet d'un accord. Le débiteur est en droit de solliciter auprès du juge l'application de l'article 1343- 5 du Code civil. La liberté du créancier est ainsi mise à rude épreuve. Il est d'une certaine manière tenu de faire des remises pour toutes ses créances. En effet, même s'il est libre d'accepter de ne soumettre qu'une partie de sa créance, il n'en reste pas moins vrai que s'il engage des poursuites contre le débiteur, celui-ci détient à son égard une arme de dissuasion assez solide qui est le délai de grâce. Cependant, le recouvrement de la partie de sa créance non soumise à la procédure de conciliation risque d'être compromis. Pareillement, les créanciers qui ont été appelés à la table des négociations et qui n'auraient pas accepté les termes de l'accord ne peuvent mettre en demeure ou poursuivre leur débiteur sous peine de se voir appliquer un délai de paiement décidé par le juge. D'une certaine manière, les créanciers appelés sont tenus d'accepter les solutions de redressement proposées par le débiteur. Comme le fait remarquer un auteur, les délais de grâce sont « instrumentalisés »³⁹⁰. Ils sont en effet un instrument de contrainte efficace pour le débiteur pendant la procédure de conciliation portant atteinte à la liberté contractuelle des parties et rendant le recouvrement de la créance difficile voire illusoire pour les créanciers chirographaires en cas d'échec des conciliations.

³⁸⁹F. REILLE, préc., note 313.

³⁹⁰P. ROUSSEL-GALLE, préc., note 390.

221. Il faut rappeler ici que la législation en matière de conciliation est nouvelle en droit OHADA et offre des perspectives d'avenir aux entreprises africaines. Ces entreprises vont y trouver de réelles perspectives de sortie de crise grâce aux négociations. Dans le cas où une entreprise décide de solliciter l'ouverture d'une procédure de conciliation, ses créanciers appelés sont en principe libres de répondre à l'appel de leur débiteur et aussi libres de consentir des délais ou remises de dette. Néanmoins, cette liberté est teintée de contrainte dans les deux législations dans la mesure où, bien qu'ayant refusé de consentir des délais de paiement, les créanciers appelés à la conciliation peuvent se voir imposer des délais de grâce s'ils décident de poursuivre leur débiteur pour le paiement de leurs créances. Ainsi, le créancier chirographaire qui refuse de consentir des délais ou une remise de dette pendant la procédure de négociation peut se voir imposer le délai de grâce, l'empêchant de poursuivre son débiteur pour le paiement de sa créance.

222. De plus, dans le contexte africain, rien n'empêchera le débiteur de solliciter l'usage de l'article 39. À cet effet, la lecture de l'article 39 de l'Acte uniforme relatif aux procédures simplifiées de recouvrement, à l'instar du droit français, nous rappelle en substance que «... *Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, la juridiction compétente peut, sauf pour les dettes d'aliments et les dettes cambiales, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues dans la limite d'une année* ». Contrairement au législateur africain, le législateur français impose un délai plus long. Le juge français peut en effet, dans la limite de deux ans, échelonner ou reporter le paiement des sommes dues.

223. Malgré cette différence de délai, il résulte de cet article que, si un créancier appelé en conciliation refuse de consentir des efforts et qu'ultérieurement il décide de poursuivre son débiteur, le juge ou la juridiction compétente pour ce qui est du droit OHADA pourra, à la demande du débiteur, faire usage de l'article 39 de l'Acte uniforme relatif aux procédures simplifiées de recouvrement pour imposer un délai de grâce plus long au créancier poursuivant. En conciliation, au contraire, le principe est que les délais ne sont pas imposés, mais con-

sentis par les créanciers³⁹¹. Il est important de noter que l'usage de ces articles ne concerne que les créanciers privés, car le texte exclut expressément de son champ d'application les créanciers publics qui ne pourront donc pas se voir imposer de telles mesures dans le cadre de l'exécution de l'accord³⁹². Afin de tempérer les ardeurs des créanciers récalcitrants à toute négociation³⁹³, des délais de grâce peuvent leur être imposés.

224. Il est donc tout à fait légitime pour le débiteur de solliciter un délai de grâce afin de contrer les initiatives individuelles des créanciers tendant au recouvrement de leur créance. Donc, sous peine de se voir imposer des délais, les créanciers ont tout intérêt à participer à l'accord de conciliation ou à tout le moins ne pas poursuivre le débiteur pendant la phase de la recherche de l'accord³⁹⁴. En effet, la situation du débiteur pourrait justifier l'usage des articles 1343-5 du Code civil ou de l'article 39 de l'Acte uniforme relatif aux procédures simplifiées de recouvrement. Ainsi, compte tenu de la situation du débiteur, les délais de grâce peuvent être accordés au débiteur. C'est ce qui ressort du jugement du TGI de Ouagadougou. En l'espèce, le débiteur bénéficia d'un délai de grâce de 12 mois pour le paiement de sa créance parce qu'il avait produit des pièces justifiant des difficultés qui affectaient son exploitation³⁹⁵.

225. L'imposition des délais incite les créanciers chirographaires appelés à la table des négociations à participer à l'accord pour éviter les mauvaises surprises³⁹⁶. En imposant ainsi des délais aux créanciers appelés et non-appelés à

³⁹¹B. THULLIER, « La conciliation après l'ordonnance du 12 mars 2014 : jamais pareil mais toujours plus proche des procédures collectives », *Bulletin Joly Entreprise en difficulté* 2014.3.174-177.

³⁹²A. AB-DER-HALDEN et P. ROUSELL-GALLE, préc., note 378.

³⁹³E. BROCARD, préc., note 306.

³⁹⁴A. AB-DER-HALDEN et P. ROUSELL-GALLE, préc., note 378.

³⁹⁵TGI Ouagadougou (Burkina faso), jugement n° 461, 16 novembre 2005, affaire Zampaligre S. Mathieu Maxence C/ la Financière du Burkina ; voir aussi (Cameroun) arrêt n°211/CIV, 15 mai 2002, affaire Tagne Olivier, Mme Tchugo Adrienne, Mme Wadjaya Marie, Mme Madinko Georgette C/ la CCEI Bank ; TPI Cotonou (Benin), 2^{ème} ch. Com., jug. 3 mai 2001, Aff. Société S.I.A.R-Bénin C/société S.I.T.R.A.C ; CA Abidjan (Côte d'Ivoire), Arr. Civ. Contr., n° 127, 16 février 2007, Aff. Société SOGEPIE C/kouakou Konan Germain ; TPI Douala-Bonandjo (Cameroun), jug., n°135/COM, 19 octobre 2011, Aff. La société OPOC PETROLEUM SA C/Sieur Kuigoua Rene Emmanuel.

³⁹⁶A. AB-DER-HALDEN et P. ROUSELL-GALLE, préc., note 378.

la table des négociations³⁹⁷, on les force d'une certaine manière à consentir des délais qu'ils auraient refusés dans le cadre d'une négociation à armes égales. D'une manière ou d'une autre, une épée de Damoclès pèse donc sur la tête des créanciers chirographaires, car qu'ils participent ou pas aux négociations, le juge, à la demande du débiteur, peut leur imposer des délais.

226. Il est dans la nature des procédures préventives d'anticiper sur les difficultés de l'entreprise. Logiquement, ce sont des procédures consensuelles. Dès lors que le juge a la possibilité d'imposer des délais aux créanciers, la liberté cède le pas à la contrainte. L'entreprise n'étant pas encore en cessation de paiements ou du moins depuis moins de 45 jours, on ne comprend pas l'utilité de faire usage des délais de grâce à ce stade de la procédure. Comme le dit si bien un auteur, les créanciers sont pourtant systématiquement expropriés partiellement moyennant des délais de paiement imposés, car « en termes financiers », remises et délais sont strictement équivalents et impliquent une réduction de la créance (time is money)³⁹⁸. Les créanciers sont de ce fait sacrifiés au profit de l'entreprise sans aucun moyen de recours. Commencer le sacrifice des droits des créanciers chirographaires à ce niveau de la procédure ne va pas dans le sens de leur protection. Il aurait été plus judicieux de renforcer la liberté des créanciers dans la procédure de conciliation. Par essence, la procédure de conciliation et de mandat ad hoc est fondée sur la volonté, nul ne devrait être contraint de quelque manière que ce soit à y participer. En imposant donc au créancier, un délai de grâce parce qu'il poursuit ou simplement met en demeure son débiteur, la loi porte atteinte à leur droit de recouvrement. Du moins, c'est sur la base de la confiance qu'il fait crédit à l'entreprise et, ce n'est pas à eux d'en assumer les risques. Pour cela, la liberté de consentir des délais dans le cadre d'une négociation amiable devrait se faire à armes égales. Sinon on ne parle plus de négociation du moment où l'autre partie subit des contraintes. Pour autant, même s'il faut imposer des sacrifices dans le but de sauver l'entreprise, n'est-il pas légitime de rééquilibrer le rapport de force entre créancier et débiteur ? Surtout, lorsqu'on sait que le créancier ne peut pas faire usage de

³⁹⁷F.X. LUCAS, « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », *BJED* 2014.

³⁹⁸J. ERNST DEGENHART, « La hiérarchie du bec toujours renversée en procédures collectives" », *BJED* 2015.6.432.

certaines clauses dans l'accord de conciliation. Hormis la restriction de leur droit de poursuite, la procédure de conciliation et de mandat ad hoc participe à l'altération des prérogatives contractuelles de droit commun.

§II : L'ALTÉRATION DES PRÉROGATIVES CONTRACTUELLES DE DROIT COMMUN DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES

227. Le traitement amiable des difficultés de l'entreprise génère incontestablement une altération des prérogatives contractuelles de droit commun. Il convient de souligner que le débiteur que toutes les clauses contractuelles pouvant aggraver le passif de l'entreprise sont interdites.

228. La liberté contractuelle des créanciers s'entend aussi de la liberté de définir les clauses qui les lient à leur débiteur. Ainsi, dans le but de se protéger contre leur débiteur, les créanciers peuvent être amenés à insérer dans le contrat des clauses de majoration ou de capitalisation d'intérêts, des clauses de prise en charge des frais de recouvrement en cas de manquement du cocontractant, des clauses de déchéance du terme. Toutes ces clauses relèvent de l'imagination des parties au contrat pourvu qu'elles ne portent pas atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs³⁹⁹. Le caractère volontariste de ces clauses fait qu'on ne peut dresser une liste exhaustive des clauses pouvant être insérées dans un contrat. Si l'on reconnaît que le débiteur et ses créanciers sont libres de déterminer ce à quoi ils s'engagent contractuellement, on constate qu'eu égard au but poursuivi par le traitement précoce des difficultés de l'entreprise, qui est une affaire d'intérêt général⁴⁰⁰, notamment l'évitement du trouble grave que pourrait apporter à la vie sociale, politique et économique du pays la défaillance de l'entreprise⁴⁰¹, l'augmentation du passif du débiteur pendant la phase de recherche de solutions ou d'exécution de l'accord n'est d'aucune utilité pour le sauvetage de l'entreprise. En effet, il y a des clauses financières dont la fina-

³⁹⁹G. PIGNARRE, « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuelle) », 2013.1.251; X. LAGARDE, « Observations de Xavier LAGARDE », *LPA* 2009.31.74; M. MEKKI, « Observations de Mustapha MEKKI », *LPA* 2009.31.103; G. LOISEAU, « Observations de Grégoire LOISEAU », *LPA* 2009.31.69.

⁴⁰⁰D. VOINOT, « Les clauses d'augmentation du passif de l'entreprise », *BJED* 2017.2.143.

⁴⁰¹J.-F. MARIN, « La prévention : histoire d'une pratique consulaire », *Dr. et patr.* 1998.57.44-45.

lité est de mettre à la charge du débiteur une somme d'argent⁴⁰². Dès lors que le débiteur est en difficulté, l'admission de ces clauses aggraverait le passif du débiteur et pourrait même entraver le redressement de l'entreprise. L'interdiction des clauses augmentant le passif de l'entreprise, jadis admise seulement dans le cadre des procédures collectives est, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014 étendue aux procédures préventives. Ainsi, est réputé non écrite : « *Toute clause qui modifie les conditions de poursuites d'un contrat en cours en diminuant les droits et en aggravant les obligations du débiteur du seul fait de la désignation d'un mandataire ad hoc (...) ou de l'ouverture d'une conciliation (...)* »⁴⁰³. De même, est réputé non écrite : « *toute clause mettant à la charge du débiteur, du seul fait de la désignation d'un mandataire ad hoc (...) ou de l'ouverture (...) ou de l'ouverture d'une conciliation (...), les honoraires du conseil auquel le créancier a fait appel dans le cadre de ces procédures pour la quote-part excédant la proportion fixée par arrêté du garde des Sceaux* »⁴⁰⁴. Cette interdiction peut aussi s'étendre aux clauses de capitalisation des intérêts prévues à l'article 1343-2 du code civil applicable au débiteur soumis à une procédure de conciliation ou de mandat ad hoc⁴⁰⁵.

229. La solution est aujourd'hui acquise en droit français. Mais, fondée sur l'idée d'aggravation des obligations du débiteur du seul fait de l'ouverture d'une procédure⁴⁰⁶, l'interdiction était jadis réservée à l'interdiction des clauses pénales dans le contexte d'une procédure collective⁴⁰⁷, puis a été ensuite appliquée dans des stipulations contractuelles autres que les seules clauses pénales⁴⁰⁸. L'utilisation de ces interdictions dans le cadre des procédures préventives a pour conséquence la restriction de la liberté contractuelle des parties.

⁴⁰²D. VOINOT, préc., note 404.

⁴⁰³Article L.611-16-1 du Code de commerce.

⁴⁰⁴Article L.611-16-2 du Code de commerce.

⁴⁰⁵Article L.611-10-2 du Code de commerce

⁴⁰⁶D. VOINOT, préc., note 404.

⁴⁰⁷Cass. Com., 10 décembre 1991, n°90-11145: JCP G 1992, IV, 562 et JCP E, I, 138, n°24, obs. P. PÉTEL ; RTD Com. 1992, p.686, note A. MARTIN-SERF; Cass. Com., 9 juillet 1991, n°89-18270 : Bull. civ. IV. N°254 : JCP G 1992, IV, 562 et JCP E, I, 138, n°24, obs. P. PÉTEL.

Cass. Com., 16 mars 1976, n°74-12028 : Bull. civ. IV., n°101 ; Cass. Com., 23 janvier 1979, n°77-12129 : Bull. civ. IV., n°30 ; Cass. Com., 15 juillet 1986, n°85-14855 : Bull. civ. IV. N°155, D. 1987, somm., p.440, obs. L. AYNÈS.

⁴⁰⁸Cass. Com., 9 juillet 1991, n°89-18270 : Bull. civ. IV. N°254 : JCP G 1992, IV, 562 et JCP E, I, 138, n°24, obs. P. PÉTEL.

Cette solution s'accommode difficilement avec le principe de liberté des stipulations contractuelles des créanciers chirographaires. Le législateur français en admettant la possibilité d'interdire les clauses contractuelles aggravant les obligations du débiteur, entend préserver les chances de succès du traitement amiable dont l'objectif est de résorber les difficultés naissantes de l'entreprise⁴⁰⁹.

230. Il sied de noter que l'interdiction de ces clauses ne va pas sans produire des conséquences pour les créanciers chirographaires. Ainsi, leur admission est une source d'appauvrissement pour les créanciers chirographaires. Ces derniers sont tenus de prendre en charge une partie des frais d'avocats ou conseils auxquels ils auront fait appel dans le cadre des procédures de traitement amiables des difficultés de l'entreprise. La prise en charge de ces honoraires est une source d'appauvrissement du créancier dans la mesure où les dépenses faites par le créancier dans le cadre de ces procédures devraient être en principe supportées par le débiteur. En effet, c'est à cause du non-paiement de leur créance que de tels frais ont été engagés par les créanciers chirographaires. En outre, ceux-ci, ne pourront plus se prévaloir d'une clause de capitalisation de leurs intérêts. Ce qui pour nous présente un manque à gagner supplémentaire. De ce fait, le créancier chirographaire est non seulement confronté à un manque à gagner dû à la non-capitalisation de ses intérêts, mais aussi à un appauvrissement éventuel. Le législateur africain n'a pas suivi les pas du législateur français sur ce plan. En effet, le rétablissement du débiteur ne devrait pas justifier l'appauvrissement des créanciers. Les sacrifices que les créanciers acceptent de consentir à leur débiteur de manière volontaire ne justifient pas non plus leur appauvrissement. Il est donc légitime de dire que, pour le rétablissement du débiteur, l'interdiction des clauses de la capitalisation des intérêts peut être justifiée par le fait que cela n'entraîne qu'un manque à gagner pour le créancier ou du moins un enrichissement. Mais pour autant, leur appauvrissement ne se justifie point. Les sacrifices déjà consentis dans le cadre de l'accord de conciliation ou du mandataire ad hoc peuvent justifier l'admission de la prise en charge des honoraires supplémentaires par le débiteur. Certes, cette prise en charge du surplus des honoraires contribue à l'aggravation du passif du débiteur, mais

⁴⁰⁹D. RONET-YAGUE, préc., note 371, n° 109., p.110.

pour autant, elle pourrait être une source de responsabilisation des chefs d'entreprise. Il ne faut pas perdre de vue le fait que, derrière les créanciers chirographaires, se cachent de véritables chefs d'entreprise.

231. Toujours dans son élan de favoriser le maintien de l'activité de l'entreprise, l'ordonnance du 12 mars 2014 attribue une nouvelle mission au mandataire ad hoc ou au conciliateur qui consiste en l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise, pour la mettre en œuvre dans une procédure collective ultérieure⁴¹⁰. Il s'agit de la procédure de cession préétablie ou pré-négociée⁴¹¹. Ainsi, le conciliateur ou le mandataire ad hoc peuvent être appelés à préparer une cession partielle ou totale de l'entreprise pendant la phase amiable.

232. De prime abord, le mandataire ad hoc n'a pas une mission légale déterminée. Sa mission est librement déterminée par le juge⁴¹². En effet, la mission du mandataire ad hoc est proposée par l'avocat du débiteur dans sa demande et arrêtée par le président du tribunal dans le cadre de son ordonnance de désignation. Aucune disposition légale ou réglementaire n'interdit au juge de confier au mandataire ad hoc la mission de préparer un plan de cession partielle ou totale, préétabli dans le cadre d'un mandat ad hoc. Le mandataire nommé peut avoir pour seule mission la préparation de la cession partielle ou totale de l'entreprise qui sera mise en œuvre dans le cadre des procédures collectives. Si jamais le mandataire ad hoc a pour unique mission, la préparation d'une cession préétablie, cela revient à dire que les créanciers ne sont pas ès qualités des acteurs de la cession d'entreprise⁴¹³. Donc, ils ne sont pas impliqués dans le processus de cession. Diligemment uniquement par le mandataire ad hoc, la procédure de cession préétablie ne nécessite pas d'intervention des créanciers.

233. Cependant, ces derniers ne peuvent intervenir dans le cadre d'une procédure de mandat ad hoc que si, en plus de la préparation du plan de cession partielle ou totale de l'entreprise, le mandataire ad hoc se voit confier une mission d'aider le débiteur et ses créanciers dans le cadre de la recherche des solutions

⁴¹⁰P. ROUSSEL-GALLE, « À propos du décret du 30 juin 2014 pris en application de l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », *Rev. pro. coll.* 2014.Études 15.

⁴¹¹P. GYOMARC'H, « Les risques du prépack cession », *BJED* 2015.16.389.

⁴¹²Article L.611-3 du Code de commerce.

⁴¹³F. MARCORIG-VENIER, préc., note 370.

appropriées pour mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Cette mission qui peut être secondaire ou principale selon le juge, n'est pas considérée comme un passage obligatoire pour la recherche d'un cessionnaire⁴¹⁴. Donc, les deux missions sont distinctes l'une de l'autre, la préparation d'un plan de cession en phase amiable peut être considérée comme un tremplin pour les procédures collectives dès lors que c'est la seule mission attribuée au mandataire ad hoc par le juge. De plus, contrairement à la procédure de conciliation, le législateur ne prévoit pas une demande d'avis des créanciers pour la mise en place d'une cession partielle ou totale de l'entreprise, ce qui revient à dire que la cession peut totalement se faire sans l'avis des créanciers.

234. Il convient de relever que dans le cadre d'une procédure de conciliation, les missions principales du conciliateur sont déterminées légalement. Traditionnellement, le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers ou contractants habituels, destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Il peut aussi présenter des propositions se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise ou à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi. En plus, il peut être chargé à la demande du débiteur et après avis des créanciers participants, d'une mission ayant pour but l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise. Cette nouvelle mission qui peut être attribuée au conciliateur pendant la procédure de conciliation est énoncée à l'article L.611-7 alinéa 1er du Code de commerce en ses termes : « *Le conciliateur peut être chargé, à la demande du débiteur et après avis des créanciers participants, d'une mission ayant pour objet l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise qui pourrait être mise en œuvre dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire* ». Il ressort que l'avis des créanciers est requis pour la mise en place d'une cession partielle ou totale de l'entreprise dans le cadre de la conciliation. Mais cet avis lie-t-il le juge ?

235. En principe, sans créanciers, il n'y a point de négociation. Ainsi, si aucun créancier ne répond favorablement à l'appel du débiteur, les négociations sont impossibles. Dans ce cas de figure, le débiteur peut demander au président du

⁴¹⁴T. MONTERAN et M. MIEULLE, préc., note 312.

tribunal la modification⁴¹⁵ de la mission du conciliateur. Puisqu'il s'agit de modification de la mission, le juge n'a pas besoin de l'avis des créanciers. Alors, dans ce cas, le plan de cession peut être confié secondairement au conciliateur et peut de ce fait, être sa seule et unique mission, dès lors que le débiteur justifie qu'il n'y a pas de créanciers identifiés susceptibles d'être attirés à la conciliation ou bien que les créanciers appelés ont décliné leur participation⁴¹⁶. Dans un deuxième cas de figure, les créanciers ont répondu favorablement à l'appel du débiteur. Malheureusement, les négociations n'ont pas abouti à l'accord de conciliation. Le débiteur peut, avec l'accord du conciliateur et après avis des créanciers, solliciter auprès du juge la mise en place d'une procédure de cession partielle ou totale de l'entreprise. Il ressort de la lecture de l'article R. 611-26-2 du Code de commerce que la requête du débiteur, accompagnée du rapport du conciliateur doit être suivie de la demande d'avis adressée aux créanciers participants. Donc, au soutien de sa requête, le débiteur fournit juste un document attestant qu'il a adressé une demande d'avis à ses créanciers, la loi n'exige pas la validation de l'avis par les créanciers. Alors, seules les demandes d'avis sont nécessaires et non pas les accords des créanciers⁴¹⁷. De ce fait, l'avis des créanciers ne lie pas le président qui peut rendre sa décision même si les créanciers n'ont pas répondu à la demande qui leur était adressée⁴¹⁸. Tout se passe comme si l'avis des créanciers participants était une simple formalité et non une condition de la mise en place d'une cession partielle ou totale de l'entreprise. Ainsi, l'avis des créanciers participants ne lie pas le juge. S'engager dans la voie de la cession partielle ou totale de l'entreprise nécessite ainsi la volonté du débiteur. Il n'en va pas de même pour les créanciers dont seul l'avis est requis⁴¹⁹. Cette éviction des créanciers dans le processus de demande de cession participe de l'atteinte à leur liberté contractuelle.

236. Bien entendu, il s'agit, à la demande du débiteur qui a besoin d'une restructuration financière, de transformer une conciliation qui est sur le point d'échouer en une procédure rapide, mais pour autant l'accord des créanciers est

⁴¹⁵ Article R611-26-2 du Code de commerce

⁴¹⁶ T. MONTERAN et M. MIEULLE, préc., note 312.

⁴¹⁷ Id.

⁴¹⁸ F. MARCORIG-VENIER, préc., note 370.

⁴¹⁹ F. MARCORIG-VENIER, « La réforme de la prévention par l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 », *RTDCom.* 2014.

nécessaire⁴²⁰. Du moment où la loi n'exige du débiteur qu'un justificatif attestant qu'une demande a bien été envoyée aux créanciers, c'est dire que le président du tribunal n'attend pas la réponse des créanciers pour prendre la décision autorisant la cession partielle ou totale de l'entreprise, le défaut de réponse du créancier ne constitue et ne constituera pas un blocage à l'adoption de la nouvelle mission⁴²¹ de cession partielle ou totale de l'entreprise confiée au conciliateur. Évincer les créanciers de la cession de l'entreprise dans le cadre d'une conciliation ou d'un mandat ad hoc qui est en principe une procédure par nature amiable, volontariste et consensuelle, n'est pas opportun. En effet, il faut préciser que les créanciers sont, le cas échéant, plus à même de sauver l'entreprise que les actionnaires avant tout soucieux de préserver leurs prérogatives⁴²².

237. On assiste donc dans le cadre d'une procédure de conciliation ou de mandat ad hoc, par nature contractuelle, à une imposition du plan de cession aux créanciers participants. Ce qui relativise encore la liberté de négociation des créanciers dans les procédures amiables. On note tout de même que l'apurement du passif n'est pas l'objectif premier poursuivi par la cession partielle ou totale de l'entreprise⁴²³. Pour ce faire, la subsistance de l'activité, c'est-à-dire sa viabilité, doit constituer le critère dominant de l'application du régime du plan de cession⁴²⁴, même dans le cadre du mandat ad hoc ou de la conciliation.

238. Même si, pour certains auteurs, la cession de l'entreprise en amont des difficultés permet de préserver la valeur de l'entreprise⁴²⁵, il n'en demeure pas moins que la cession partielle ou totale de l'entreprise dans le cadre de la conciliation ou du mandat ad hoc doit être mise en œuvre dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. Dans ces procé-

⁴²⁰F. PEROCHON et H. BOURBOULOUX, « La procédure de sauvegarde et ses variantes », *Rev. pro. coll.* 2014.Dossier 30.

⁴²¹F. MARCORIG-VENIER, « Entreprise en difficulté : prévention et règlement amiable », *RTDCom.* 2010.780-782.

⁴²²V. DE-CARRIERE, E. MERLY, J.-P. BAUCHAMP, F. PERONCHON et B. LAGARDE, préc., note 369.

⁴²³Article L.642-1 II du Code de commerce.

⁴²⁴C. VINCENT, « L'adoption d'un plan de cession sans poursuite de l'activité », *BJED* 2014.5.331.

⁴²⁵V. DE-CARRIERE, E. MERLY, J.-P. BAUCHAMP, F. PERONCHON et B. LAGARDE, préc., note 369.

dures, la répartition du prix de la cession est faite selon le rang prévu à l'article L.641-13 du Code de commerce. Dans cet ordre de paiement, le créancier chirographaire est classé dernier dans l'ordre des paiements. De ce fait, son rang de paiement ne lui permet pas toujours de recouvrer sa créance, surtout lorsqu'on sait que le prix de la cession ne permet pas toujours d'apurer tout le passif du débiteur.

239. L'utilisation de la cession partielle ou totale a pour conséquence majeure la fragilisation du paiement des créanciers chirographaires. Selon la gravité de la situation du débiteur, le paiement des créanciers chirographaires dépend du prix de la cession.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

240. Le caractère contractuel des procédures de traitement amiable des difficultés ne fait de doute ni en droit de l'OHADA ni en droit français. Tout particulièrement, au moment de la conclusion et de la formation de l'accord de conciliation ou du protocole d'accord du mandat ad hoc, le principe de la liberté de contracter n'est plus à démontrer. Ainsi, un créancier appelé à la table des négociations n'est pas tenu de répondre favorablement à l'appel de son débiteur, ni d'accepter les propositions du mandataire ad hoc ou du conciliateur lors des débats. Encore faudrait-il qu'ils soient appelés. Pour cela, seront en principe conviés, les principaux créanciers, c'est-à-dire ceux qui auront une influence ou une incidence sur le déroulement de la procédure. Concrètement, il s'agit des créanciers sans qui la procédure est vouée à l'échec. C'est la raison pour laquelle l'accord ne sera viable que si le conciliateur arrive à inciter les créanciers les plus importants à participer aux négociations, les plus importants étant généralement ceux qui ont des créances de forte valeur ou ceux ayant d'énormes garanties ou privilèges pouvant faire échec au redressement du débiteur. Ce n'est pas le cas des créanciers chirographaires qui détiennent pour la plupart des créances de faible valeur et ne disposent pas de garantie permettant de faire pression sur le débiteur. Il faut souligner que la participation des créanciers chirographaires à la conclusion de l'accord de conciliation n'est donc pas évidente, autant en droit de l'OHADA qu'en droit français.

241. Même si les efforts financiers sont librement consentis par les créanciers appelés, leur participation sera souvent contrainte par la menace d'un délai de grâce ou d'une suspension des poursuites sollicitée par le débiteur auprès du juge. Cette ingérence du juge dans la relation contractuelle peut aboutir à l'octroi d'un délai plus long que celui que le créancier chirographaire aurait pu négocier avec son débiteur. Par ailleurs la suspension des poursuites qui peut en résulter entraîne un report du paiement de leur créance. En outre, l'interdiction de certaines clauses contractuelles aggravant le passif du débiteur peut contribuer à l'appauvrissement des créanciers chirographaires en ce sens qu'ils seront tenus de prendre en charge le surplus des honoraires des avocats ou conseils qu'ils auront contactés pour le recouvrement de leur créance.

Même si la participation effective des créanciers chirographaires est à encourager, leur paiement est conditionné par le rétablissement effectif du débiteur. Mais ce rétablissement n'est pas toujours certain dans le cadre des procédures de traitement amiable.

CHAPITRE II : UN PAIEMENT DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES CONDITIONNE PAR LE RÉTABLISSEMENT EFFECTIF DE L'ENTREPRISE

242. On vient de voir que les créanciers en général et les créanciers chirographaires en particulier sont des acteurs incontestés et incontestables du redressement dans le cadre de la procédure de mandat ad hoc et de conciliation. Nous allons montrer que les conséquences de l'aggravation des difficultés de l'entreprise pendant la recherche de l'accord ne peuvent conduire qu'à l'ouverture d'une procédure collective. Ainsi, afin d'éviter la compromission du paiement des créanciers chirographaires, il faut agir rapidement avant que les difficultés du débiteur ne s'aggravent. En réalité, la réduction des causes d'aggravation des difficultés de l'entreprise favorise la préservation de l'actif du débiteur, gage des créanciers chirographaires.

243. C'est dans cet esprit qu'il est souhaitable, avant toute chose, de promouvoir la levée de l'obstacle financier pouvant entraver le recours à la conciliation ou au mandat ad hoc (section I) puis de réduire les causes potentielles d'aggravation de la situation du débiteur (section II).

SECTION I : L'IMPORTANCE DE LA MAÎTRISE DE L'OBSTACLE FINANCIER POUR L'ANTICIPATION DES DIFFICULTÉS DE L'ENTREPRISE

244. Le traitement amiable des difficultés de l'entreprise nécessite un coût très souvent supporté par le débiteur déjà en difficulté. En France, plus de 60 000 entreprises font l'objet chaque année d'une procédure collective. Parmi celles-ci, 40 000 entreprises ne souhaitent pas poursuivre leur activité et demandent une liquidation judiciaire immédiate ; seulement 3 % d'entre elles (soit 1 800) s'adressent au président du tribunal en vue de bénéficier d'une mesure de prévention⁴²⁶

⁴²⁶T. MONTERAN, « Pour une cause nationale : la CPI au secours des entreprises en difficulté », *BJED* 2014.121-123.

245. Si l'on ne fait rien, « en cas de malheur, tout le poids du désastre sera supporté par celui frappé par le destin »⁴²⁷. Force est de constater que le non-recours ou le recours tardif de certains débiteurs aux mécanismes de prévention notamment le mandat ad hoc ou la conciliation est parfois dû à leur coût. Conscient des conséquences parfois désastreuses de ce retard sur la situation de l'entreprise et sur le paiement des créanciers chirographaires, il devient urgent d'encourager le débiteur à agir vite afin d'éviter l'aggravation de ses difficultés. De ce fait, dans le but de favoriser le recours à ces dispositifs en France, l'Ordre des experts-comptables (CSOEC), le Conseil national des barreaux (CNB) et le centre d'information sur la prévention des difficultés de l'entreprise (CIP) ont travaillé de commun accord pour la mise en place d'une assurance santé entreprise. Cette dernière se fixe pour objectif de favoriser le recours aux dispositifs de prévention en réglant les honoraires des experts de crise⁴²⁸. Ces experts de crise sont en effet des professionnels spécialisés dans la gestion des difficultés de l'entreprise. Il est important de noter que lorsqu'on parle d'expert de crise, il peut s'agir du mandataire ad hoc et du conciliateur dont la désignation est capitale pour aider le débiteur et ses créanciers dans la recherche des solutions de redressement. Mais aussi, il s'agit de l'expert-comptable, y compris celui de l'entreprise, ou de l'avocat ou encore d'un expert qualifié. Bref, leur désignation doit permettre au débiteur de rester mobilisé sur le développement économique de son activité⁴²⁹.

246. Ainsi, « l'assurance santé entreprise rend la prévention accessible en finançant les honoraires des experts de crise »⁴³⁰. Cette nouvelle assurance santé entreprise mise sur pied facilite l'accès aux dispositifs de prévention déjà existants. Ainsi, en surmontant l'obstacle financier, la prévention devient accessible à un plus grand nombre d'entreprises qui pour la plupart, redoutent le recours aux mesures de prévention à cause de leur coût très souvent élevé pour une entreprise déjà en difficulté.

⁴²⁷B. BEIGNIER et S. BEN YAHIA, *Droit des assurances*, 2^e éd., 2015.

⁴²⁸T. MONTERAN, « L'assurance santé entreprise : une garantie d'accès à la prévention », *Académie des sciences techniques comptables et financières* 2012. Cahier 24.

⁴²⁹A. BRICARD et T. MONTERAN, « L'assurance santé entreprise : une garantie d'accès à la prévention », *Rev. pro. coll.* 2012. Alertes 16.3.

⁴³⁰« Experts-comptables et avocats lancent l'assurance santé entreprise », *Commun. CSOEC CNB 19 Juin 2012* 2012.4.267.

247. La création de l'assurance santé entreprise facilite le recours aux dispositifs de prévention à cause de la maîtrise de l'obstacle financier (§I). Par ailleurs, le droit au travers de cette assurance réussit à faire converger deux intérêts divergents : le maintien de l'entreprise et le paiement des créanciers chirographaires grâce à l'intervention des experts de crise. Aujourd'hui disponible auprès de six compagnies d'assurances françaises, la problématique de l'assurance santé entreprise reste discutable dans le contexte africain notamment OHADA (§II)

§I : LA FACILITATION DU RECOURS AUX DISPOSITIFS DE PRÉVENTION PAR LA MAÎTRISE DE L'OBSTACLE FINANCIER

248. Si par essence, le quotidien des entrepreneurs est fait d'aléas, ceux-ci peuvent aussi être maîtrisés⁴³¹. La maîtrise de ces aléas, pour être efficace, doit supposer une intervention assez précoce. Toutefois, face à des difficultés déjà existantes, le coût des experts de crise est très souvent un frein considérable et non négligeable qui empêche parfois le débiteur de recourir aux dispositifs de prévention existant. « Les débiteurs sont très souvent des hommes seuls, plus victimes que coupables, qui doivent non seulement vaincre cette solitude, mais surtout préparer, à temps, la mise en place des mesures propres au redressement de l'entreprise dont ils sont en charge »⁴³². La maîtrise du coût de financement des experts de crise par l'assurance santé entreprise est un coup de pouce indéniable pour l'accès à la prévention de certaines entreprises. En ce sens, l'assurance santé entreprise contribue au maintien du gage commun des créanciers chirographaires d'une part par la maîtrise de l'obstacle financier (A) et d'autre part par l'information gratuite des chefs d'entreprise (B).

A : le maintien du gage commun des créanciers chirographaires par la maîtrise de l'obstacle financier

249. La maîtrise de l'obstacle financier s'entend ici de la maîtrise des coûts des honoraires des experts de crise au sein de l'entreprise. Ainsi, l'instauration

⁴³¹A. MARCON, « Être chef d'entreprise est un beau métier, mais un métier à risques », *Académie des sciences techniques comptables et financières* 2012.Cahier n°24.35.

⁴³²B. SOUTUMIER, « Prévention et assurance santé entreprise : que de progrès en 25 ans! », *Académie des sciences techniques comptables et financières* 2012.Cahier n°24.39.

d'une assurance santé entreprise permet au chef d'entreprise en proie à des difficultés insurmontables de faire recours au service d'un expert de crise. L'idée ici est d'inciter les chefs d'entreprise qui le souhaitent à souscrire un contrat d'assurance pouvant leur permettre, en cas de difficultés, de supporter les honoraires des experts de crise. La barrière du règlement des honoraires étant levée grâce à l'assurance santé entreprise, l'anticipation des difficultés des entreprises est, par la même occasion, assurée. Après une présentation de l'assurance santé entreprise (1), nous analyserons son intérêt pour les créanciers chirographaires (2).

1 : présentation de l'assurance santé entreprise

250. Lorsque le dirigeant de l'entreprise perçoit des signes avant-coureurs de la dégradation de la situation de son entreprise et de la dégradation de sa trésorerie, son premier réflexe peut être d'arrêter toutes ses dépenses. Or, « c'est à ce moment qu'il doit se donner les moyens de faire face à cette situation en recourant aux services d'experts de crise qui l'aideront à traverser les difficultés »⁴³³.

251. L'intérêt de l'assurance s'attache donc à la volonté de se prémunir contre la survenance d'un risque et, une fois le risque réalisé, de se prévaloir de la garantie d'assurance afin d'être indemnisé. L'intérêt de l'assurance peut donc être à la fois préventif et curatif⁴³⁴. L'assurance santé entreprise peut se définir comme un contrat par lequel un chef d'entreprise, en contrepartie du paiement d'une prime à une société d'assurance, est garanti qu'il pourra payer le ou les experts de crise qui l'aideront en cas de difficulté à diagnostiquer et à proposer des solutions adéquates pour une sortie de crise rapide. L'assurance santé entreprise participe ainsi à « la mise en place d'un inter-professionnalisme entre experts-comptables et avocats, qui vont contribuer ensemble à faire évoluer le dispositif »⁴³⁵. Comme tout contrat d'assurance, il ressort de cette définition des éléments du contrat d'assurance classique notamment la prime (a), le sinistre(b) et les éléments déclencheurs de la garantie(c).

⁴³³T. MONTERAN, préc., note 430.

⁴³⁴B. BEIGNIER et S. BEN YAHIA, préc., note 431, n° 254.

⁴³⁵A. BRICARD et C. CHARRIÈRE BOURNAZEL, « L'interprofessionnalité fonctionnelle entre experts-comptables et avocats : une dynamique au service des entreprises », *Académie des sciences techniques comptables et financières* 2012.Cahier 24.

a : une prime modulable en fonction du chiffre d'affaires

252. La prime est une somme d'argent que l'assuré verse à l'assureur en contrepartie de la garantie. En matière d'assurance santé entreprise, il est important de noter que pour les sociétés, l'assurance santé entreprise est incluse dans une des trois responsabilités civiles qui existent en France notamment la responsabilité civile mandataire social, alors que pour les entreprises individuelles, elle reste indépendante.

253. Cependant, les négociations entre les compagnies d'assurances et le conseil supérieur de l'Ordre des Experts-comptables avec le Centre d'information sur la prévention des difficultés nationales ont abouti à ce que les tarifs et les plafonds varient en fonction de l'importance de l'enjeu financier. La prime peut être modulée selon le chiffre d'affaires⁴³⁶. Ainsi, pour les sociétés signataires d'un contrat RCMS⁴³⁷, selon les sociétés d'assurance, la prime de l'assurance santé entreprise varie entre 500 et 1 950 € par an. Ainsi, elle se situe autour de 500 € par an pour les entreprises dont le chiffre d'affaires est inférieur à 1 000 000 € annuels et peut aller jusqu'à une cotisation de 1 190 € pour un chiffre d'affaires de 20 Millions d'euros. Par ailleurs, pour les entreprises individuelles, une cotisation annuelle de 117 € peut donner droit à 6 000€ d'honoraires. En effet, les six compagnies d'assurances partenaire⁴³⁸ mettent sur pied un seuil de chiffre d'affaires maximum pour souscrire au contrat d'assurance santé entreprise. Donc, au-dessus de ce seuil, la souscription du contrat n'est plus possible.

254. Cependant, la question du débiteur éligible à la souscription de l'assurance santé entreprise ne se pose pas car chacun pourra trouver "chaussure à sa taille". Ainsi, les sociétés commerciales, les entreprises libérales, les associations, les syndicats, les entreprises individuelles quelles que soient leurs tailles : grandes entreprises, mais aussi PME/PMI et TPE peuvent souscrire une assurance santé entreprise et payer une prime en fonction de leur chiffre d'affaires. Cet élargissement du champ d'application de l'assurance santé entreprise va dans le sens des objectifs de la prévention. L'assurance santé entreprise

⁴³⁶A. BRICARD et T. MONTERAN, préc., note 433.

⁴³⁷Responsabilité civile mandataire social

⁴³⁸AXA société français, COVEA RISKS société français, GROUPAMA société français, CFDP société français, HISCOX société anglaise, CHARTIS société américaine

s'adresse aussi bien aux grandes entreprises qu'aux TPE (commerçant, artisan, professionnel libéral et agriculteur). Par exemple, pour une entreprise dont le chiffre d'affaires est inférieur à 1 000 0000€, la prime peut varier de 49 à 505 €⁴³⁹.

255. Toutefois, certaines compagnies d'assurances ont déjà incorporé sans coût supplémentaire l'assurance santé entreprise dans les assurances mandataires sociales⁴⁴⁰. En modulant la prime en fonction du chiffre d'affaires et du niveau de garantie, l'assurance santé entreprise est ouverte à tous les débiteurs, ce qui permet une prise en main bien en amont des difficultés de l'entreprise. En effet, le paiement de la prime permettra au débiteur en difficulté d'obtenir le versement par la compagnie d'assurances d'une somme d'argent servant au règlement des honoraires des experts de crise qui viendront à son secours. Ainsi, l'assurance santé entreprise contribue à l'accroissement du taux de succès des procédures de prévention en facilitant leur accès grâce au paiement des experts de crise. Néanmoins, on note la particularité du sinistre en matière d'assurance santé entreprise.

b : la particularité du sinistre en matière d'assurance santé entreprise

256. Le sinistre ici résulte de l'ouverture d'une conciliation ou d'un mandat ad hoc nécessitant l'intervention d'un expert en crise. Plus précisément, la compagnie d'assurances prend en charge les honoraires des experts en crise qui interviennent pour soutenir ou donner des conseils au débiteur lorsque l'entreprise traverse des zones de turbulences. En prenant en charge, le paiement des honoraires des experts de crise, les moyens sont ainsi donnés au débiteur de faire face à ses difficultés. Le recours aux experts de crise permet au débiteur de mobiliser les moyens humains nécessaires pour la pérennité de son entreprise et ainsi éviter le dépôt du bilan.

c : les éléments déclencheurs de la garantie

257. Les éléments déclencheurs peuvent être le fait d'un tiers ou du débiteur. Il peut s'agir des commissaires aux comptes lors de leur procédure d'alerte, du tribunal de commerce lorsqu'il convoque le dirigeant, du comité d'entreprise

⁴³⁹T. MONTERAN, « Pour favoriser la prévention : l'assurance santé entreprise », *Gaz. Pal.* 2012.172.3.

⁴⁴⁰T. MONTERAN, préc., note 430.

dans son droit d'alerte, des actionnaires ou associés représentant au moins 5 % du capital social à travers une question écrite. Mais il peut s'agir aussi du dirigeant ou du chef d'entreprise lorsqu'il sollicite du président du tribunal, la nomination d'un mandataire ad hoc ou d'un conciliateur, et aussi lorsqu'il demande les délais de règlement à la CCSF(CODECHEF) ou encore lorsqu'il prend rendez-vous à la CIP et qu'une attestation lui est remise.

258. Tout compte fait, le recours aux experts de crise reste à la libre disposition du chef d'entreprise. Cela dit, le chef d'entreprise a le libre choix d'opter pour la nomination d'un conciliateur ou d'un mandataire ad hoc ou encore d'un avocat ou d'un expert-comptable ou encore de prendre rendez-vous à la CIP ou une demande de délai à la CCSF. Pour le conciliateur et le mandataire ad hoc, la question du déclenchement de la garantie ne se pose pas puisque l'élément déclencheur relève de l'alerte légale. Ainsi, pour prendre en charge les honoraires des experts, la compagnie d'assurance informée vérifiera les conditions de déclenchement avant de prendre en charge les honoraires des experts⁴⁴¹. Dans le cadre des procédures amiables, l'événement déclencheur est l'ordonnance du jugement désignant un mandataire ad hoc ou un conciliateur. En l'espèce, la couverture des honoraires des experts est automatiquement prise en charge dès que l'assureur est informé de la situation. Si la prise en charge des honoraires des experts est automatique dans ce cas, il n'en est pas de même pour les autres dont le critère de déclenchement est laissé à la libre appréciation de l'assureur. Les compagnies d'assurances conditionnent le paiement de la garantie à la survenance de deux éléments alternatifs⁴⁴².

259. En principe, en matière d'assurance classique, l'indemnisation due par l'assureur se déclenche automatiquement lors de la réalisation de l'événement prévu par la police d'assurance⁴⁴³. Pour les avocats et les experts-comptables en revanche, la prise en charge de leurs honoraires est soumise à l'accord de l'assureur. C'est dire que la couverture de leurs honoraires n'est pas de droit. Dans tous les cas, l'avocat et l'expert-comptable interviennent très souvent en amont pour anticiper sur les difficultés de l'entreprise. Donc l'avocat, parce

⁴⁴¹Id.

⁴⁴²A. TOH, *La prévention des difficultés des entreprises : étude comparée de droit français et droit OHADA*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2015, p. 461.

⁴⁴³B. BEIGNIER et S. BEN YAHIA, préc., note 431, p. 549.

qu'il connaît les garanties statutaires et contractuelles ainsi que les risques de difficultés qui concernent les entreprises, et l'expert-comptable parce qu'il est très périodiquement amené à gérer et à analyser les comptes et le financement des entreprises qui font appel à lui⁴⁴⁴, interviennent quotidiennement au sein de l'entreprise. Ils sont en quelque sorte des partenaires indispensables au chef d'entreprise. Mais la couverture de leurs honoraires est soumise à l'accord de l'assureur. D'où la problématique de leur prise en charge par l'assurance santé entreprise. Dans quel cas peuvent-ils être pris en charge par l'assurance santé entreprise ? Toutes leurs missions au sein de l'entreprise peuvent-elles être couvertes par l'assurance ? Le fait de confier la couverture des honoraires des avocats ou des experts-comptables à la libre discrétion de l'assureur ne peut-il faire l'objet d'abus ? Si oui sur quels critères apprécier la couverture de leurs honoraires par l'assureur ? Au regard de tous ces questionnements, vu que contrairement au conciliateur et au mandataire ad hoc, l'avocat et l'expert-comptable n'accomplissent pas de mission spéciale et n'agissent que dans le cadre de leur mission quotidienne, il serait judicieux, afin de déjouer tout conflit entre assureur et assuré lié à la mauvaise appréciation de l'assureur, que les missions donnant droit au bénéfice de l'assurance santé entreprise soient bien définies, précisées et délimitées de commun accord dans le contrat d'assurance. L'assurance santé entreprise, qui intervient comme « un fonds de garantie » permettant aux entreprises qui ont des difficultés de bénéficier des services de l'expert-comptable et d'un avocat sans avoir à débours des frais d'honoraires⁴⁴⁵, devrait être mieux encadrée et surtout pas laissée à la libre discrétion de l'assureur.

260. En rendant ainsi la prévention accessible de manière précoce, l'assurance santé entreprise contribue à l'anticipation des difficultés de l'entreprise et de ce fait accroît les chances de paiement des créanciers chirographaires. Ainsi, en stipulant par exemple dans le contrat d'assurance santé entreprise que tout justificatif de recours à un avocat ou à un expert-comptable constitue un élément déclencheur de l'assurance santé entreprise, on limiterait les abus potentiels des

⁴⁴⁴X. DELCROS, « L'avocat et l'expert-comptable sont les garants de la santé de l'entreprise », *Académie des sciences techniques comptables et financières* 2012.Cahier n°24.49.

⁴⁴⁵F. H. BERNY, « L'assurance "santé d'entreprises": rendre la prévention accessible à moindre coût », 2012.Cahier n°24.49.

assureurs et par la même occasion cela inciterait les chefs d'entreprise à souscrire une telle assurance. En effet, l'anticipation suppose le déclenchement automatique et rapide de la garantie dès le recours à un expert de crise.

261. Par ailleurs, les compagnies d'assurances ne prennent en charge que les honoraires des experts dont l'entreprise a respecté le délai de carence. Il s'agit ici de la période de temps qui court entre le jour de la souscription du contrat d'assurance santé entreprise et le jour de la survenance du sinistre. Donc, tout contrat d'assurance santé entreprise doit être souscrit au moins 180 jours avant la survenance des premières difficultés nécessitant l'intervention des tiers au sein de l'entreprise. Concrètement, pour bénéficier du paiement des honoraires d'experts de crise, le chef d'entreprise devrait avoir payé un minimum de 6 mois de primes à la compagnie d'assurances, ce qui peut être une source de difficultés pour le débiteur. Toutefois, ce délai de carence peut se justifier dans la mesure où il pourra permettre d'éviter la fraude de certains chefs d'entreprise de mauvaise foi.

2 : l'intérêt de l'assurance santé entreprise pour les créanciers chirographaires

262. La disparition prématurée des entreprises, qui fait trembler le monde économique et social français, est un fléau⁴⁴⁶ qui entraîne dans sa chute de nombreux créanciers et plus particulièrement les créanciers chirographaires. Une entreprise en bonne santé est un gage de leur paiement. En effet, des maux non soignés⁴⁴⁷ portent chaque année atteinte à la pérennité d'un grand nombre d'entreprises.

263. Grâce à l'assurance santé entreprise, les chefs d'entreprise pourront bénéficier de l'assistance de trois experts de crise notamment l'avocat, l'expert-comptable et les mandataires de justice nommés par le tribunal. En tant que spécialistes du droit et du chiffre⁴⁴⁸, l'intervention de ces derniers semble capitale pour agir en amont des difficultés de l'entreprise.

⁴⁴⁶S. BELINGUIER, « L'assurance santé entreprise : prévention et sauvegarde de l'entreprise en difficulté par la couverture des honoraires des "experts de crise" », *Gaz. Pal.* 2013.022.

⁴⁴⁷Id.

⁴⁴⁸Id.

264. À l'instar du médecin dans l'assurance maladie, les experts de crise dans l'assurance santé entreprise donnent "les premiers soins"⁴⁴⁹ aux entreprises victimes de difficultés. « C'est l'assurance maladie des particuliers qui devient ainsi l'assurance maladie des entreprises »⁴⁵⁰. L'obstacle financier étant désormais maîtrisé par le recours à l'assurance santé entreprise, le débiteur aura facilement et de plus en plus recours à ces experts de crise. Et, comme la maladie, plus tôt, on a recours au médecin, plus tôt le diagnostic est fait et mieux la maladie est traitée. Il sied de mentionner que « le plafond de garantie peut aller jusqu'à 50 000 € pour l'ensemble des frais et honoraires en fonction du chiffre d'affaires de l'entreprise, somme qui, peut valablement couvrir le coût imaginaire ou connu »⁴⁵¹ des experts de crise. En effet, le débiteur qui fait déjà face à des difficultés sera dans l'impossibilité de réunir une telle somme. Conscients de ce fait, les experts de crise sont très réticents à intervenir au sein des entreprises déjà en proie aux difficultés. La maîtrise du coût des honoraires d'experts de crise va en droite ligne de compte avec la protection de l'actif social du débiteur, seul gage des créanciers chirographaires. S'il fallait payer les honoraires de ces experts, le débiteur dont la trésorerie est déjà fragilisée, hésitera à faire recours aux dispositifs de prévention. En développant l'assurance santé entreprise, les craintes du débiteur concernant le paiement des experts de crises sont désormais levées. De plus, les experts étant désormais payés par l'assureur, le débiteur sera motivé à les solliciter au moindre souci détecté, ce qui favorisera la préservation de l'actif social disponible pour le bonheur des créanciers chirographaires.

265. Toujours dans cet élan de sauvetage des entreprises, le recours à l'expert de crise reste à l'initiative du débiteur. La relation entre débiteur et conseiller doit être basée sur la confiance. C'est dans le but de préserver cette confiance et par la même occasion d'encourager le débiteur, que la liberté de choix de l'expert de crise lui revient de droit. Exception faite des cas où le mandataire ad hoc ou le conciliateur sont nommés par décision du juge. Toutefois, cette liberté de choix devrait être guidée par la compétence de l'expert. Donc, il serait

⁴⁴⁹ Id.

⁴⁵⁰ A. BRICARD, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté », *Rev. pro. coll.* 2014.Dossier 40.2.

⁴⁵¹ T. MONTERAN, préc., note 430.

important que le choix du débiteur soit guidé par la compétence, sinon le débiteur pourrait faire son choix en se fondant par exemple sur l'expérience de l'expert ou alors se référer à la liste des experts de crise agréés.

266. Grâce à l'assurance santé entreprise, toute entreprise qui a cotisé auprès d'une compagnie d'assurances pourra recevoir, en cas de difficultés, des fonds lui permettant de rémunérer des experts de crise pour la soutenir, la conseiller et l'épauler⁴⁵². Concernant l'expert-comptable, hormis ses missions légales, sa principale mission est d'ordre comptable et se passe très souvent au sein d'une entreprise. Pour cela, sa formation lui donne toutes les connaissances nécessaires pour mener à bien ses missions.

267. Par contre, la spécialité de l'avocat en tant que conseil au sein de l'entreprise peut être problématique. En fait, vu la pléthore de spécialisations qui existe dans le domaine juridique, certains avocats n'ont pas nécessairement les compétences requises pour intervenir en entreprise. Avant de faire recours à un avocat en tant que conseil au sein d'une entreprise, il est capital pour le débiteur de s'informer sur sa spécialité. C'est en ce sens que nous rejoignons Sarah BELINGUIER⁴⁵³ lorsqu'elle dit que, « le débiteur devrait tenir compte dans sa liberté de choix de son conseil, de la spécialité lorsqu'il fait recours à un avocat comme conseiller en période de crise ». Toujours dans le but de faciliter la tâche aux chefs d'entreprise, il est possible d'aller plus loin en rapprochant les assureurs des experts de crise, notamment les avocats pour qui la spécialité pose problème. Par exemple, il faudrait mettre à jour la liste des avocats en fonction de leur domaine de compétence et diffuser au maximum cette liste pour qu'elle puisse être facilement accessible.

268. De plus, on pourra pousser plus loin la réflexion en mettant sur pied une sorte de convention qui fixe les tarifs entre les assureurs et les experts de crise notamment les avocats et les experts-comptables afin de favoriser le recours aux experts de crise et de ce fait, harmoniser les tarifs d'intervention entre les experts conventionnés. En établissant une liste d'experts conventionnés, le chef d'entreprise qui fait recours à cet expert est rassuré de la couverture des hono-

⁴⁵²« Entretien avec William FEUGENE, président de l'ACE », *Gaz. Pal.* 2012.192.9.

⁴⁵³S. BELINGUIER, préc., note 450.

raires des experts consultés et l'expert sûr du paiement de ses honoraires. C'est plutôt un partenariat gagnant-gagnant pour le sauvetage des entreprises

269. Ce recours est facilité par la création d'une cotisation annuelle raisonnable. En effet, il ressort des réunions tenues sous l'impulsion du Ministère du Redressement Productif que le prix de 20 à 40 € par mois (moins d'un euro voire un euro cinquante par jour) de contrat d'assurance a été qualifié de raisonnable et possible pour les représentants des compagnies d'assurances pour une couverture d'assurance de 6 000 à 10 000€. Ainsi, payer une cotisation annuelle pouvant varier entre 240 et 480€ serait acceptable vu les retombées financières qui pourront en découler. Nul n'étant à l'abri d'un imprévu, le paiement de cette cotisation est un réel moyen de garantie des mauvais moments. De plus, « cela coûtera moins cher à l'assureur de prendre en charge les honoraires des conseils pour 10 000€ ou plus selon le choix du dirigeant que de payer 24 mois de rémunération au titre d'assurance chômage au dirigeant dont l'entreprise aura disparu »⁴⁵⁴.

270. Pour les créanciers chirographaires, la meilleure protection reste la bonne santé financière de l'entreprise. Alors, en favorisant la pérennité de l'entreprise, l'assurance santé entreprise contribue à la protection des créanciers chirographaires. L'idée d'instaurer une assurance santé entreprise ne manque pas d'intérêt malgré son coût supplémentaire pour les entreprises. Il va de l'intérêt non seulement de la protection du créancier chirographaire dont il est question, mais aussi de la société en général, qu'une telle assurance soit vulgarisée au maximum et que dans le futur d'autres compagnies d'assurances puissent proposer ce type de contrat.

B : le maintien du gage commun des créanciers chirographaires dû à l'information gratuite des chefs d'entreprise en droit français

271. La prise en charge rapide des difficultés de l'entreprise augmente non seulement les chances du débiteur de sortir de sa crise, mais aussi et surtout augmente les chances des créanciers chirographaires de récupérer leur dû. Ce double intérêt renforce l'idée d'une prévention très en amont que certains ont appelée pré-prévention. Ainsi, depuis 1985, le thème de la prévention ne cesse de défrayer la chronique. À côté des cellules de prévention d'origine judi-

⁴⁵⁴A. BRICARD, préc., note 454.

ciaire⁴⁵⁵, le centre d'information sur la prévention des difficultés des entreprises a été élaboré et mise en place par certains professionnels. Ce dernier dispositif a pour but de rompre l'isolement du chef d'entreprise en l'aidant à identifier ses difficultés et en lui conseillant des voies de recours amiables⁴⁵⁶. L'instauration de ce dispositif en droit français, permet de détecter très en amont les difficultés de l'entreprise afin de les soigner à temps. L'assurance santé entreprise, bien que nouvelle en date, redonne de la luminosité à certaines procédures de prévention qui, malgré leur existence, étaient très souvent ignorées des chefs d'entreprise. Cette assurance vient donc faire connaître et faciliter l'accès à certaines mesures de prévention telles que les centres d'information sur la prévention. Toutefois, il est important de noter que ces dispositifs de prévention n'existent pas en droit OHADA.

272. Le centre d'information sur la prévention des difficultés de l'entreprise en participant à la création de l'assurance santé entreprise contribue, au-delà de l'information et de l'accompagnement bénévole des chefs d'entreprise, au succès des mesures de prévention. Après un bref aperçu du centre d'information sur la prévention des difficultés des entreprises (1), nous analyserons son caractère pré-préventif dans l'anticipation des difficultés (2)

1 : bref aperçu du centre d'information sur la prévention des difficultés de l'entreprise

273. Les centres d'information sur la prévention des difficultés des entreprises ont été créés puis développés par l'assurance santé entreprise pour détecter les signes avant-coureurs d'une mauvaise santé et surtout pour informer les chefs d'entreprise⁴⁵⁷. Il faut se poser la question même avant que les difficultés apparaissent. D'où l'intérêt pour le chef d'entreprise de s'informer. En effet, les

⁴⁵⁵P. MODAT, « Les cellules de prévention : l'efficacité n'est pas contraire à la loi », *Rev. pro. coll.* 2011.28; J.L. DUPLAT, « Les services des enquêtes commerciales, outil de prévention en matière de faillites, en Belgique », *Rjcom.* 1989.49; C. DELATRE, « La prévention doit s'exercer dans le cadre légal », *Rev. pro. coll.* 2010.18; P. ROUSELL-GALLE, « Loyauté et impartialité dans le traitement des procédures collectives », *Gaz. Pal.* 2012.1893; F. MARCORIG-VENIER, préc., note 425.

⁴⁵⁶C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e éd., coll. LGDJ, 2013, n^o 232.

⁴⁵⁷T. MONTERAN, préc., note 430.

centres d'information et de prévention des difficultés sont organisés sous forme d'association regroupant les professionnels du chiffre (experts-comptables et commissaires aux comptes) et du droit (magistrats consulaires honoraires et avocats). Ils sont une cinquantaine en France, avec l'objectif d'assurer à terme un véritable service de proximité pour les petites ou microentreprises⁴⁵⁸.

274. Au niveau national, les centres d'information sur la prévention des entreprises regroupent des professionnels du chiffre entre autres, le conseil supérieur des experts-comptables, la compagnie nationale des commissaires aux comptes, l'inter-fédération des organismes de gestion agréés la compagnie des conseils et experts-financiers, les professionnels de droit notamment le conseil national du barreau, la conférence générale des juges consulaires de France, le conseil national des greffiers des tribunaux de commerce, les représentants des métiers, et enfin des membres associés comme l'association échanges et consultations techniques internationales et l'association entente des générations pour l'emploi et l'entreprise qui regroupent les chefs d'entreprise à la retraite. La réunion de toutes ces compétences et talents au sein d'une même cellule permet, lors d'un entretien, d'avoir une vision globale des difficultés de l'entreprise et aussi d'avoir un avis externe sur celles-ci. En effet, ces professionnels jouent un rôle vraiment en amont. Ainsi par exemple, lors des entretiens du jeudi⁴⁵⁹, un trio de professionnels notamment un juge consulaire, un avocat et un expert-comptable reçoivent les chefs d'entreprise, les écoutent et leur proposent, chacun dans son domaine de compétence, des solutions possibles pour une sortie de crise. L'accès gratuit à ces professionnels favorise la consultation en amont des chefs d'entreprise afin d'anticiper sur les difficultés de l'entreprise.

275. Ce qui est intéressant est que les professionnels intervenant dans les centres d'information sur la prévention ne sont pas là pour juger le comportement du chef d'entreprise. De plus, n'étant pas des juges ils sont là pour essayer de comprendre la situation afin de lui fournir les clés nécessaires pour l'amélioration de sa situation ou alors l'informer et l'orienter vers des dispositifs de prévention existant pour ceux qui sont déjà en difficulté.

⁴⁵⁸A. JACQUEMONT et R. VABRES, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., coll. LexisNexis, 2015, p. 2.

⁴⁵⁹www.cip-national.fr

276. Afin d'accroître leur efficacité, les centres d'information sur la prévention des difficultés des entreprises sont créés au niveau des régions et regroupent les mêmes professionnels. La création de ces centres d'information sur la prévention au niveau régional participe au rapprochement des chefs d'entreprise des experts de crise.

2 : le caractère pré-préventif du centre d'information sur la prévention des difficultés de l'entreprise

277. Leur rôle consiste non seulement à communiquer sur leur action, mais aussi à l'écoute et à l'accompagnement des chefs d'entreprise dans le cadre des entretiens du jeudi⁴⁶⁰. Ce qui fait leur particularité, c'est non seulement leur gratuité et leur caractère anonyme mais aussi et surtout leur caractère non-juridictionnel.

278. Il faut noter que les professionnels qui interviennent dans les centres d'information sur la prévention des difficultés sont des bénévoles. En proposant un accompagnement gratuit au chef d'entreprise, le centre d'information sur la prévention des difficultés de l'entreprise ouvre la voie à une meilleure information des chefs d'entreprise. En effet, un chef d'entreprise doit se poser des questions même en l'absence de difficultés avérées ou supposées⁴⁶¹ afin de dépister assez tôt les éléments précurseurs des difficultés. Les experts de crise agissant bénévolement dans le cadre du centre d'information sur la prévention contribuent de manière efficace à la détection des premiers signes de fatigue de l'entreprise. Les services gratuits ainsi mis à la disposition des chefs d'entreprise sont des éléments de motivation du débiteur.

279. Le recours au centre d'information sur la prévention des difficultés est également encouragé par l'anonymat des entretiens. Les professionnels qui interviennent pendant les entretiens du jeudi sont tenus de garder l'anonymat, c'est-à-dire, qu'ils n'ont pas le droit de divulguer les informations qu'ils ont reçues au cours des entretiens. De même, le nom des entreprises doit être tenu secret. Cet anonymat contribue au renforcement de la confidentialité des entretiens du jeudi car la grande peur des chefs d'entreprise est de voir leurs difficultés étalées au grand jour. Ainsi, la mission des professionnels intervenant au

⁴⁶⁰T. MONTERAN, préc., note 430.

⁴⁶¹T. BELLOT, « La réforme, de nouvelles pistes », *Deloitte et Altares* 2008.14.

centre d'information sur la prévention des difficultés est d'écouter et d'accompagner les chefs d'entreprise vers des solutions adéquates. Le déroulement des entretiens se fait dans un climat de confiance mutuelle. L'objectif de ces derniers est d'amener les chefs d'entreprise à exposer de manière libre les difficultés auxquelles ils font face. Et, dans le panel des dispositifs existants, les professionnels les orientent vers ceux qui sont à même de les aider à surmonter leurs difficultés. Ce qui est important ici est de noter que ces chefs d'entreprise ne sont pas tenus de suivre les orientations données par ces professionnels.

280. De plus, concernant le caractère non-juridictionnel du centre d'information sur la prévention des difficultés de l'entreprise, les professionnels de crise n'étant pas des juges, le risque d'impartialité est à zéro. En effet, très souvent seuls face à leur difficulté, de nombreux chefs d'entreprise ont du mal à franchir les portes du palais de justice⁴⁶², la création du centre d'information sur la prévention rompt cette appréhension du palais de justice. Ainsi, en mettant à la disposition des chefs d'entreprise des professionnels avec un savoir-faire nécessaire pour les accompagner de manière anonyme vers une sortie de crise, le centre d'information contribue de manière efficace au maintien de l'entreprise en bonne santé et au paiement des créanciers chirographaires, d'autant plus que le caractère non-juridictionnel de ce centre crée un climat de confiance qui permet au chef d'entreprise de se confier librement.

281. Pour cela, le centre ne peut efficacement jouer ce rôle de pré-prévention que si les chefs d'entreprise demandent un accompagnement. Cependant, un problème demeure, celui de la sous-information de certains dirigeants ou chefs d'entreprise. En effet, certains chefs d'entreprise ne font pas recours aux dispositifs de prévention très souvent parce qu'ils ne connaissent pas ou parce qu'ils sont mal informés, d'où la nécessité d'une plus grande sensibilisation sur l'existence de ces centres d'information. Certes, le travail de sensibilisation est amorcé par la création des centres d'information sur la prévention au niveau national et territorial, mais il reste à faire au niveau départemental et local afin de rapprocher ces centres d'information des chefs d'entreprise. Ce n'est qu'en les rapprochant des chefs d'entreprise que les centres d'information sur la prévention des difficultés pourront efficacement remplir leur mission.

⁴⁶²M. MENJUCQ, J. B. DRUMMER, T. BELLOT et D. SWERGER, « La détection précoce des difficultés de l'entreprise », *Table Ronde* 2010.1.49.

282. Toutefois, nous regrettons l'inexistence de ces centres d'information sur la prévention dans l'espace OHADA. En effet, l'existence d'une structure non-juridique servant de centre d'information sur la prévention des difficultés est une idée originale et intéressante à plusieurs égards. En fait, elle regroupe à peu près tous les acteurs de la prévention et du traitement des difficultés de l'entreprise⁴⁶³ et les entretiens d'écoute et d'accompagnement des chefs d'entreprise sont anonymes et gratuits. Tout ceci permet de détecter les signes avant-coureurs d'une mauvaise santé⁴⁶⁴ de l'entreprise et surtout de prendre des mesures nécessaires bien en amont. De plus, les entretiens entre le débiteur et les professionnels du centre d'information ne sont ni mentionnés ni enregistrés dans un document officiel. Dans le contexte OHADA, l'initiative d'une mise en place d'un centre d'information et de prévention des difficultés de l'entreprise serait la bienvenue. Les experts-comptables, les avocats, les commissaires aux comptes, en fait tous ces acteurs qui interviennent auprès des entreprises, devraient se réunir au sein d'associations afin de venir en aide aux entreprises.

283. En effet, la création d'un centre d'information sur la prévention dans l'espace OHADA est faisable. Elle peut se faire d'abord sur le plan national avec l'aide des ordres professionnels concernés, notamment l'ordre des experts-comptables, l'ordre des avocats. Si ces deux ordres se mettent ensemble pour le bien de l'entreprise, celle-ci ne peut que prospérer dans la mesure où, non seulement ces spécialistes sont à jour des législations, mais aussi et surtout, ils ont une maîtrise de l'environnement de l'entreprise. Bien que n'étant pas encore suffisamment étendu en France, le centre d'information sur la prévention des difficultés ne manque pas d'intérêt tant pour l'entreprise que pour les créanciers. Il est donc nécessaire qu'une telle initiative soit mise en place dans le contexte africain car, non seulement il regroupe les spécialistes des affaires chacun dans un domaine bien précis mais aussi, les chefs d'entreprise seront plus à même de dévoiler leurs réelles difficultés à cause du caractère anonyme et confidentiel des informations recueillies lors des entretiens. En effet, l'anticipation est le maître mot du traitement des entreprises en difficulté⁴⁶⁵. Si les centres d'information gratuits pour la prévention des difficultés des entreprises

⁴⁶³Id.

⁴⁶⁴T. MONTERAN, préc., note 430.

⁴⁶⁵T. MONTERAN, « De l'information à la prévention », 2012.

ont du mal à être créés au sein des États membres de l'OHADA, l'instauration d'une assurance santé entreprise le sera encore plus.

§II : LA PROBLÉMATIQUE DE L'ASSURANCE SANTÉ ENTREPRISE DANS L'ESPACE OHADA

284. Dans toute pathologie, un diagnostic précoce est un gage de traitement⁴⁶⁶. C'est-à-dire que plus tôt on fait un diagnostic des difficultés de l'entreprise, meilleur sera le traitement. En matière de difficultés d'entreprise, leur détection précoce permet de mettre les mesures de traitement adéquates en marche suffisamment tôt afin d'éviter la perte de l'entreprise. Pour cela, et contrairement au législateur OHADA, le législateur français a développé un certain nombre d'instruments de détection des difficultés bien en amont. Conscient de l'obstacle financier qui pourrait freiner le recours à ces instruments, l'assurance santé entreprise a été élaborée pour permettre le financement des honoraires des experts de crise qui interviendront en cas de survenance de difficultés. L'instauration de tous ces instruments de prévention démontre l'importance de la prévention des difficultés des entreprises en droit français. Il sied de mentionner que, contrairement au contexte français, la culture de la prévention reste encore embryonnaire en Afrique. Toutefois, l'importation de l'assurance santé entreprise reste problématique dans le contexte africain. Après avoir ressorti quelques aspects cachés de l'assurance santé entreprise (A) nous démontrerons en quoi elle est difficilement importable dans le contexte OHADA (B)

A : quelques aspects cachés de l'assurance santé entreprise

285. Nous analyserons les limites du caractère préventif de l'assurance santé entreprise (1) et ses risques (2).

1 : les limites du caractère préventif de l'assurance santé entreprise

286. L'assurance santé entreprise intervient seulement quand les difficultés sont déjà visibles. À ce titre, le rôle de prévention que pourrait jouer l'assurance santé entreprise reste limité. Le vrai motif de préoccupation reste les différents dispositifs de prévention déjà existants. Il tient au manque de vulgarisation et de sensibilisation du système de prévention. Également le nouveau dispositif de l'assurance santé entreprise risquera de souffrir du manque de vulgarisation

⁴⁶⁶M. MENJUCQ, J. B. DRUMMER, T. BELLOT et D. SWERGER, préc., note 467.

et de sensibilisation car certains chefs d'entreprise ignorent l'existence de certains dispositifs de prévention. C'est en ce sens que, pour Thierry BELLOT, trop de dirigeants ne sont pas informés des possibilités offertes par la loi de 2005⁴⁶⁷. Et Bakary DIALLO renchérit en disant qu'en Afrique subsaharienne plus qu'ailleurs, nombreux sont les chefs d'entreprise qui vivent dans la méconnaissance des instruments juridiques et en particulier dans l'ignorance des procédures judiciaires mises à leur disposition pour répondre aux difficultés qu'ils rencontrent au cours de leurs activités⁴⁶⁸.

287. Par ailleurs, malgré l'importance indéniable de l'assurance santé entreprise, il est toujours préférable d'éviter une difficulté grave et évitable que d'éviter ses complications, c'est-à-dire qu'il est mieux de développer les stratégies pour éviter les difficultés dans l'entreprise que d'attendre leur survenance pour les traiter. D'où l'intérêt du développement des centres d'information sur la prévention des difficultés. En effet, ces centres devraient être connus de tous et surtout des chefs d'entreprise afin de les aider même lorsque tout va bien au sein de l'entreprise. Si les chefs d'entreprise étaient informés au quotidien sur les dispositifs de prévention existant, ils seraient à même d'y faire recours bien en amont des difficultés. En fait, le développement de ces centres d'information sur la prévention renforcerait l'information des chefs d'entreprise et les inciterait à recourir aux dispositifs de prévention mis à leur disposition. Comme l'assurance santé entreprise, les autres mesures de prévention sont très efficaces, mais elles sont inconnues du public concerné y compris de la plupart de leurs conseils⁴⁶⁹. C'est alors l'information qui contribuera à renforcer la détection précoce des difficultés de l'entreprise. Pour cela, la vulgarisation et la sensibilisation sont des conditions de succès de l'assurance santé entreprise voire des autres dispositifs de prévention existant.

288. Il convient aussi de dire qu'une vulgarisation de l'assurance santé entreprise doit être mise en place, c'est-à-dire qu'il faut organiser, en faveur des chefs d'entreprise en particulier, et pourquoi pas de la toute la population, des campagnes de vulgarisation et de sensibilisation sur l'importance de l'assurance

⁴⁶⁷P. DERMAGNE, « Pourquoi la culture de la prévention est la meilleure des protections », *www.gpomag.fr* 2013.

⁴⁶⁸B. DIALLO, « Des procédures adaptées aux "petites" entreprises: les procédures simplifiées », *Dr. et patr.* 2015.253.44.

⁴⁶⁹T. MONTERAN, préc., note 430.

santé entreprise. Ainsi, l'assurance santé entreprise pour être efficace doit inciter à une forte participation des personnes concernées. En outre, cette forte souscription de l'assurance santé entreprise pourra à la longue avoir une incidence sur le coût de la prime. Car l'assurance est fondée sur la loi du grand nombre. Ce qui revient à dire que, plus le nombre de souscripteurs sera élevé, plus le coût de l'assurance pourra être revu à la baisse.

289. Des efforts restent également à faire notamment du côté des compagnies d'assurances. Jusqu'ici, seulement six compagnies d'assurances proposent le contrat d'assurance santé entreprise. Ce qui peut être un frein supplémentaire à la vulgarisation de l'assurance santé entreprise. Vu le nombre d'entreprises qui existe, il serait judicieux que d'autres compagnies d'assurances s'engagent à proposer des contrats d'assurance type. C'est en limitant au maximum les freins à l'accès à l'assurance santé entreprise qu'elle pourra efficacement jouer son rôle de prévention des difficultés des entreprises.

2 : les risques l'assurance santé entreprise

290. Les risques sont notamment le caractère facultatif de l'assurance santé entreprise (a) et le risque de déresponsabilisation des chefs d'entreprise (b)

a: le risque de non-souscription de l'assurance santé entreprise relatif à son caractère facultatif

291. La souscription d'un contrat d'assurance santé entreprise reste facultative. Certains auteurs proposent de rendre l'assurance santé entreprise obligatoire afin de bénéficier pleinement de cette mesure et multiplier les mesures de prévention⁴⁷⁰. Si elle devient obligatoire, elle devrait, selon le Professeur PÉROCHON, comporter une franchise afin d'éviter la mise en œuvre trop hasardeuse des mesures ou procédures préventives⁴⁷¹. On entendra par franchise dans l'assurance santé entreprise, la somme d'argent non remboursée par l'assureur à la suite d'une difficulté dont l'assuré sera responsable. La franchise aura donc pour objectif de responsabiliser les chefs d'entreprise. Si chacun est dans l'obligation de couvrir une partie de la somme à rembourser, le chef d'entreprise fera preuve de beaucoup d'habiletés afin de mettre en œuvre les mesures

⁴⁷⁰Id.

⁴⁷¹F. MARCORIG-VENIER et C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises : entre transparence et confidentialité, efficacité et fragilité ! », *BJED* 2014.10.

ou procédures préventives adéquates et appropriées. En outre, la franchise permettra au débiteur de bien réfléchir avant d'opter pour telles ou telles autres procédures et le choix se fera certainement sur la base de l'efficacité de la mesure choisie pour résorber la difficulté. Au risque de rembourser une partie des frais, le chef d'entreprise fera preuve de beaucoup plus d'attention.

292. Néanmoins, en plus de la franchise, le contrat d'assurance santé entreprise peut être assorti d'une clause de bonus-malus. Il s'agit d'un système de réduction-majoration de la prime d'assurance à chaque échéance annuelle. Par exemple, une année sans difficultés pourra faire augmenter le bonus du chef d'entreprise alors qu'une difficulté augmentera son malus. Ainsi, le bonus-malus s'appliquera à la prime d'assurance. L'accumulation des bonus permettra au chef d'entreprise de bénéficier d'une baisse du coût de son assurance. Au final, en rendant l'assurance santé obligatoire, le législateur renforcera cette mesure de prévention et, par la même occasion, le sauvetage des entreprises et le paiement des créanciers chirographaires.

293. En effet, l'obligation d'assurance imposée à certaines professions n'est acceptée que si le coût est jugé supportable⁴⁷². Pour ce qui est de l'assurance santé entreprise, vu la modicité⁴⁷³ du coût de cette assurance et son intérêt pour la pérennité des entreprises, des emplois et le paiement des créanciers chirographaires, son caractère obligatoire peut bien être reconnu pour l'intérêt général qu'elle tend à préserver. Au final, l'assurance santé entreprise est une des mesures prévues pour permettre de s'attaquer aux difficultés de l'entreprise bien en amont. Pour cela, le caractère facultatif ne pourra pas inciter les chefs d'entreprise à souscrire une telle assurance, d'où la nécessité de la rendre obligatoire afin qu'elle puisse produire les effets escomptés notamment la sauvegarde des entreprises et le paiement des créanciers surtout chirographaires.

b : le risque de déresponsabilisation des chefs d'entreprise

294. On peut craindre que la souscription d'une assurance santé entreprise puisse être une source de déresponsabilisation du chef d'entreprise en ce sens qu'il peut se permettre d'adopter une gestion risquée. On est conscient du fait que les risques de difficultés sont inhérents aux entreprises, mais, en adoptant

⁴⁷²X.LEDUCQ, « Risque, prévention et assurance : une vision convergente des deux juridictions suprêmes ? », *BJED* 2012.121.

⁴⁷³T. MONTERAN, préc., note 430.

un comportement responsable, le risque de difficulté ne sera pas maîtrisé mais réduit. Ainsi, en facilitant le paiement des experts de crise, le recours aux dispositifs de prévention devient une évidence pour le débiteur. Conscient du fait que le paiement des frais inhérents à la procédure de mandat ad hoc ou de conciliation sera pris en charge par l'assureur, le débiteur n'hésitera pas à solliciter l'aide de ces experts. Ainsi, au lieu d'être une source de déresponsabilisation du chef d'entreprise, l'assurance santé entreprise devient une source de motivation permettant de recourir facilement aux dispositifs de prévention existant. Ainsi, le chef d'entreprise pourra recourir à ces dispositifs comme s'il effectuait un acte normal de gestion⁴⁷⁴.

295. Il faudrait à l'avance inciter les chefs d'entreprise à gérer leur entreprise en bon père de famille. Pour cela, on pourrait par exemple créer un système de réduction du montant de la prime en cas de choix d'attitudes considérées comme préventives⁴⁷⁵ par le chef d'entreprise. Cependant, un dirigeant peut-il adopter une gestion risquée sans être rattrapé par le principe de précaution ? Le principe de précaution est « une sorte de référentiel prudentiel destiné aux pouvoirs publics pour apprécier les choix collectifs de prévention à faire, mais il ne doit pas être considéré comme une règle de responsabilité autonome et directe, se suffisant à elle-même »⁴⁷⁶. En restant dans le contexte des entreprises, une démarche préventive suppose également que les chefs d'entreprise prennent des précautions bien à l'avance pour que les difficultés ne surviennent pas. Toutefois, il existe certes une liberté fondamentale d'entreprendre mais la liberté de prendre des risques n'existe pas encore en droit⁴⁷⁷. Au final, la gestion de l'entreprise est une mission délicate, tous actes du chef d'entreprise ou du dirigeant doivent être pris avec précaution. Malgré tout, l'assurance santé entreprise est une aubaine pour les entreprises, mais elle est difficile à importer dans l'espace OHADA.

⁴⁷⁴A. TOH, préc., note 446.

⁴⁷⁵X.LEDUCQ, préc., note 477.

⁴⁷⁶Id.

⁴⁷⁷H. BARBIER, « Faut-il reconnaître une liberté fondamentale de prendre des risques », *Rjcom*. 2017.1.2.

B : une difficile importation de l'assurance santé entreprise dans l'espace OHADA

296. Tout chef d'entreprise doit pouvoir éviter la disparition de son entreprise. Pour cela, ils doivent pouvoir anticiper sur les difficultés. Dans les années 50 ou 70, il était « honteux » de rencontrer des difficultés. C'est moins le cas aujourd'hui⁴⁷⁸. En effet, il n'est plus honteux de rencontrer des difficultés parce qu'elles sont imprévisibles et peuvent frapper tout le monde. Personne n'étant à l'abri des difficultés, il est donc important de s'en prévenir. Malgré cela, on fait le constat dans l'espace OHADA d'une avancée très lente des dispositifs de prévention des difficultés des entreprises. Nouvellement admise en droit français, l'assurance santé entreprise n'existe pas en droit OHADA. L'intérêt de l'instauration de cette assurance dans le contexte africain serait un plus pour la prévention des difficultés des entreprises. Ainsi, on fait le constat d'une difficile importation dans le contexte OHADA en raison d'une culture de la prévention encore embryonnaire (1) et de son coût pour des entreprises déjà financièrement faibles (2)

1: une culture de la prévention encore embryonnaire en Afrique

297. La prévention se définit comme l'ensemble des mesures destinées à empêcher la survenance de la cessation des paiements⁴⁷⁹. La notion de culture de la prévention, quant à elle, implique la mise en place des actions de prévention. La culture de la prévention est aujourd'hui ancrée dans les dispositifs français et a fait l'objet d'un long cheminement. De nos jours en France, on parle de prévention-détection voire de pré-prévention. Cette culture de la prévention à la française ne cesse de faire son bonhomme de chemin et des techniques de prévention ne cessent de voir le jour car l'utilité de la prévention des difficultés de l'entreprise n'est plus à démontrer. Elle a fait ses preuves et continuera à en faire. En effet, le taux de succès des procédures de conciliation et de mandat ad hoc en droit français est de l'ordre de 70 %⁴⁸⁰. De plus, un juge conciliateur, ancien président de chambre, a donné des statistiques pour l'année 2015. Ainsi, il a été désigné 90 fois par le tribunal ; sur ce total, 10 dossiers restaient en attente au 31 décembre tandis qu'il en avait traité 80. Sur ces 80 dossiers, il s'est

⁴⁷⁸P. DERMAGNE, préc., note 472.

⁴⁷⁹C. DELATRE, préc., note 459.

⁴⁸⁰T. MONTERAN, préc., note 430.

heurté à 36 refus de concilier : les parties ne se présentant pas ou faisant dire qu'elles refusent la conciliation. Sur les 44 dossiers, il y a 8 échecs et 36 accords de conciliation ont été signés⁴⁸¹. Au vu de ces résultats, les procédures de prévention ont un succès non-négligeable et la prévention réaffirme d'année en année son efficacité même si ce sont seulement les entreprises importantes qui y font recours : 82% des entreprises ont bénéficié sur la période 2010-2014 d'un accord d'homologation dans le cadre de l'ouverture d'une procédure de conciliation contre 78% sur la période 2009-2010⁴⁸². Donc, en maîtrisant l'obstacle financier dû au coût des experts de crise par l'assurance santé entreprise instaurée en 2012, l'axe d'un progrès consistant à intervenir le plus en amont possible est amorcé.

298. Cependant et contrairement au législateur français pour qui la prévention existait avant la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005, c'est en 2015 que le législateur OHADA instaure la première procédure amiable qu'est la conciliation dans l'acte uniforme. En attendant qu'elle produise les résultats escomptés, il est difficile, voire impossible, de songer à l'instauration d'une assurance santé entreprise dans le contexte africain à cause du caractère embryonnaire de culture de la prévention.

299. Premièrement sur le plan social, la plupart des pays africains notamment le Cameroun n'ont pas encore instauré une assurance santé pour les personnes physiques. Penser à l'instauration d'une assurance santé entreprise en Afrique pour les personnes morales relève donc de l'utopie. Le rôle de l'assurance santé entreprise est indéniable pour le sauvetage des entreprises et le paiement des créanciers chirographaires, mais son instauration en Afrique reste problématique.

300. Deuxièmement, vu le nombre réduit des compagnies d'assurances françaises qui proposent le contrat d'assurance santé entreprise de nos jours, les compagnies d'assurances africaines seront encore plus réticentes à son acceptation.

⁴⁸¹J. MASSINESI, « La conciliation, ça fonctionne ! », *Entret. Avec Jean Messin. Président Trib. Commer. Paris* 2016.53.

⁴⁸²DELLOITTE, *L'entreprise en difficulté en France : dans l'antichambre de la reprise*, Altares, 2015.

301. Troisièmement, l'instauration d'une telle assurance est l'initiative des professionnels de crise. Donc, il faudrait encore que de tels professionnels aient la volonté et la formation adéquate. Pour ce qui est de leur formation, les experts-comptables et les avocats sont peu ou non formés au droit OHADA. La mobilisation de ces experts de crise pour être efficace ne peut donc être sérieusement envisagée que si les experts-comptables et avocats ont des connaissances et compétences requises. Doter les experts de crise de la formation nécessaire est un préalable pour intervenir efficacement au sein des entreprises. Pour lancer un projet comme celui de l'assurance santé entreprise, il faut une formation de base adéquate. Donc, il serait judicieux d'organiser des colloques, des conférences, des séminaires en vue de la vulgarisation du droit OHADA et, par la même occasion, organiser des campagnes de sensibilisation et de formation à l'intention notamment des experts-comptables et avocats. Ainsi, l'instauration de l'assurance santé entreprise demeure difficile actuellement parce qu'il est d'abord important de former les experts de crise africains au droit OHADA.

2 : le coût de l'assurance santé entreprise

302. La prise en charge des honoraires des experts de crise par une compagnie d'assurances favorise le recours aux dispositifs de prévention car très peu de chefs d'entreprise font recours au dispositif existant à cause du coût financier qu'ils devront prendre en charge. Ainsi, en rendant la prévention accessible, la disparition prématurée des entreprises africaines pourrait être réduite. L'instauration d'une procédure de conciliation dans l'acte uniforme OHADA participe de la volonté des États membres de l'OHADA de renforcer la prévention dans les dispositifs d'aide aux entreprises en difficulté⁴⁸³. Malgré son instauration en droit OHADA, le recours à ce nouveau dispositif risque de buter sur le coût d'intervention du conciliateur nommé pendant la procédure de conciliation. C'est justement pour pallier cet obstacle qu'en droit français, une assurance santé entreprise a été mise en place. C'est pour cette raison que pour que le dispositif de conciliation OHADA puisse porter les fruits escomptés, il aurait été judicieux d'instaurer une assurance santé entreprise.

303. Néanmoins, le coût de l'assurance santé entreprise est un élément non-négligeable pour les chefs d'entreprise. La crise qui ne cesse de gangrener

⁴⁸³F. REILLE, préc., note 313.

l'Afrique fait que la marge de manœuvre des chefs d'entreprise est très réduite. Tous les chefs d'entreprise sont réticents dès qu'on leur parle de charge supplémentaire. En effet, la souscription d'une assurance santé entreprise nécessite le paiement d'une prime d'assurance. Cette prime va être perçue par les chefs d'entreprise africains comme une charge supplémentaire à laquelle ils sont tenus de faire face. Alors que les entreprises africaines fonctionnent déjà avec des contraintes financières au quotidien, la crise ne peut que compliquer la situation des dirigeants et des chefs d'entreprise. C'est la raison pour laquelle l'acceptation de la souscription d'une nouvelle police d'assurance ne sera pas évidente. Par ailleurs, les entreprises africaines ne parviennent plus à tenir à cause des soucis de trésorerie très souvent récurrents. Au final, le coût de l'assurance santé entreprise est un frein à son importation en Afrique. Au vu des obstacles précités, l'assurance santé entreprise reste une utopie pour le continent africain. Même si la maîtrise de l'obstacle financier par l'assurance santé entreprise n'est pas évidente dans le contexte africain, il n'en demeure pas moins vrai qu'il faut réduire les causes d'aggravation des difficultés de l'entreprise pendant le déroulement des procédures de traitement amiable des difficultés de l'entreprise.

SECTION II : LA RÉDUCTION DES CAUSES D'AGGRAVATION DES DIFFICULTÉS DE L'ENTREPRISE PENDANT LE TRAITEMENT AMIABLE

304. Les procédures de traitement amiable restent une initiative du débiteur. Certes, la situation de l'entreprise n'est pas irrémédiablement compromise, mais sans l'intervention de ses créanciers et de ses partenaires, elle pourrait se retrouver dans une situation désastreuse qu'est la cessation des paiements. Dès lors, le débiteur a le choix entre le mandat ad hoc et la conciliation. Cependant, l'urgence qui est l'âme des procédures de prévention commande qu'on agisse vite, voire très vite, afin d'éviter l'aggravation des difficultés de l'entreprise. Pour cela, il est non seulement nécessaire d'éviter l'enchaînement inutile des procédures par le débiteur (§I) mais aussi, il faut renforcer leur confidentialité (§II).

§I : L'ÉVITEMENT DE L'ENCHAÎNEMENT DES PROCÉDURES PAR LE DÉBITEUR

305. À la différence du mandat ad hoc, le traitement des difficultés justifiant le recours au traitement amiable est circonscrit dans un temps prédéfini par le législateur OHADA et français.

306. L'intensité, mais surtout la nature et la configuration des difficultés de l'entreprise vont conduire le débiteur à opter pour des procédures distinctes⁴⁸⁴. Concernant le choix du mandat ad hoc par le débiteur, la lecture des dispositions du Code de commerce ne fait pas de précision quant aux difficultés pouvant donner droit à l'ouverture d'une telle procédure⁴⁸⁵. Le texte législatif est silencieux sur la teneur et l'ampleur des difficultés pouvant justifier le recours au mandat ad hoc⁴⁸⁶. L'absence de précision peut signifier que toutes les difficultés quelle que soit leur nature peuvent être éligibles à la procédure de mandat ad hoc. Le mandat ad hoc conserve donc toute la souplesse qui fait son succès⁴⁸⁷. Très peu réglementée, la procédure de mandat ad hoc peut être admise pour plusieurs situations. Il peut s'agir de difficultés dues à une décision de la maison –mère à l'égard de sa filiale ; d'un conflit entre un constructeur automobile et l'un de ses sous-traitants ; d'une négociation de moratoire avec quelques créanciers⁴⁸⁸ ou encore de résoudre un conflit pécuniaire ou de nature sociale au sein de l'entreprise ; les difficultés avec un fournisseur, des problèmes d'ordre bancaire ou financier⁴⁸⁹. Bref, toutes les difficultés du débiteur peuvent justifier son ouverture. Ce qui n'est pas le cas de la conciliation qui a un domaine restreint.

⁴⁸⁴E. BROCARD, « Les stratégies de restructuration des entreprises en difficulté », *LPA* 2011.93.

⁴⁸⁵Article L.611-3 du Code de commerce

⁴⁸⁶P. ROUSELL-GALLE, « Prévention, dynamique de l'anticipation : mandat ad hoc et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005 », *LPA* 2006.

⁴⁸⁷C. THÉVENOT, « Mandat ad hoc et conciliation : de nouveaux outils pour une meilleure prévention », *LPA* 2006.35.

⁴⁸⁸H. CHRQUI, « Prévention des difficultés de l'entreprise : peut-on encore aller plus loin ? », *Gaz. Pal.* 2004.1567.

⁴⁸⁹La lettre de l'observatoire consulaire des entreprises en difficulté mai 1998, « la prévention, mode d'emploi », p.51 Cité par C. SAINT-ALARY-HOUIN, préc., note 309, p. 182.

307. La procédure de conciliation est ouverte aux débiteurs justifiant d'une difficulté économique, juridique ou financière avérée ou prévisible⁴⁹⁰. Le caractère non-cumulatif de ces difficultés va dans le sens de l'objectif de la sauvegarde de l'entreprise. De ce fait, l'apparition d'une seule de ces difficultés est justificative d'une demande de conciliation. Par exemple, l'insuffisance de fonds de roulement, l'entrée sur le marché d'un nouveau concurrent, le retrait imposé du marché d'un produit⁴⁹¹ sont autant de difficultés pouvant justifier l'ouverture d'une procédure de conciliation. Mais, il est tout de même important de noter que si l'on s'en tient au corps du texte, les difficultés conditionnant l'ouverture d'une procédure de conciliation sont d'ordre juridique, économique, ou financier. Il n'est nullement fait mention des difficultés sociales⁴⁹², environnementales voire conjoncturelles.

308. Toutefois, concernant les difficultés d'ordre social, il apparaît important pour nous de noter que le législateur français exige du débiteur dans sa requête d'exposer sa situation économique, sociale et patrimoniale⁴⁹³ mais, limite les difficultés pouvant conditionner l'ouverture d'une procédure de conciliation aux difficultés d'ordre économique, juridique ou financière. Ceci est étonnant, car le président du tribunal saisi doit aussi vérifier que sur le plan social, le débiteur n'a pas de difficulté pouvant entraîner un dysfonctionnement de son entreprise. D'où l'intérêt d'une précision beaucoup plus poussée sur les difficultés donnant droit à l'ouverture d'une procédure de conciliation.

309. En revanche, dans le but de favoriser le traitement par anticipation des difficultés de l'entreprise, le législateur OHADA va plus loin en généralisant les difficultés susceptibles de justifier l'ouverture d'une procédure de conciliation. Aux termes de l'article 5 alinéa 1 de l'AUPCAP : « *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* ». Nouvellement admise en droit OHADA, la conciliation profite à tout débiteur qui subit des difficultés avérées ou prévisibles. La conciliation s'étend donc aux difficultés de

⁴⁹⁰ Article L.611-4 du Code de commerce

⁴⁹¹ A. JACQUEMONT et R. VABRES, préc., note 463, n° 96.

⁴⁹² C. GAILHBAUD, « Ouverture du mandat ad hoc et de la conciliation : faut-il associer les salariés ? », *Actes Colloq. AJDE À Toulouse 15 Novembre 2013* 2014.1.93.

⁴⁹³ Article L.611-6 du Code de commerce

toute nature. Cette extension rapproche davantage la conciliation du droit OHADA du mandat ad hoc du droit français, ce qui favorise son attractivité dans un contexte où la préservation de l'unité économique est l'assurance par excellence du paiement des créanciers chirographaires.

310. Plus loin, la lecture combinée de l'Acte uniforme OHADA et du Code de commerce français révèle que pour bénéficier de la conciliation, le débiteur doit connaître des difficultés avérées ou prévisibles. Une difficulté avérée est une difficulté réelle déjà existante au moment de la demande d'ouverture d'une conciliation. Il s'agit donc d'une difficulté dont les impacts sont déjà visibles au sein de l'entreprise. Ainsi, le fait de ne pas prendre en main cette difficulté peut à court terme provoquer des dégâts plus graves. Si les difficultés avérées sont faciles à cerner, il n'en va pas de même pour les difficultés prévisibles. Pour C. SCHMITT la difficulté prévisible correspond pour le chef d'entreprise de prendre conscience de son incapacité à faire face aux prochaines échéances⁴⁹⁴ ou encore à l'incapacité pour le débiteur de couvrir par un financement adapté qui était utilisé dans l'ancien règlement amiable les besoins actuels de l'entreprise⁴⁹⁵. Malgré cet essai d'appréhension de la notion de difficulté prévisible, elle relève du divinatoire. Bien qu'admise dans les deux législations, l'appréciation « in concreto » des difficultés prévisibles peut poser problème. Pour le Professeur A. JACQUEMONT : « une recherche délicate sur les conséquences futures d'un fait lui-même imparfaitement connu est parfois quasi divinatoire »⁴⁹⁶. Bien que difficilement appréciables, les difficultés prévisibles doivent être de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. C'est pour cette raison que, pour certains auteurs⁴⁹⁷ : « elles doivent ressortir d'éléments factuels tels que des comptes prévisionnels faisant apparaître des difficultés, la perte d'un client important ou encore des troubles d'ordre social ». Vu sous cet angle, l'essentiel étant le redressement de l'entreprise, il est nécessaire que soient détectées assez tôt les difficultés afin d'être prises en

⁴⁹⁴C. SCHMITT, « La conciliation aspect pratique », *Re.proc.coll.* 2006.2.180.

⁴⁹⁵P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 8e édition, coll. Dalloz action, Paris, Dalloz, 2015, n° 141.21.

⁴⁹⁶A. JACQUEMONT et R. VABRES, préc., note 463, n° 100.

⁴⁹⁷M. C. HABAUZIT-DETILLEUX et P. MICHAUD, « La procédure de conciliation applicable à l'avocat en difficulté dans la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 », *Gaz. Pal.* 2006.27.3.

charge de manière efficace. Alors, la prise en compte des difficultés prévisibles reste nécessaire en ce sens que, même si un débiteur se fonde sur une telle difficulté pour solliciter l'ouverture des négociations, le président du tribunal sur la base des documents fournis par le débiteur peut décider d'ouvrir ou pas la conciliation. Il sera donc de son devoir de s'assurer, comme le fait si bien remarquer un auteur⁴⁹⁸ : « Que le débiteur ne fait pas recours à cette procédure sous le coup d'une pression exercée par ses créanciers qui subordonneraient l'octroi de crédit à l'ouverture d'une conciliation, afin de bénéficier du privilège de l'article 5-11 de l'AUPCAP ». Il revient donc au juge la lourde tâche de cerner le débiteur qui tenterait d'utiliser les difficultés prévisibles à des fins déguisées. C'est donc au juge de démasquer les débiteurs qui utiliseront cette procédure en mode de gestion déguisée lorsque leur entreprise sera confrontée à un climat d'affaires défavorable⁴⁹⁹

311. En conclusion, étant une procédure soumise à l'appréciation du juge, ce dernier a la possibilité de consulter toute personne qu'il juge à même de lui fournir des informations sur l'entreprise. Ce qui peut être un moyen de contrôle des demandes fallacieuses des débiteurs. Pour le Professeur A. JACQUEMONT, l'appréciation de la difficulté prévisible ne devrait pas aller au-delà d'une année⁵⁰⁰. Ce qui à notre sens est tout à fait compréhensible et légitime. Au final, l'admission des difficultés prévisibles bien maîtrisée contribue à l'attractivité des procédures de négociations. Toujours dans le but de favoriser le recours au traitement amiable, le législateur français va plus loin en admettant désormais des négociations post-cessation des paiements.

312. Contrairement à la procédure de conciliation, le mandat ad hoc n'est enfermé dans aucun délai. Ainsi, le juge fixe la durée du mandat ad hoc en fonction des difficultés auxquelles fait face le débiteur. En effet, le juge chargé de fixer la mission du mandataire ad hoc détermine librement la durée de sa mis-

⁴⁹⁸C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, coll. Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, LGDJ, 2018, n° 446.

⁴⁹⁹J.F. BARBIERI, « Le choix des techniques de traitement des difficultés des entreprises; réflexions liminaires », *Re.proc.coll.* 2005.4.347.

⁵⁰⁰A. JACQUEMONT, « La future procédure de conciliation : une attractivité nouvelle pour l'entreprise en difficulté et ses créanciers », *Re.proc.coll.* 2004.4.291.

sion en fonction notamment de l'ampleur des difficultés. Le délai fixé peut-être prorogé.

313. Il faut noter que toutes les difficultés ne se valent pas. En fait, certaines difficultés nécessitent pour une prise en charge efficace plus ou moins de temps. Le non-encadrement des délais dans le cadre des procédures de mandat ad hoc permet au juge de fixer le délai en fonction de la gravité de la difficulté. Pour cela, dans le cadre du mandat ad hoc, le délai est fonction de la difficulté. De ce fait, plus la difficulté est importante, plus le juge sera amené à fixer un délai long. Cette fixation du délai en fonction de la difficulté est avantageuse pour le redressement rapide de l'entreprise car finalement, même si le délai fixé n'est pas suffisant, rien n'interdit au juge de le proroger. Le juge conserve un pouvoir d'appréciation assez large. Mais pour autant, il ne s'agit pas non plus de fixer un délai anormalement long sans qu'il ne soit constaté une amélioration de la situation du débiteur.

314. Ce n'est pas le cas en matière de conciliation où, le législateur a réhabilité la conciliation par l'encadrement temporel⁵⁰¹. Ainsi, la durée maximale de la conciliation est de quatre mois avec possibilité de prorogation d'un mois en France⁵⁰² et trois mois avec possibilité de prorogation d'un mois⁵⁰³ dans l'espace OHADA. À la fin de ce délai, la conciliation prend fin de plein droit et, il ne peut être ouvert de nouvelle conciliation avant l'expiration d'un délai de trois mois. L'encadrement des délais de négociation permet de rechercher sans tarder les solutions au redressement de l'entreprise. Ainsi, quelle que soit la difficulté rencontrée par le débiteur, la durée de traitement ne peut excéder quatre mois voire cinq en fonction du contexte dans lequel on se trouve. Compte tenu du fait que le mandat ad hoc n'est enfermé dans aucun délai et que la durée de la conciliation est limitée dans le temps, le débiteur peut opter pour une procédure de mandat ad hoc puis basculer vers une conciliation plus tard, ceci dans le but de gagner en temps.

315. Il faut dire que la variété des dispositifs de traitement des difficultés de l'entreprise permet au débiteur de choisir celle qui est adaptée à sa situation. En

⁵⁰¹M. ROLAIN, « Entre contractualisation et sujétion : le brouillage des pistes dans le traitement des difficultés », *LPA* 2014.251.7.

⁵⁰²Article L.611-3 du Code de commerce

⁵⁰³Article 5-3 AUP

fonction de l'ampleur de ses difficultés, le débiteur peut opter pour tel ou tel dispositif, voire opter pour un et basculer dans l'autre plus tard. Le choix de la procédure dépend entièrement du débiteur. Ainsi, peuvent donc s'enchaîner des phases de prévention et de traitement des difficultés de l'entreprise ou encore, et plus spécifiquement, s'enchaîner des procédures de prévention.

316. Concernant, l'enchaînement des procédures de prévention du droit français, il est à noter que rien n'interdit au débiteur d'opter pour une procédure de mandat ad hoc et de solliciter plus tard l'ouverture d'une conciliation. En effet, contrairement à la conciliation, le mandat ad hoc n'est enfermé dans aucun délai. C'est le juge, en fonction de la difficulté à laquelle fait face le débiteur de prévoir un délai approprié. En cas d'expiration du délai sans protocole d'accord signé par les parties, le débiteur peut solliciter sa prorogation jusqu'à la conclusion de l'accord. Ce qui revient à dire que le délai du mandat ad hoc peut être plus ou moins long. Par conséquent, en cas d'absence de respect des résolutions prises dans le protocole d'accord ou en cas d'échec d'accord entre le débiteur et ses principaux créanciers, un nouveau mandat ad hoc peut être sollicité ou alors l'ouverture d'une procédure de conciliation. Comme le fait remarquer Monsieur Marcel BAYLE : « seule la sagacité du président du tribunal était de nature à valider ou invalider ce choix »⁵⁰⁴. En effet, tant que la cessation des paiements n'est pas avérée ou l'est depuis moins de quarante-cinq jours, le débiteur a encore des chances de bénéficier d'un nouveau mandat ad hoc ou d'une conciliation. La conciliation étant enfermée dans un délai restreint, les débiteurs astucieux préféreront d'abord solliciter l'ouverture d'un mandat ad hoc et, plus tard, une conciliation afin de continuer les négociations entamées pendant la procédure de mandat ad hoc. En réalité, ce dernier par essence confidentiel et discret permet de profiter d'un temps de négociation plus important. On peut de ce fait, le considérer comme l'antichambre d'une procédure de conciliation. C'est-à-dire que le mandat ad hoc peut être utilisé par le débiteur pour préparer une conciliation future. En revanche, il ne faut pas nier le fait que le débiteur peut utiliser ces modes amiables à des fins détournées. Ainsi, conscient des difficultés déjà graves de son entreprise, le débiteur peut opter pour l'ouverture d'une procédure de conciliation ou de mandat ad hoc, ou

⁵⁰⁴M. BAYLE, « L'enchaînement des procédures de prévention et de traitement de la cessation des paiements », *LPA* 2008.213.3.

les deux à la fois, car, rien n'interdit de solliciter l'ouverture d'une procédure de mandat ad hoc⁵⁰⁵ et après solliciter plus tard une conciliation qui peut durer quatre à cinq mois maximum⁵⁰⁶. En fait, les deux procédures sont indépendantes l'une de l'autre, mais l'utilisation détournée de ces procédures peut conduire à retarder l'ouverture d'une procédure collective. Cette liberté n'est pas sans conséquence sur le paiement des créanciers chirographaires. En réalité, dans l'intervalle du temps entre l'ouverture de la procédure de mandat ad hoc et de conciliation, non seulement les difficultés de l'entreprise peuvent s'aggraver, mais aussi et surtout le débiteur⁵⁰⁷ de mauvaise foi peut profiter de ce temps pour mettre à l'abri une partie de ses biens avant l'ouverture effective de la procédure collective. L'ouverture d'une procédure collective peut donc découler d'une longue période de négociation. Le passage d'une entreprise en difficulté par chacune de ces procédures de traitement des difficultés est possible. L'articulation des procédures, bien qu'avantageuse pour le débiteur, devient incontestablement « un procédé de gestion stratégique souvent redouté par les partenaires de l'entreprise »⁵⁰⁸.

317. L'objectif de la prévention est de traiter suffisamment en amont et rapidement les difficultés naissantes de l'entreprise afin qu'elle ne sombre dans la cessation des paiements. Dès lors que ces procédures peuvent stratégiquement être prorogées volontairement par le débiteur, le risque d'aggravation des difficultés est à craindre à cause de la durée plus ou moins longue de la phase de recherche acharnée de l'accord entre débiteur et créanciers. Le débiteur peut donc utiliser les procédures de prévention et de traitement des difficultés de l'entreprise de manière détournée conduisant ainsi à leur aggravation. En effet, plusieurs facteurs peuvent justifier l'aggravation des difficultés de l'entreprise pendant la phase de traitement amiable, notamment la méfiance des créanciers à l'égard du débiteur et le facteur temps très important. En effet, la négociation se fait entre les principaux créanciers et le débiteur. Donc, forcément, le débi-

⁵⁰⁵Le législateur n'a pas prévu de délai légal dans le cadre d'un mandat ad hoc. Il laisse le soin au juge de fixer les délais.

⁵⁰⁶Quatre mois maximums en droit OHADA et cinq maximums en droit français

⁵⁰⁷ Il faut dire que pendant le déroulement de la procédure de mandat ad hoc ou de conciliation, le débiteur n'est ni dessaisi ni assister. De ce fait, il conserve la liberté de disposer de ses biens.

⁵⁰⁸M. BAYLE, préc., note 534.

teur est obligé de faire appel à ses créanciers. Et, comme nous l'avons mentionné plus haut, ces derniers ne sont pas tenus de répondre favorablement à l'appel du débiteur. Ainsi, ceux qui, bien qu'appelés, ont refusé de participer à l'accord, et ceux qui ont accepté sont informés des difficultés de l'entreprise. Cela dit, la connaissance de ces difficultés crée un climat de méfiance entre le débiteur et ses créanciers entraînant une décrédibilisation de l'entreprise. Sur la base de cette perte de crédit, les difficultés de l'entreprise s'alourdissent et peuvent même conduire à sa cessation de paiements. En outre, les difficultés intègrent un facteur temps très important. Il est curieux de voir la vitesse à laquelle une difficulté simplement passagère peut évoluer au point de conduire en un laps de temps court, l'entreprise au dépôt du bilan. Si on laisse perdurer longtemps les difficultés de l'entreprise, en enchaînant les procédures de traitement amiable, on court le risque d'une aggravation pouvant conduire à la cessation des paiements. Le plus important pour le créancier chirographaire étant le maintien de l'activité en vie, l'articulation des procédures devrait être assez surveillée enfin de réduire les cas d'utilisation détournée des procédures de prévention.

318. Le recours à la procédure de traitement amiable des difficultés de l'entreprise est une initiative du débiteur. Opter pour une procédure reste à la libre discrétion de ce dernier. Si le débiteur a le choix entre le mandat ad hoc ou la conciliation en droit français, il convient de noter que la conciliation du droit OHADA calquée sur celle du droit français reste la seule procédure amiable dans le contexte africain. Mais rien n'interdit au débiteur dans le contexte africain de solliciter l'ouverture d'une conciliation et plus tard demander l'ouverture d'un règlement préventif. On sait bien que le débiteur doit pouvoir mesurer les risques qu'il court et déclencher en temps opportun, la ou les mesures de traitement amiable qui s'imposent. Certes, il est le seul à même de juger de la mesure adaptée au traitement de ses difficultés. Pour autant, on peut légitimement se dire que l'appréciation du juge reste capitale. Mais, dans le contexte africain, le pouvoir d'appréciation du juge n'est pas aussi facile qu'on le pense.

319. Toute négociation quels que soient le cadre et la procédure dans lesquels elle doit être effectuée, doit se faire dans une entreprise qui est effectivement viable. C'est-à-dire que les accords conclus par les partenaires de l'entreprise

doivent permettre la continuation de son activité ou mettre fin à ses difficultés. Néanmoins, c'est au débiteur de fournir les documents permettant au juge d'apprécier sa situation exacte. À la lecture de l'Acte uniforme OHADA sur les procédures collectives d'apurement du passif, le débiteur qui sollicite l'ouverture d'une procédure de conciliation doit déposer en même temps que sa requête et dans un délai de 30 jours un dossier comprenant : une attestation d'immatriculation, d'inscription ou de déclaration à un registre ou à un ordre professionnel ou à défaut, tout autre document de nature à prouver la réalité de l'activité exercée par le débiteur ; -le cas échéant, les états financiers de synthèse comprenant le bilan, le compte de résultat, un tableau financier des ressources et des emplois, l'état annexé et, en tout état de cause, le montant du chiffre d'affaires et des bénéfices ou des pertes des trois derniers exercices ; un état de la trésorerie et un état chiffré des créances et des dettes avec indication des taxes à échéances ; un document indiquant le nombre de travailleurs déclarés et immatriculés, à la date de la demande ; une attestation émanant du débiteur par lequel il déclare sur l'honneur ne pas être en état de cessation de paiements et précise, en outre, qu'il n'est pas soumis à une procédure de règlement préventif, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens qui ne serait pas clôturée ; si le débiteur propose un conciliateur, un document indiquant les noms, prénoms, qualités et domicile de la personne proposée et une attestation de cette dernière indiquant ses compétences professionnelles ; le cas échéant, un document indiquant les noms, prénoms et domiciles des créanciers qui se joignent à la demande du débiteur et le montant de leurs créances et éventuellement sûretés dont elles sont assorties.

320. Par ailleurs, pour le législateur français, le débiteur est tenu de fournir : un extrait d'immatriculation aux registres et répertoires mentionnés à l'article R.621-8 ou, le cas échéant un numéro unique d'identification ; l'état des créances et des dettes accompagnés d'un échéancier ainsi que la liste des principaux créanciers ; l'état actif et passif des sûretés ainsi que celui des engagements hors bilan ; les comptes annuels, le tableau de financement ainsi que la situation de l'actif réalisable et disponible ; une déclaration indiquant, le cas échéant, la prise en charge par un tiers des frais de la procédure demandée.

321. Au total, ces documents sont nécessaires pour analyser et comprendre la situation du débiteur. Seulement, le rassemblement de tous ces documents n'est

pas toujours facile dans le contexte africain, le temps pour un débiteur de rassembler les documents nécessaires à l'étude de sa demande peut être une source de difficultés, car il n'est pas toujours facile pour les commerçants, personnes physiques et les petites et moyennes entreprises bien moins outillées que les grandes sociétés mieux organisées d'y faire face⁵⁰⁹.

322. Même en cas de conversion d'une procédure en une autre, la requête du débiteur adressée au président du tribunal est suivie automatiquement des pièces nécessaires à l'analyse de la situation exacte du débiteur. Sur la base de ces documents, le président du tribunal saisi analyse la situation du débiteur et décide si oui ou non, il est éligible à la procédure sollicitée. Les documents demandés servent à analyser la situation réelle du débiteur, car la décision du président du tribunal est fonction de la situation réelle de l'entreprise demandant la protection⁵¹⁰. Mais, le temps de rassembler tous ces documents peut conduire à l'aggravation des difficultés de l'entreprise. Heureusement que pour certains documents, le législateur OHADA admet la possibilité d'étudier un dossier incomplet⁵¹¹. Il est tout de même fait obligation au débiteur d'indiquer les motifs de l'incomplétude de son dossier dans sa requête sous peine de rejet. Par ailleurs, le débiteur peut aussi désormais fournir tout document de nature à prouver la régularité de son activité pour bénéficier de la protection judiciaire. Cette solution est salubre à plus d'un titre : premièrement, c'est un début de solution pour les entreprises qui fonctionnent dans l'informel en Afrique. Or, il ne faisait aucun doute jusqu'ici que le législateur OHADA ne prenait pas en compte les entreprises du secteur informel dans les différents actes unifiés⁵¹².

323. Deuxièmement, la prise en compte des réalités africaines en matière de gestion d'entreprise contribue à l'incitation à la prévention de ces entreprises du secteur informel qui comme tous les autres ont intérêt à survivre. Toutefois, une difficulté subsiste, notamment le manque de comptabilité qui est commun à ces entreprises du secteur informel. D'où la question de savoir sur quelle base le juge doit apprécier les difficultés de l'entreprise ? Il serait souhaitable

⁵⁰⁹C. NDONGO, *Le règlement préventif O.H.A.D.A: des textes à la pratique*, Presse universitaires Européennes, 2013.

⁵¹⁰E. MESMIN KOUMBA, préc., note 348, p. 256.

⁵¹¹Id., p. 184.

⁵¹²Id.

comme le soulignait un auteur⁵¹³ que le législateur puisse mettre en place un système comptable souple et simple pour les entreprises informelles.

324. Pour faciliter la mission du juge dans la vérification de la situation du débiteur et afin de donner une décision fiable et rapide, le président du tribunal peut obtenir communication de tout renseignement lui permettant d'apprécier la situation économique, financière, sociale et patrimoniale du débiteur et ses perspectives de redressement, notamment par les commissaires aux comptes, les experts-comptables, les notaires, les membres et représentants du personnel, les administrations et organismes publics, les organismes de sécurité et de prévoyances sociales, les établissements de crédit, les sociétés de financement, les établissements de monnaie électronique, les établissements de paiement ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement.⁵¹⁴ . Cet accroissement des pouvoirs du président dans la vérification de la situation du débiteur favorise le succès de l'accord, mais a contrario est un risque de divulgation de la conciliation qui par essence se veut confidentielle. De ce fait, aucune de ces personnes ne saurait se retrancher derrière le secret professionnel pour refuser de répondre à la demande du président du tribunal⁵¹⁵ . Aucune disposition du droit OHADA ne permet au juge de faire de telles investigations. Donc, le juge OHADA prend sa décision sur la base des documents fournis par le débiteur avec tout le risque de fraude que cela peut comporter. En fait, les documents fournis sont souvent insuffisants pour avoir une image globale de la situation du débiteur au moment de sa demande. En élargissant les pouvoirs du juge comme l'a fait son homologue français, l'appréciation de la situation du débiteur gagnerait en efficacité et par la même occasion renforcerait la prévention. Encore faut-il que la confidentialité des difficultés de l'entreprise soit préservée.

§II : LE RENFORCEMENT DE LA CONFIDENTIALITÉ DE L'ACCORD NÉGOCIÉ

325. De manière générale, tout ce qui est confidentiel est caché et de ce fait ne devrait pas être divulgué au public. La confidentialité s'oppose donc à la publi-

⁵¹³Id., p. 191.

⁵¹⁴Article L.611-7 du code de commerce

⁵¹⁵C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La réforme de la prévention et du traitement amiable des difficultés », *Dr. et patr.* 2014.40.

cité. La confidentialité est au cœur des procédures de négociations amiables. Cette « confidentialité n'est donc pas un simple effet accessoire de la loi, mais au contraire le socle fondateur des procédures de prévention ; et toute brèche dans son respect constituerait un frein immédiat à leur développement »⁵¹⁶. Les législateurs OHADA et français accordent une place importante à la confidentialité parce qu'elle permet de rassurer les partenaires et aussi permet d'éviter l'aggravation des difficultés de l'entreprise au détriment des créanciers chirographaires. En réalité : « la confidentialité fait de la procédure de conciliation une sorte de « boîte noire » de laquelle rien ne doit transpirer. Elle permet de prévenir toute dégradation du crédit du débiteur dont les difficultés seraient sinon soudainement exposées au public »⁵¹⁷. Il faut noter que la finalité de la confidentialité est d'éviter une altération des opérations courantes de l'entreprise du fait d'une divulgation inopportune de ses difficultés⁵¹⁸. Donc, le débiteur qui fait le choix de cette procédure veut être sûr que ses difficultés ne seront pas divulguées car la crainte la plus grande d'un débiteur est de voir ses difficultés étalées au grand jour. Il est nécessaire de dire que plus les difficultés d'une entreprise sont connues du public, moins ces derniers accepteront de consentir des délais ou remise nécessaire au sauvetage de l'entreprise. La confiance des partenaires de l'entreprise est un élément capital pour le sauvetage de celle-ci. En effet, un débiteur en difficulté a certainement des problèmes de trésorerie. Donc, le climat de méfiance qui pourrait s'installer à cause de la publicité de ses difficultés n'est pas favorable à son redressement. L'objectif de la conciliation étant de favoriser au nom de l'intérêt commun, le traitement, si possible précoce, des difficultés de l'entreprise⁵¹⁹, les chances de réussite de la prévention reposent sur le strict principe de la confidentialité⁵²⁰ qui est une me-

⁵¹⁶J. BADILET, préc., note 304.

⁵¹⁷ T. FAVORIO, « Le rayonnement de l'obligation de confidentialité de mandataire ad hoc », BJE, 2015, p.360.

⁵¹⁸ C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, coll. Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, LGDJ, 2018, n° 463.

⁵¹⁹L. C. HENRY, « La notion de privilège de la procédure dans la loi de sauvegarde », *Rev. pro. coll.* 2008.2.20.

⁵²⁰C. DELATTRE, « Mandat ad hoc et conciliation- confidentialité », *Rev. pro. coll.* 2014.28.

sure de protection de l'entreprise⁵²¹ contre l'aggravation de ses difficultés. Consacrée par le législateur OHADA et français, la confidentialité est mieux préservée en droit OHADA (B) que français (A).

A : une confidentialité limitée en droit français

326. Le principe de la confidentialité prévue par l'article L.611-15 du Code de commerce dispose que : « Toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou de mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité ». Autrement dit, seules les personnes appelées à la procédure de conciliation ou de mandat ad hoc sont tenues à la confidentialité. Mais il ressort de la lecture de cette disposition la question de savoir si les personnes non appelées à l'une de ces procédures et qui de quelque manière que ce soit ont connaissance de l'existence de la procédure sont tenues à la confidentialité ? La question a le mérite d'être posée, car le législateur français s'est contenté de préciser qu'il n'y a que « les personnes appelées à la procédure qui sont tenues à la confidentialité » sans préciser qu'il en serait de même pour les personnes non appelées. Autrement dit, sont tenues de respecter le principe de la confidentialité, les personnes appelées, cela exclut dans le silence du texte les personnes non appelées.

327. La question s'est posée devant les juges de la cour d'appel de Versailles, 14^e chambre du 27 novembre 2013⁵²² concernant l'opposabilité au droit de presse du principe de la confidentialité des procédures de mandat ad hoc et de conciliation. Dans cette affaire, alors que des négociations étaient en cours avec des établissements financiers, des personnes ont divulgué des éléments concernant les sociétés du groupe à un organe de presse spécialisé dans l'information et l'analyse financière des sociétés. Le journal avait mis en ligne sur son site des éléments provenant des réunions de négociation en cours dont la teneur était pourtant strictement confidentielle. C'est la raison pour laquelle, estimant qu'elles avaient subi un préjudice, les sociétés concernées, en présence du conciliateur, assignaient en référé l'organe de presse aux fins de lui ordonner le retrait des articles contenant des informations à caractère confidentiel de par la loi. En défense, l'organe de presse soutenait que son site fonctionnait exclu-

⁵²¹H. BOURBOULOUX, « Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés » », *BJED* 2012.183.

⁵²²CA Versailles, 14^e ch., 27 nov. 2013, n°13/00670

sivement sur abonnement et qu'il fournissait une information indépendante et fiable permettant de savoir si une entreprise présentait un risque de liquidité ou de solvabilité. Par ordonnance du 16 novembre 2012, le président du tribunal de commerce de Nanterre constate que l'organe de presse avait causé un trouble manifestement illicite et qu'il convenait de faire cesser le trouble. L'organe de presse n'étant pas satisfait interjette appel et aura gain de cause. Ainsi, pour les juges d'appel, en se fondant sur l'article L.611-15 du Code de commerce, il ressort de l'évidence que la société X ne peut pas être directement tenue par cette obligation, n'ayant pas été appelée à la procédure concernée⁵²³. La position adoptée par la cour d'appel ne s'inscrit pas dans la logique de la sauvegarde des entreprises envisagée par les procédures préventives. Car il ne fait aucun doute que des informations frappées par la confidentialité ont été divulguées par l'organe de presse et que divulguer de telles informations peut anéantir le plan de sauvetage envisagé⁵²⁴.

328. Dans un arrêt récent de la Cour de cassation⁵²⁵, celle-ci devait déterminer si la diffusion d'informations relatives à une procédure de prévention des difficultés relevait de la liberté d'expression. En l'espèce, un site d'informations financières spécialisé dans le suivi de l'endettement des entreprises avait publié un article commentant l'ouverture du mandat ad hoc d'une société appartenant à un groupe ainsi que d'autres articles rendant compte de l'évolution de procédures en cours et des négociations engagées. Le mandataire ad hoc et plusieurs sociétés du groupe ont assigné l'éditeur du site devant le juge des référés pour obtenir le retrait des articles contenant les informations confidentielles les concernant et l'interdiction de publier d'autres articles. Leur demande ayant été rejetée en appel, ils font un pourvoi en cassation. Les juges de la Cour de cassation motivent leur rejet en se fondant sur l'article 10§2 de la convention de sauvegarde des droits de l'Homme et l'article L.611-15 du Code de commerce. Ainsi, pour ces juges, le fait pour la société MERGERMARKED Limited d'avoir diffusé les informations relatives à la prévention des difficultés des entreprises, couvertes par la confidentialité, sans qu'il soit établi qu'elles contri-

⁵²³Voir dans le même sens : CA Aix-en-Provence, «30 juin 2012, n°10/12884, Rev. Proc. Coll. 2012, comm.180, Ch. Delattre ; LEDEN 2012/2, n°25, note J. Couard ; Bull. Aix 2012/1, note G. Grunde-ler

⁵²⁴C. DELATTRE, préc., note 547.

⁵²⁵Cass . Com., 15 déc. 2015, n°14-11.500

buent à l'information légitime du public sur un débat d'intérêt général, constitue à elle seule un trouble manifestement illicite. De plus, la liberté d'expression reconnue aux organes de presse doit s'exercer dans le respect du droit d'autrui. Cette décision est un revirement de jurisprudence car les hauts magistrats de la Cour de cassation étendent l'obligation de confidentialité aux personnes qui n'ont pas été appelées à la procédure de mandat ad hoc ou de conciliation. L'obligation de confidentialité étant non seulement une précaution indispensable à la réussite d'une procédure de mandat ad hoc et de conciliation⁵²⁶ mais aussi la condition essentielle de leur succès⁵²⁷, c'est de bon droit que ces juges ont rejeté le pourvoi de la société MERGERMARKET Limited. Cette jurisprudence est un début d'extension du champ d'application de l'obligation de confidentialité aux organes de la presse.

329. Pour un auteur, n'ayant pas participé aux négociations, l'organe de presse en question a eu des informations d'un tiers ayant participé aux informations. Donc, le seul fait de divulguer l'information secrète est constitutif de faute. La question qui est primordiale est notamment celle de savoir si l'information publiée est confidentielle ou pas ? Dès lors qu'une information confidentielle est publiée, il est certain qu'une personne même si elle n'est pas auteur de la publication, l'a confié à une autre qui s'est chargée de le faire. Et comme le dit si bien Christophe DELATTRE n'y a-t-il pas un « cheval de Troie » dans les participants à cette procédure ? En effet, un auteur a déjà fait remarquer l'insuffisance de la protection des procédures de prévention en raison des violations multiples du principe de confidentialité. Pour lui, la réécriture de L.611-15 du Code de commerce en élargissant son champ d'application aux personnes n'ayant pas été appelés et en renforçant la sanction est nécessaire⁵²⁸. C'est pour cette raison qu'il serait souhaitable pour le législateur français en s'inspirant de la formulation de l'article 5-1 AUPCAP de réécrire l'article L.611-15 du Code de commerce en élargissant son champ d'application aux personnes n'ayant pas été appelées à la procédure. Cette réécriture contribuera à réduire l'aggravation

⁵²⁶A. TAINGUY, « Confidentialité des procédures de prévention des difficultés et liberté d'expression », *Rev. Lamy dr. aff.* 2016.

⁵²⁷C.L.G, « L'obligation de confidentialité attachée aux procédures de prévention des difficultés des entreprises interdit la diffusion des informations les concernant par la presse », *Dr. et patr., l'hebdo* 2016.1040.3.

⁵²⁸C. DELATTRE, préc., note 547.

des difficultés de l'entreprise. Au final, l'information confidentielle devrait être respectée par tout le monde même les créanciers non-appelés à la conciliation.

330. Cependant, le choix de la constatation ou de l'homologation de l'accord n'est pas anodin. Concrètement, le choix de l'une ou de l'autre est souvent guidé par les intérêts que le débiteur souhaite en tirer. Ainsi, afin de bénéficier de certains avantages, il est obligé de faire homologuer l'accord. Toutefois, la demande d'homologation de l'accord reste facultative. Il résulte que l'homologation de l'accord par le tribunal est soumise à trois conditions cumulatives⁵²⁹ :

331. Il s'agit pour cette dernière condition de vérifier que les termes de l'accord ne sont pas disproportionnés par rapport aux efforts consentis par les créanciers⁵³⁰. Ce pouvoir d'appréciation du tribunal permet une vérification a posteriori de l'accord, ce qui donne au tribunal un rôle vraiment étendu dans l'appréciation du contenu de l'accord. Donc, si le tribunal constate pendant l'étude du dossier en chambre de conseil que les engagements pris par les parties ne sont pas à même d'assurer la pérennité de l'activité, il rejette l'accord. Il s'agit là d'une véritable magistrature économique délicate à exercer⁵³¹.

332. Cette lourde mission accordée au tribunal en droit français ne va pas sans porter préjudice au caractère confidentiel de la procédure de conciliation. Le tribunal statue sur l'homologation après avoir entendu ou dûment appelé en chambre de conseil le débiteur, les parties à l'accord, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel, le conciliateur, le ministre public, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente le cas échéant⁵³². Le tribunal peut entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile⁵³³. La dernière formulation de ce texte nous amène à nous poser la question de la confidentialité d'une telle audience, cette dernière étant par nature publique. En effet, plus les personnes appelées sont nombreuses plus la confidentialité est diminuée. Même si le choix de l'homologation suppose la renonciation à la confidentialité, il serait mieux pour les affaires du débiteur, qu'à ce stade de la procédure, la confidentialité soit préservée afin d'éviter toute dégradation de la situation du débiteur au détriment des créanciers chirographaires.

⁵²⁹ Article 611-8 du Code de commerce

⁵³⁰ H. BOURBOULOUX, préc., note 548.

⁵³¹ A. JACQUEMONT et R. VABRES, préc., note 463.

⁵³² Article 611-9 du Code de commerce

⁵³³ Ibid

333. Au demeurant, l'homologation de l'accord permet de montrer que la société a été capable de se restructurer, qu'elle n'est plus en état de cessation des paiements, et que la pérennité peut être assurée notamment par le travail du conciliateur et des experts⁵³⁴. Contrairement à l'accord simplement constaté, le jugement d'homologation est déposé au greffe où tout intéressé peut en prendre connaissance⁵³⁵. Le jugement donnant lieu à l'homologation de l'accord de conciliation révèle l'existence de la procédure dans une publication au BODACC. Toutefois, il s'agit ici d'une publicité partielle, car, le jugement ne reprend pas les termes de l'accord. Mais, il mentionne les garanties et les privilèges constitués pour en assurer l'exécution⁵³⁶. De plus, l'accord homologué doit être non seulement communiqué aux parties mais aussi au commissaire aux comptes s'il en existe.

334. Par ailleurs en plus de la publicité de l'accord homologué, aux termes de l'article L.611- 8-1 du Code de commerce : « Le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel sont informés par le débiteur du contenu de l'accord lorsque celui-ci demande l'homologation ». Autrement dit, le débiteur est tenu d'informer le comité d'entreprise sur le contenu de l'accord lorsqu'il demande l'homologation. Cette nouvelle porte ouverte à la divulgation du contenu de l'accord porte atteinte à la confidentialité qu'exige le succès des procédures amiables. Avant la loi de 2014, le représentant du personnel pouvait prendre connaissance de l'accord au greffe du tribunal. Mais, étant donné que le jugement ne reprend pas les termes de l'accord, et ne mentionne que les garanties et privilèges, l'information du délégué du personnel demeurait partielle et ne concernait pas le contenu de l'accord. Cette nouvelle obligation qui limite la confidentialité de la procédure de conciliation et de mandat ad hoc répond à une interrogation de la pratique quant à la nécessité d'information ou de consultation des institutions représentatives du personnel en cas d'ouverture d'une procédure de conciliation⁵³⁷. Il faut mentionner que cette information n'est pas

⁵³⁴M. MENJUCQ, F. GENTIN et C. THEVENOT, « Le secret des affaires et la confidentialité des procédures », *Re.proc.coll.* 2015.73.

⁵³⁵Article L.611-10 du Code de commerce

⁵³⁶Article R.611-40 du Code de commerce

⁵³⁷F.-X.LUCAS, « Ordonnance de réforme : mesures de prévention des difficultés », *D.* 2014.661.

requis à l'ouverture de la procédure⁵³⁸. Toutefois, cette obligation d'information soulève plusieurs questions au sein de la doctrine. Notamment celle du moment de l'information du comité d'entreprise⁵³⁹, celle des modalités d'information⁵⁴⁰ qui reste pourtant confidentielle.

335. Pour autant, le nouvel article est paradoxal en ce sens que la lecture combinée des articles L.611-9 et L.611-40 du Code de commerce⁵⁴¹ prévoit que les représentants du comité d'entreprise, à défaut le délégué du personnel, sont appelés à l'audience statuant sur l'homologation de l'accord en chambre du conseil. De plus, ils peuvent prendre connaissance de l'accord au greffe du tribunal, puisque faisant partie des personnes appelées. En revanche, le jugement ne reprenant pas les termes de l'accord, le contenu de l'accord restait confidentiel et ne devrait être connu que des parties intéressées. D'où la question de savoir quel est l'intérêt pour le législateur d'informer les responsables du comité des salariés sur le contenu de l'accord en sachant que ces derniers sont tenus seulement à une obligation de discrétion ?

336. Pour E. FABRIES-LECEA⁵⁴², l'articulation de l'exigence d'information du comité d'entreprise avec les impératifs de confidentialité liées aux procédures amiables pourrait se faire autour du Code de commerce, qui impose une obligation de confidentialité à toute personne appelée à la procédure de conciliation ou de mandat ad hoc, et du Code de travail, qui impose une obligation de discrétion au comité d'entreprise pour toutes informations confidentielles. En effet, la sanction de l'obligation de discrétion qui se limite à une sanction civile paraît inadaptée à l'exigence de la confidentialité à tous les stades de la procédure. Un manquement à l'obligation d'information-consultation, s'il peut donner lieu à sanction disciplinaire, aurait pu précipiter la tentative amiable vers un échec. À quoi bon sanctionner une fois le mal fait ?⁵⁴³ L'objectif du rè-

⁵³⁸F. MARCORIG-VENIER, préc., note 423.

⁵³⁹C. GAILHBAUD, préc., note 497.

⁵⁴⁰C. GAILHBAUD, « Les dispositions relatives aux salariés dans l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 », *Rev. pro. coll.* 2014.98.52.

⁵⁴¹A. FABRE, « Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », *Rev. dr. tr.* 2014.259.

⁵⁴²E. FABRIES-LECEA, « Quels nouveaux droits pour les salariés ? », *Dr. et patr.* 2014.80.

⁵⁴³C. GAILHBAUD, préc., note 497.

glement amiable étant d'éviter la cessation des paiements de l'entreprise, l'obligation d'informer le comité d'entreprise sur le contenu de l'accord contient plus d'inconvénients pour l'entreprise. Ainsi, le risque de divulgation de l'information par les membres du comité d'entreprise est très grand, car la sanction de l'obligation de discrétion à laquelle ils sont tenus, n'est pas assez dissuasive. Donc, l'absence de garde-fou ou de sécurité de l'information confiée au comité d'entreprise peut porter atteinte au sauvetage de l'entreprise. La portée de cette nouvelle obligation pourrait rester limitée : cantonnée à l'information sur le contenu de l'accord, elle ne permet pas de résoudre la problématique posée par la détermination du moment auquel le débiteur est tenu d'informer le comité d'entreprise, dans le cadre de l'ouverture d'une procédure de conciliation⁵⁴⁴

337. Au final, la diffusion des éléments d'information concernant la négociation d'un accord par le conciliateur ou le mandataire ad hoc, aux membres du comité d'entreprise, même soumis à une obligation de confidentialité, pourrait gravement compromettre les chances de succès de la tentative de traitement amiable des difficultés⁵⁴⁵. Il serait alors judicieux pour le législateur français de revoir cette obligation d'information du comité d'entreprise, en renforçant davantage la confidentialité des procédures amiables comme c'est le cas dans le contexte OHADA actuellement.

B : une confidentialité mieux préservée en droit OHADA

338. Contrairement au législateur français, le législateur OHADA étend l'obligation de confidentialité à toute personne ayant connaissance de quelque manière que ce soit des difficultés du débiteur. Ce qui revient à dire que le champ d'application de l'obligation de confidentialité est beaucoup plus large. Ainsi aux termes de l'article 5-1 AUPCAP: « *Toute personne qui a connaissance de la conciliation est tenue à la confidentialité* ». Autrement dit, « toute personne » utilisée par le législateur OHADA inclut tout le monde sans exception, qu'on ait été appelé ou pas à la procédure du moment qu'on a connaissance de quelque manière que ce soit des informations confidentielles, on est tenu de ne pas les divulguer au public. Donc, la publication, quel que soit le support, doit être sanctionnée sur la base de l'article 5-1 AUPCAP. Cette for-

⁵⁴⁴C. GAILHBAUD, préc., note 581.

⁵⁴⁵C. GAILHBAUD, préc., note 497.

mulation retenue par le législateur africain contribue efficacement au renforcement de la confidentialité. La généralité posée par cet article invite à considérer que toutes les personnes ayant connaissance de la conciliation sont tenues à la confidentialité y compris celles qui n'ont pas été appelées. Cette formulation de l'Acte uniforme est conforme à l'objectif de la confidentialité qui est de protéger les sociétés qui ont recours aux procédures de prévention ainsi que leurs partenaires et créanciers qui participent à la procédure⁵⁴⁶. En attendant de voir son application dans la pratique, le risque de divulgation des informations confidentielles en cours de négociations est considérablement réduit et par la même occasion contribue à l'incitation du chef d'entreprise à faire recours à la conciliation. Le chef d'entreprise accepte en effet d'y recourir avec l'assurance que ses difficultés ne parviendront pas aux oreilles de ses partenaires, ce qui pourrait précipiter sa ruine en dégradant aussitôt l'image de son entreprise et en diminuant son crédit⁵⁴⁷.

339. Le renforcement de la confidentialité peut aussi s'observer au niveau du formalisme de l'accord en droit OHADA. Ainsi, le débiteur peut choisir simplement la voie de la constatation de l'accord en lieu et place de l'homologation. Le système de la constatation institué par la loi de 2005 permet à un débiteur de faire constater judiciairement l'accord obtenu. N'étant soumise ni à publication, ni à une voie de recours, le système de préservation de l'accord conserve une confidentialité totale⁵⁴⁸. De ce fait, le président du tribunal saisi sur requête conjointe des parties constate par ordonnance l'accord et lui donne force exécutoire⁵⁴⁹, la formule exécutoire apposée par le greffier vaut titre exécutoire. En droit OHADA, l'accord conclu entre les parties est simplement déposé au rang des minutes d'un notaire. C'est dire que l'officier ministériel a la charge de constater l'accord conclu entre les parties. Le choix de cette solution en droit OHADA peut se justifier par le fait que le législateur veut inciter davantage les parties aux négociations en déconnectant autant que faire se peut la procédure de conciliation de la structure judiciaire. Toutefois, que ce soit le notaire ou le président du tribunal, le simple constat de l'accord

⁵⁴⁶C. DELATTRE, préc., note 547.

⁵⁴⁷F. PEROCHON, préc., note 319.

⁵⁴⁸A. JACQUEMONT et R. VABRES, préc., note 463, n° 121.

⁵⁴⁹Article L.611-8 et article R.611-39 du Code de commerce

participe à une confidentialité renforcée de l'accord. N'étant soumise à aucune voie de recours, la constatation de l'accord renforce sa confidentialité par rapport à l'accord homologué.

340. . Le législateur OHADA, en imposant le huis clos⁵⁵⁰ dans le cadre de l'homologation ou de l'exéquatur de l'accord de conciliation a contribué au renforcement de la confidentialité. Par ailleurs toujours dans le but de préserver la confidentialité, l'homologation ou l'exequatur ne fait l'objet d'aucune publicité et ne reprend pas le contenu de l'accord qui reste confidentiel⁵⁵¹

341. . Contrairement au législateur français, celui de l'OHADA est tenu seulement de vérifier la conformité à l'ordre public de l'accord pris par les parties. Donc, le juge ne revient pas sur le contenu de l'accord, étant une négociation entre parties, il se contente de l'homologuer. Tout compte fait, l'intérêt de l'homologation de l'accord de conciliation pour les créanciers chirographaires mérite qu'on s'y attarde.

342. Il est important de préciser que le législateur OHADA opte pour une confidentialité renforcée des accords homologués. À l'opposé de son homologue français, le législateur OHADA fait appel à une plus grande prudence en matière de confidentialité⁵⁵². Aux termes de l'article 5-10 AUPCAP : « *La décision d'homologation ou d'exequatur ne fait l'objet d'aucune publicité et ne reprend pas le contenu de l'accord* », le greffier après avoir vérifié la conformité de l'accord à l'ordre public y appose la formule exécutoire et copie est délivrée aux parties. La simplification de la procédure d'homologation de l'accord en droit OHADA est un gage supplémentaire de confidentialité. La sécurité juridique de l'accord est ainsi garantie par la formule exécutoire apposée par le greffier sur l'accord. De plus, l'homologation ne fait l'objet d'aucune voie de recours. En conclusion, la confidentialité est mieux maîtrisée en droit OHADA que français ce qui à notre sens permet de prévenir la dégradation de la situation du débiteur gage du paiement des créanciers chirographaires.

⁵⁵⁰ Article 5-10 AUPCAP.

⁵⁵¹ Article 5-10 alinéa 3 AUPCAP.

⁵⁵²F. REILLE, préc., note 313.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

343. Les développements précédents ont permis de constater que l'obstacle financier est un véritable frein à l'anticipation des difficultés du débiteur. À l'instar de la France, et même si la culture de la prévention est encore balbutiante dans le contexte africain, il serait judicieux d'instaurer une assurance santé entreprise permettant de garantir le paiement des experts de crise, car en période de crise, il paraît difficile pour le débiteur d'assumer les frais et honoraires de ces derniers. Une prise en charge par l'assurance santé entreprise est alors nécessaire. Dans le même esprit, une prise en charge des frais et honoraires des experts de crise permettra d'éviter de diminuer l'actif social, seul gage des créanciers chirographaires, déjà amoindri par la crise. Dans cet ordre de réflexion, il est permis d'espérer l'augmentation des entreprises d'assurance acceptant de prendre en charge ce type de risque et, dans un futur proche son acceptation dans le contexte africain.

344. Pendant le traitement amiable des difficultés de l'entreprise, la situation du débiteur peut se dégrader, entravant ainsi son redressement. Il faut dire que la conciliation ou le mandat ad hoc ne sont pas toujours utilisés pour les finalités auxquelles ils sont destinés. Ils sont souvent utilisés de manière détournée par le débiteur afin de retarder au maximum sa cessation de paiements. Et, pendant ce temps, le débiteur maître de ses biens, a la possibilité de les dissimuler ou bien de les mettre à l'abri afin qu'ils puissent échapper aux poursuites des créanciers chirographaires. Afin de se prémunir contre de tels désagréments, l'on propose d'éviter l'enchaînement inutile des procédures. Bien plus, l'on a pu constater que la confidentialité des informations était limitée en droit français. Toutefois, nous avons salué l'effort du législateur africain dans la mise en place d'une confidentialité renforcée de la procédure de conciliation car la divulgation des difficultés de l'entreprise est un frein à son redressement.

CONCLUSION DU TITRE II

345. Au terme de cette étude sur la prévention par le traitement amiable des difficultés de l'entreprise, il apparaît que la négociation est au cœur du sauvetage des entreprises⁵⁵³ tant en droit OHODA que français des entreprises en difficulté.

346. Tout d'abord, l'étude des négociations collectives entre débiteur et créancier a permis de montrer que, non seulement tout débiteur qui fait face à des difficultés peut solliciter l'ouverture d'une procédure de conciliation ou de mandat ad hoc, mais aussi que les créanciers sont libres d'accepter de participer aux négociations. Néanmoins, les créanciers, surtout chirographaires, bien qu'ayant un intérêt indéniable à s'impliquer dans le sauvetage des entreprises, ne font pas partie des créanciers détenant des moyens de pression sur le débiteur.

347. Ensuite, la marge de manœuvre des créanciers chirographaires reste marginale, car, bien que n'étant pas appelés à la table des négociations, ils peuvent se voir imposer des délais de paiement ou la suspension de leur poursuite retardant ainsi leur paiement. En outre, leur liberté contractuelle se trouve fortement entamée lorsqu'une cession anticipée de l'entreprise est organisée dans le cadre du traitement amiable des difficultés de l'entreprise sans leur consentement effectif.

348. Conscient du fait que plus on anticipe les difficultés, plus on arrive à les maîtriser, la prévention par le traitement amiable devrait en principe être la procédure à privilégier par le débiteur. Seulement, aucun débiteur n'est tenu de solliciter une procédure de conciliation ou de mandat ad hoc lorsqu'il fait face à des difficultés avérées ou simplement prévisibles. Le caractère volontaire de la procédure, ajouté à l'absence de sanction, renforce la liberté du débiteur. En effet, seul maître de ses affaires, il est le seul à même de juger de l'opportunité du recours à la procédure de conciliation ou de mandat ad hoc. Cependant, plusieurs facteurs peuvent justifier son inertie, entre autres la divulgation de ses difficultés ou encore le coût de la procédure.

⁵⁵³M. MENJUCQ, préc., note 303.

349. Il faut noter que le non-respect de la discrétion qui est l'âme des procédures de traitement amiable peut être une source d'aggravation des difficultés du débiteur surtout lorsque la procédure fait intervenir plusieurs catégories de personnes qui de près ou de loin peuvent avoir connaissance de la situation de crise du débiteur. Afin de limiter au maximum l'indiscrétion des personnes susceptibles de rendre publique la situation du débiteur, le nouvel acte uniforme OHADA va plus loin en étendant l'obligation de confidentialité à toute personne ayant connaissance des difficultés de débiteur sous peine de sanction.

350. Cependant, grâce à l'initiative de certains professionnels français, l'obstacle financier est en voie d'être maîtrisé. En effet, l'assurance santé entreprise a été mise sur pied afin de favoriser le financement des honoraires des experts de crise intervenant dans la procédure de traitement amiable. La maîtrise de l'obstacle financier non seulement favorise le recours aux experts de crise mais aussi et surtout permet d'anticiper suffisamment tôt sur les difficultés de l'entreprise. En maîtrisant l'obstacle financier, on renforce le recours au traitement amiable des difficultés de l'entreprise. Ce qui n'est pas encore le cas en droit OHADA où l'assurance, même dans le secteur de la santé des personnes physiques, est encore inexistante dans certains pays.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

351. Au final, l'analyse critique de technique de protection indirecte du créancier chirographaire a été menée sous deux axes notamment la protection du créancier chirographaire par la prévention et le traitement amiable des difficultés du débiteur. Il est important de préserver le patrimoine du débiteur seul gage commun de ses créanciers en particulier les créanciers chirographaires.

352. Le créancier chirographaire fait confiance à son débiteur sur la base d'un patrimoine. Le patrimoine du débiteur est l'élément incontournable du crédit chirographaire. Conscients de cela, les deux législateurs ont mis sur pied des mécanismes de prévention afin d'éviter les dilapidations frauduleuses de ses biens par le débiteur. Cependant, la prévention commence dès la constitution de la société avec la constitution d'un capital social. Ainsi, lorsque des personnes physiques décident de former une société, on exige la constitution des fonds nécessaire pour son fonctionnement. Ces derniers ayant pour élément central le capital social, il remplace l'engagement illimité des associés dans les sociétés à risque illimité. En dépit des critiques majoritairement fondées sur sa fonction de garantie des créanciers sociaux, le capital social a fait l'objet de beaucoup de débats au sein de la doctrine au point où certains auteurs parlent de la mort du capital social. Cependant, malgré l'affaiblissement de sa fonction de garantie, n'en déplaise à ses détracteurs, le capital social n'est pas encore prêt à disparaître en droit OHADA et français des sociétés comme c'est le cas de nos jours aux Etats Unis d'Amérique. Mais toujours est-il que l'essentiel pour le créancier chirographaire est de recouvrer sa créance. On constate que les sommes en capital versées par les actionnaires ou les associés ne sont pas bloquées dans un compte pour servir de paiement aux créanciers à un moment donné. Tout au contraire, ces fonds sont très souvent dépensés dès les premières semaines d'activité de l'entreprise pour le paiement des frais de constitution de la société, pour le paiement des charges locatives par exemple et bien d'autres. De ce fait, les créanciers ne peuvent compter que sur l'actif social, qui se constitue au fur et à mesure de l'évolution de la société, pour se faire payer. En effet, l'actif social est l'ensemble des biens saisissables qui se trouve au sein du patrimoine du débiteur. Donc, en cas de besoin, le créancier chirogra-

phaire disposera d'un droit de saisie sur les biens du débiteur. On remarque tout de même que ce droit de saisi du créancier chirographaire a un caractère général car ce dernier ne dispose d'aucun droit spécifique sur un bien précis. Le débiteur ayant le droit de propriété sur ses biens, il peut les céder, les donner ou encore les grever de sûretés, ce qui revient à dire que, au moment de l'exercice de son droit de saisi, le créancier chirographaire peut faire face à un actif existant mais indisponible ou alors un actif grevé de sûreté. Par ailleurs, et surtout en droit des sociétés, certains montages juridiques permettent de faire sortir ou de transférer un bien du débiteur mettant ainsi à l'abri des poursuites des créanciers chirographaires une partie ou tout l'actif du débiteur. De ce fait l'actif social, à cause des multiples fluctuations entamant sa consistance en cours de vie sociale, peut s'avérer au final insuffisant pour le désintéressement de tous les créanciers, surtout chirographaires.

353. Eu égard à tout ce qui précède, le risque d'être en difficulté est inhérent à toute entreprise. Toutes les situations n'étant pas toujours prévisibles, le débiteur peut se trouver dans une situation difficile nécessitant l'intervention de tiers externes ou internes à l'entreprise. C'est en ce sens que, l'actif social étant le seul gage des créanciers chirographaires, c'est de bon droit qu'ils puissent, en cas de difficulté du débiteur, participer amiablement à la recherche de solutions. Car nul n'ignore les conséquences d'une liquidation judiciaire sur le droit des créanciers chirographaires. Donc, il nous a été donné de constater que, le droit français était déjà assez familiarisé aux procédures de traitement amiable des difficultés de l'entreprise notamment le mandat ad hoc et la conciliation. Nouvellement consacrée en droit OHADA, la procédure de conciliation a pour objectif de trouver un accord amiable avec les principaux créanciers et cocontractants du débiteur, en vue de mettre fin à ses difficultés. À cet égard, c'est par principe une procédure dans laquelle les créanciers sont libres de participer à la recherche de solution avec leur débiteur. Mais l'étude approfondie de la procédure de conciliation révèle des contraintes imposées aux créanciers. En effet, ils sont d'une certaine manière contraints de participer aux négociations avec le débiteur, ce qui entame le caractère volontariste et consensuel de la procédure.

354. Aussi, l'efficacité d'une procédure se mesure aussi à son usage récurrent par les débiteurs en difficulté. Encourager les débiteurs à faire usage de la pro-

cédure de conciliation à temps est un gage de réussite de la conciliation. A cet égard, il est important que la confidentialité qui gouverne la négociation soit garantie. Mais le réel danger de cette procédure réside dans son coût. Le débiteur faisant déjà face à des difficultés de trésorerie, le coût des experts de crise risque de le décourager. Pour cela, l'instauration d'une assurance santé entreprise en droit français vient au secours des débiteurs en difficulté et les incite à anticiper sur leurs difficultés en faisant recours à la conciliation ou au mandat ad hoc. Néanmoins, l'obstacle financier aujourd'hui en cours d'être maîtrisé en France risque de décourager les débiteurs africains, car l'assurance santé entreprise est difficilement applicable en Afrique, compte tenu d'une culture de la prévention encore embryonnaire et de la crise qui ne cesse de gangrener le continent africain.

355. Ayant ainsi passé en revue les divers moyens permettant de préserver les biens de l'entreprise gage commun des créanciers chirographaires en période normale ou de crise passagère, il convient à présent d'envisager la protection directe des créanciers chirographaires dès l'ouverture des procédures collectives.

DEUXIÈME PARTIE : UNE PROTECTION DIRECTE DU CRÉANCIER CHIROGRA- PHAIRE DANS LES PROCÉDURES COL- LECTIVES

357. L'ouverture des procédures collectives est parfois une mesure nécessaire au maintien ou à la survie de l'activité économique⁵⁵⁴. Cette mesure est tout à fait compatible avec le recouvrement des créanciers chirographaires. Conscients du poids de la dette sur l'activité économique, les législateurs OHADA et français appellent tous les créanciers y compris les chirographaires à contribuer au redressement de l'entreprise lorsqu'il est encore possible. À cet effet, les créanciers chirographaires sont impliqués dans la recherche de solutions de sauvetage dès l'ouverture des procédures collectives. Cela signifie que la survie de l'entreprise dépend aussi des créanciers chirographaires. Mais aussi, la survie de l'entreprise conditionne le recouvrement des créances. Autrement dit, la protection de l'entreprise participe aussi de la protection des créanciers chirographaires. Pourtant, même si la protection de l'entreprise va dans le sens de la protection des créanciers chirographaires, on observe une protection mitigée des créanciers chirographaires dès l'ouverture des procédures collectives (Titre I). En revanche, lorsque malgré les efforts fournis par les créanciers, l'entreprise ne résiste pas à ses difficultés, la procédure de liquidation s'impose. L'actif est ainsi liquidé afin d'apurer le passif. Or en cas d'insuffisance d'actif, le paiement des créanciers chirographaires devient aléatoire (Titre II).

⁵⁵⁴D. RONET-YAGUE, préc., note 339, n° 425.

TITRE PREMIER : UNE PROTECTION MITIGÉE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES DÈS L'OUVERTURE DES PROCÉDURES COLLECTIVES

358. Les créanciers chirographaires viennent au secours de leur débiteur lorsque celui-ci fait face à des difficultés. L'intervention de ces derniers au sein d'une société en difficulté est parfois le gage de sa préservation, raison pour laquelle leur implication dans l'entreprise ne cesse de croître autant en droit OHADA que français⁵⁵⁵. Ils sont non seulement consultés sur le plan de redressement ou le projet de concordat de redressement⁵⁵⁶ rédigé par le débiteur, mais aussi et surtout, lorsqu'ils sont nommés en qualité de contrôleur ; leur pouvoir devient dès lors effectif. Même si tous les créanciers peuvent participer au redressement de l'entreprise, l'implication des créanciers chirographaires reste insuffisante dans les deux législations (chapitre I) En outre, pendant la phase de recherche de solutions pour une sortie de crise éventuelle, l'actif social, gage commun des créanciers chirographaires, ne reste pas statique. En effet, on assiste à la diminution de sa consistance anéantissant de ce fait le droit au paiement des créanciers chirographaires (Chapitre II).

⁵⁵⁵ La revalorisation du rôle des créanciers est au cœur de la loi française du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises en difficulté et complétée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

⁵⁵⁶ Il faut noter que, le droit OHADA utilise l'expression projet de concordat pour désigner le plan de redressement élaboré par le débiteur

CHAPITRE I : L'IMPLICATION ÉTRIFIÉE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES DANS LE SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE

359. "Sans créancier point de procédures collectives"⁵⁵⁷. Ceci réaffirme l'importance des créanciers au sein des procédures collectives. Ce sont les créanciers qui font vivre l'entreprise, il est donc inadmissible qu'au moment où leur intérêt se trouve atteint par l'ouverture d'une procédure collective, ils ne soient pas associés à la recherche des solutions de redressement. Ainsi, l'implication des créanciers dans le traitement des difficultés de l'entreprise assure leur expression et restaure une sorte de confiance entre créancier et débiteur. Conscient de la place que ces derniers occupent dans l'entreprise, les législateurs OHADA et français consacrent un droit de consultation de tous les créanciers sur le plan de redressement ou le projet de concordat élaboré par le débiteur. Mais ce droit de consultation des créanciers chirographaires reste perfectible (§I). Il faut noter, toutefois, que pendant le déroulement de la procédure leur pouvoir de contrôle ne cesse de progresser et il est lourd de conséquences pour les créanciers chirographaires (§II).

SECTION I : UN DROIT DE CONSULTATION DES CREANCIERS CHIROGRAPHAIRES PERFEC- TIBLE

360. Selon le vocabulaire juridique de Gérard CORNU, la consultation est le fait de consulter, de solliciter d'un organisme ou d'une personne une question de sa compétence ou de sa qualification, un avis que l'on n'est jamais tenu de suivre, même dans les cas où l'on est obligé de provoquer cet avis⁵⁵⁸. Dans le cadre du traitement des difficultés de l'entreprise, le débiteur élabore un plan ou un projet de concordat qu'il soumet par le biais de ses organes aux créanciers. Les législateurs OHADA et français optent pour une consultation individuelle des créanciers dans le processus d'élaboration du plan de redressement.

⁵⁵⁷ S. CAVET, « Réflexions théoriques et pratique sur la situation des créanciers en cas de résolution du plan », 19.39.2009.

⁵⁵⁸ G. CORNU, préc., note 7, p. 254.

Or, il faut noter que l'union fait la force⁵⁵⁹. Donc, les créanciers chirographaires ne sauraient valablement défendre leurs intérêts qu'en les mettant en commun. Dès lors que l'avis d'un créancier chirographaire isolé ne peut avoir la même influence que celui d'un groupe, la nécessité d'une entité représentant uniquement les créanciers chirographaires est à souhaiter dans les deux législations. Ce qui conduit à faire ressortir des limites tenant au caractère individuel et au pouvoir d'initiative des créanciers chirographaires (§I) et à envisager les voies d'amélioration pour une consultation plus efficiente (§II).

§I : LES LIMITES TENANT AU CARACTÈRE INDIVIDUEL ET AU POUVOIR D'INITIATIVE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES

361. La reconnaissance d'un droit de consultation est évidente dans les deux ordres juridiques. Néanmoins, il s'agit d'une simple consultation sans pouvoir d'initiative (A). Toutefois, à l'opposé du législateur OHADA, le législateur français restaure un pouvoir de négociation⁵⁶⁰ aux créanciers membres des comités. Ceux-ci ont un pouvoir plus actif lors de la consultation. Ils peuvent de ce fait proposer un plan de redressement concurrent à celui du débiteur. Pour cela, leur pouvoir de consultation est plus efficient (B).

A : une simple consultation sans pouvoir d'initiative des créanciers

362. La consultation qui s'opère au sein de l'entreprise permet d'obtenir des créanciers une adhésion plus chaleureuse au projet de plan ou au projet de concordat. De ce fait, elle atténue l'unilatéralisme du pouvoir du débiteur, elle l'encadre en l'obligeant à prendre en compte l'avis des créanciers. La prise en compte de l'avis des créanciers stimule l'esprit de coopération et augmente les chances de succès du redressement de l'entreprise. C'est dans ce but que les créanciers sont consultés sur le plan de sauvegarde ou le projet de concordat du débiteur lorsque ceux-ci sont appelés à consentir des délais et/ou remises de dette nécessaire au redressement de l'entreprise. Organisée par les articles L.626-5 du code de commerce et 119 AUPCAP, la consultation des créanciers concerne les créanciers dans la masse en droit OHADA qu'ils soient chirographaires ou munis de sûreté ou de privilège. En droit français, la consultation

⁵⁵⁹ Adage populaire

⁵⁶⁰ F. PEROCHON, « Réflexion sur la constitution des comités de créanciers », *BJED* 2017.6.447.

des créanciers est limitée car le mandataire n'est pas tenu de consulter les créanciers pour lesquels le projet de plan ne modifie pas les modalités de paiement ou prévoit un paiement intégral en numéraire dès l'arrêté du plan ou dès l'admission des leurs créances⁵⁶¹. A contrario, tous les créanciers concernés par les délais, remises ou conversion de leurs créances en capital sont bénéficiaires d'un droit de consultation, peu important le caractère antérieur ou postérieur de leurs créances. Le droit de consulter les créanciers, y compris les chirographaires, est une manifestation de leur implication dans le traitement des difficultés du débiteur. Il en résulte que leur soutien est capital pour le redressement de l'entreprise. Ainsi, dès la réception de la proposition de projet de concordat du débiteur en droit OHADA, le greffier le communique au syndic qui recueille l'avis des créanciers contrôleurs s'il en a été nommé et avise les créanciers par insertion dans un journal d'annonce légale de l'État partie concerné⁵⁶². En l'absence de contrôleur, le syndic recueille individuellement l'avis de chaque créancier sur la proposition de plan de concordat. Pareillement en droit français, lorsque les propositions portent sur des délais et remises, le mandataire judiciaire recueille, individuellement ou collectivement, l'accord de chaque créancier qui a déclaré sa créance conformément à l'article L.622-24⁵⁶³. Que la consultation soit collective ou individuelle, le mandataire judiciaire recueille l'avis des créanciers par courrier recommandé avec avis de réception⁵⁶⁴. En cas de consultation par écrit, le défaut de réponse dans le délai de trente jours à compter de la réception de la lettre du mandataire judiciaire vaut acceptation⁵⁶⁵. Ce n'est pas le cas en droit de l'OHADA où il n'existe pas de délai de réponse des créanciers. Le syndic est simplement tenu de transmettre un rapport au juge-commissaire en mentionnant que, non seulement tous les créanciers ont été effectivement contactés et à quelle date, mais aussi et surtout qu'ils ont émis leur avis sur les propositions faites par le débiteur, en indiquant s'ils apprécient positivement le projet de concordat et sont favorables à son adoption ; s'ils sont défavorables, les raisons qu'ils invoquent⁵⁶⁶. Concrète-

⁵⁶¹ Article L.626-5 du Code de commerce.

⁵⁶² Article 119 AUPCAP

⁵⁶³ Article 119 AUPCAP.

⁵⁶⁴ Article L.626-5 alinéa 2 du Code de commerce.

⁵⁶⁵ Article L.626-5 alinéa 2

⁵⁶⁶ Article 119 alinéa 4 AUPCAP

ment, le législateur gagnerait en célérité en encadrant la consultation dans un délai bien prédéfini. On pourrait dans ce cas calquer le délai de consultation sur celui du droit français car les trente jours de réflexion accordés aux créanciers en droit français sont légitimes. De plus, le législateur OHADA devrait privilégier la consultation par écrit, car en dehors des créanciers munis d'une sûreté réelle spéciale qui sont obligatoirement consultés par écrit⁵⁶⁷, le syndic a le choix des modalités de consultation des autres créanciers. On se demande quel est l'intérêt d'une telle discrimination. Il serait judicieux de lever le mutisme sur les modalités de consultation des créanciers⁵⁶⁸ et de prévoir une modalité de consultation commune à tous les créanciers. De ce fait, la consultation par écrit devrait être privilégiée car au moins, elle laisse des traces qui pourront servir de preuve.

363. On constate qu'en droit français et dans le droit de l'OHADA, les créanciers consultés acceptent ou refusent le plan dans sa globalité. Ils ne sont pas admis à faire des contre-propositions de plan. Même si le législateur OHADA va plus loin en demandant aux créanciers de motiver leur refus d'adhésion au plan, il n'en reste pas moins que cette motivation n'influence en rien le plan proposé par le débiteur. En fait, c'est la politique du tout ou rien. À ce stade de la procédure, les créanciers ne sont pas autorisés à négocier. Chaque créancier consulté va se décider en fonction de l'ensemble des propositions faites par le débiteur ou le mandataire judiciaire. C'est dire qu'il s'agit d'une consultation simple. Le créancier qui n'adhère pas au plan, qu'il soit chirographaire ou muni de sûreté, peut formuler des mesures qu'il transmet au débiteur par le biais du mandataire judiciaire ou du syndic ; mais ces mesures ne lient pas le débiteur qui reste libre de les intégrer ou pas dans sa proposition de plan de redressement. Après consultation, le mandataire judiciaire dresse un état des réponses faites par les créanciers et l'adresse au débiteur, à l'administrateur ainsi qu'au contrôleur⁵⁶⁹. Après quoi, un jugement pourra se prononcer sur l'arrêt du plan. Il faut noter que les créanciers ne participent pas à l'arrêt définitif du plan. Ce

⁵⁶⁷ Article 119 alinéa 4 AUPCAP : « Les créanciers munis de sûreté réelle spéciale doivent être avertis personnellement par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite

⁵⁶⁸ C. GAMALEU KAMENI, *L'implication du créancier dans les procédures collectives*, Université d'Aix-Marseille, 2013, n° 72.

⁵⁶⁹ Article L.626-7 du Code de commerce

qui n'est pas le cas en droit OHADA où les créanciers, et obligatoirement les créanciers chirographaires, sont convoqués à l'assemblée concordataire⁵⁷⁰ pour procéder au vote du projet de concordat. Ce vote à la majorité en nombre des créanciers représentant la moitié du montant total des créances⁵⁷¹ permet de renforcer le droit des créanciers chirographaires. Les créanciers chirographaires peuvent donc faire bloquer et empêcher l'adoption du plan lors de la tenue de l'assemblée concordataire. Comme le fait si bien remarquer un auteur⁵⁷² : « le vote du concordat à la double majorité prend en compte l'intérêt de tous les créanciers y compris ceux des créanciers chirographaires ». Cependant, malgré le droit de vote octroyé aux créanciers chirographaires en droit de l'OHADA, il n'en reste pas moins vrai qu'au stade de la consultation proprement dite, leur droit de consultation reste à parfaire.

B : une consultation plus efficiente pour les créanciers membres des comités en droit français

364. Le législateur français a fait le choix d'une consultation collective et catégorielle des créanciers dans les procédures avec comité de créancier. En effet, la constitution des comités des créanciers est obligatoire pour les débiteurs 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'État⁵⁷³. Les seuils fixés sont de 150 salariés et de 20 millions d'euros de chiffre d'affaires⁵⁷⁴. Il en résulte que leur constitution se fait selon la taille de l'entreprise⁵⁷⁵. Ces comités sont : le comité des principaux fournisseurs, le comité des établissements de crédit et une assemblée unique des obligataires. On constate que le législateur français distingue les créanciers selon leur qualité, favorisant ainsi les établissements de

⁵⁷⁰ Article 122 AUPCAP.

⁵⁷¹ Article 125 alinéa 4 AUPCAP.

⁵⁷² C. GAMALEU KAMENI, préc., note 596, n° 77.

⁵⁷³ Article L.626-29 du Code de commerce.

⁵⁷⁴ Article R.626-52 du Code de commerce.

⁵⁷⁵ L'article L.626-30 du code de commerce prévoit, pour l'entreprise de taille importante, soit à partir de 150 salariés et 20 millions de chiffre d'affaire la constitution de comité de créanciers en vue de l'adoption du plan de sauvegarde ou de redressement

crédit et les fournisseurs, soit les acteurs économiques les plus importants⁵⁷⁶. Contrairement aux créanciers hors comité qui donnent simplement leur avis sur le plan élaboré par le débiteur, les créanciers membres des comités de créanciers ont un pouvoir d'initiative pouvant influencer significativement le plan élaboré par le débiteur. Ainsi, ils ont le pouvoir de proposer un plan différent concurrençant celui du débiteur. Leur pouvoir d'action est tel que depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, les membres de comités peuvent contribuer directement à l'élaboration du plan⁵⁷⁷. Ils sont ainsi devenus des membres actifs dans l'élaboration du plan. De ce fait, « la mise en concurrence du projet du chef d'entreprise et du projet des créanciers »⁵⁷⁸ réaffirme le renforcement du rôle de ce dernier dans la recherche des solutions de redressement du débiteur. Désormais, chaque comité peut présenter un plan alternatif⁵⁷⁹ à celui du débiteur. Ce dernier n'est plus le seul maître de l'élaboration du plan.

365. Il sied de noter que le renforcement du rôle des créanciers membres des comités contribue à une meilleure prise en compte de leurs intérêts. En effet, les membres du comité ont un pouvoir de négociation⁵⁸⁰ permettant de présenter un plan en fonction de leurs intérêts personnels ou encore des intérêts des membres de tout le comité. Concrètement, ils ne se contentent plus de « proposer des mesures qui seront ensuite intégrées dans le projet de plan établi par le débiteur avec le concours de l'administrateur »⁵⁸¹. Ils sont des acteurs à part entière de l'élaboration du plan. Il est donc certain qu'ils ne peuvent proposer un plan contraire à leurs intérêts. Le plan ainsi proposé peut être proposé au vote à la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé leur vote⁵⁸². Ce plan servira en premier les intérêts des créan-

⁵⁷⁶ S. STANKIEWICH MURPHY, « L'influence du droit américain de la faillite et les créanciers en droit français : présent et futur », *Rev. Lamy dr. civ.* 2014.112.

⁵⁷⁷ G. JAZOTTES, « La situation générale des créanciers dans la préparation du plan », *Re.proc.coll.* 2015.65.

⁵⁷⁸ PH. PETEL, « L'amélioration du rôle des créanciers dans le cadre de l'adoption du plan. Le point de vue de l'universitaire », *Re.proc.coll.* 2014.67.

⁵⁷⁹ N. MORELLI, « L'amélioration du rôle des créanciers dans le cadre de l'adoption du plan. Le point de vue du praticien », *Re.proc.coll.* 2014.69.

⁵⁸⁰ F. PEROCHON, préc., note 588.

⁵⁸¹ C. LEBEL, « L'ordonnances n°2014-326 du 26 mars 2014 et les plans de sauvegarde et de redressement », *Gaz. Pal.* 2014.098.

⁵⁸² Article L. 626-30-2 du Code de commerce

ciers qui l'ont proposé, car toute remise ou délai ne sera qu'en accord avec le paiement futur de leur créance. Par ailleurs, on constate aussi que la prise en compte de la proposition de plan rédigé participe aussi de la prise en compte des intérêts des entreprises créancières membre de ces comités.

366. Mais ce qui est regrettable est de constater que ce pouvoir de proposition du plan n'est limité qu'aux principaux fournisseurs et aux établissements de crédit membres des comités, ce qui à notre sens restreint la possibilité pour les créanciers chirographaires de participer à la proposition d'un plan alternatif. En effet, très souvent minoritaires dans les grandes entreprises, ceux-ci ne peuvent valablement donner leur point de vue de manière individuelle. De ce fait, même s'ils existent, ils ne peuvent faire de proposition de plan alternatif à celui du débiteur. Cette situation crée un déséquilibre entre les créanciers. Si le plan alternatif est finalement adopté, les créanciers chirographaires seront tenus par un plan imposé par les créanciers influents. Afin de résorber ce déséquilibre, il serait possible de créer un comité constitué uniquement de créanciers chirographaires. Mais encore faudrait-il que la participation des créanciers chirographaires soit efficiente. Il est évident qu'ils sont très souvent minoritaires dans les grandes entreprises. Pour cela leur nombre ne leur permet pas toujours d'agir efficacement. C'est la raison pour laquelle, pour une participation efficace, il est possible de les intégrer dans le comité des fournisseurs.

367. Cette participation efficiente des créanciers dans la phase d'élaboration du plan à travers les comités de créanciers peut « inciter le débiteur à étoffer ses propositions »⁵⁸³ avant de les soumettre aux créanciers mais aussi, favorise le traitement inégalitaire et différencié des créanciers⁵⁸⁴. Vu sous un autre angle, elle favorise un traitement beaucoup plus rapide des difficultés de l'entreprise. En effet, au lieu de proposer des mesures qui seront ensuite prises en compte par le débiteur dans son projet et re-soumises aux créanciers qui, par la suite peuvent à nouveau contester certaines mesures, il est plus facile et rapide pour les créanciers de formuler leur propre plan et de le soumettre au vote. Il serait alors important d'étendre la faculté de proposition de plan alternatif à tous les créanciers. Mais pour que ces propositions de plan ne viennent pas de

⁵⁸³ F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2016, n° 926.

⁵⁸⁴ N. GHALIMI, « Le traitement différencié des créanciers dans les plans de sauvegarde et de redressement », *LPA* 2014.253.15.

créanciers individuels et isolés, encore faudrait-il prévoir une catégorisation homogène des créanciers au sein de chaque comité, ce que le droit français n'a pas encore prévu. Il serait alors plus judicieux pour une meilleure prise en compte des créanciers, surtout chirographaires, qu'une entité défendant spécifiquement leurs intérêts soit mise en place.

368. Ainsi, pour permettre aux créanciers chirographaires de pouvoir défendre efficacement leurs intérêts, il semble important de renforcer leur rôle lors de la consultation sur le plan élaboré par le débiteur. Or, pour que leurs intérêts soient suffisamment pris en compte lors de l'élaboration du plan, il faut que le législateur africain et français impose la constitution d'une entité similaire au comité de créanciers ayant les mêmes pouvoirs que ces derniers.

§II : LES VOIES D'AMÉLIORATION EN VUE D'UNE CONSULTATION PLUS EFFICIENTE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES

La nécessité de l'instauration d'une entité spécifique de défense des intérêts des créanciers chirographaires dans les procédures collectives (A) justifie la recherche d'un modèle de référence (B).

A : la nécessité de l'instauration d'une entité spécifique de défense des intérêts de créanciers chirographaires dans les procédures collectives

369. Inspiré du droit américain, l'introduction des comités des créanciers en droit français fait partie des nouveautés de la loi n°2005-845 du 26 juillet 2006 instituant la procédure de sauvegarde. De façon générale, en ce qui concerne les comités de créanciers en France, la loi exige leur constitution en fonction de la taille de l'entreprise, pour cela, elle n'a pas lieu dans les entreprises de taille modeste⁵⁸⁵. Cela peut se vérifier en examinant de près les dispositions de l'article L. 626-29, alinéa 1^{er} du Code de commerce qui prévoit que "*Les débiteurs 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 du Conseil d'État, sont soumis aux dispositions de la présente section*". Il en résulte que cet article semble limiter la constitution des comités de créancier à un nombre restreint de débiteurs et de créanciers.

⁵⁸⁵ P.-M. LE CORRE, préc., note 44.

370. Bien que limités à un certain nombre de débiteurs, les comités de créanciers ont été institués dans la perspective de promouvoir un cercle de discussion privilégié entre un nombre restreint de créanciers choisis⁵⁸⁶ en vue de l'adoption du plan de sauvegarde. En effet, la loi prévoit la constitution de deux types de comité : le comité des établissements de crédit et le comité des principaux fournisseurs. Cette catégorisation des créanciers ne fait pas de distinction selon que le créancier est titulaire de privilège ou simplement chirographaire. Ce qui conduit à ce que soient regroupés au sein d'un même comité des créanciers aux intérêts potentiellement différents⁵⁸⁷. Le regroupement des créanciers aux intérêts divergents au sein d'un même comité peut être une source de difficultés pour les créanciers chirographaires. Étant donné que, appartenant à un même comité, et avec des intérêts différents, voire divergents, chaque groupe de créancier essaiera probablement d'imposer son point de vue aux autres et, les plus influents auront certainement gain de cause. De plus, compte tenu du fait que, c'est la loi de la majorité qui prime au sein des comités, la participation des créanciers à l'élaboration du plan de sauvegarde dépend du degré d'influence de chaque créancier au sein des comités. Pour cette raison, l'hétérogénéité des créanciers qui prime au sein des comités contribue à un déséquilibre des rapports entre créanciers, car seuls les créanciers ayant un même intérêt à défendre peuvent mieux s'entendre et de commun accord proposer un plan concurrent à celui du débiteur. Il est tout de même regrettable de noter que c'est la loi des plus forts qui primera. Pour mieux dire, les créanciers les plus influents primeront sur les moins influents au sein des comités. Il en résulte que le principe de l'égalité des créanciers est clairement abandonné si les comités de créanciers décident à la majorité des deux tiers des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote⁵⁸⁸. Au final, la participation des créanciers chirographaires à l'élaboration du plan ne peut être efficace que si leur point de vue est réellement pris en compte lors de l'adoption du plan. Malheureusement,

⁵⁸⁶L. LE GUERNEVE et N. MORELLI, « Les nouveaux enjeux des comités de créanciers », 2011.4.

⁵⁸⁷A. LIENHARD, « Elaboration du projet de plan de sauvegarde », dans *Delmas procédures collectives*, coll. Dalloz, 2016.

⁵⁸⁸C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La composition et le fonctionnement des comité de créancier serait amélioré par l'avant-projet d'ordonnance », *RTDCom.* 2008.

par le biais des comités de créanciers, il y a de fortes chances qu'ils fassent partie des minoritaires. Donc, l'homogénéisation des comités de créanciers serait la bienvenue pour une meilleure protection des droits des créanciers chirographaires.

371. En effet, la consultation aide à bâtir un idéal d'implication des créanciers dans le traitement des difficultés de l'entreprise. Les créanciers impliqués de la sorte sont responsables de l'avenir de l'entreprise et surtout de l'avenir de leur créance⁵⁸⁹. Pour mieux s'exercer, cette implication se fait de façon collective. La représentation collective des créanciers chirographaires peut être présentée comme un système ordonné autour de la défense de leurs intérêts. Il s'agit en fait d'une sorte de rééquilibrage des forces en présence. Les créanciers chirographaires très souvent affectés par l'ouverture d'une procédure collective pourront à travers leurs représentants s'impliquer plus activement dans le traitement des difficultés de l'entreprise. Le représentant pourra ainsi parler au nom de tous les créanciers chirographaires et de ce fait pourra présenter leurs revendications et suggestions. Ce n'est qu'à travers leur représentant qu'ils agiront au mieux de leurs intérêts collectifs. Il va sans dire que la consultation des créanciers chirographaires ne peut véritablement porter ses fruits qui si elle est opérée par le biais de leur représentant. Il lui sera confié la mission de présenter les revendications, réclamations et suggestions des créanciers chirographaires, relativement aux remises de dette et délais de paiement. Toutefois, l'efficacité de la consultation se mesurera à l'aptitude des représentants à exercer leurs attributions.

372. S'agissant de la protection des créanciers chirographaires, il est évident qu'une collectivité structurée offre à ses membres une meilleure capacité de résistance face aux débiteurs qu'un ensemble d'individus agissant de manière isolée. L'on peut espérer que, la représentation collective des créanciers chirographaires aura plus de légitimité auprès de ces derniers. D'où l'intérêt de la recherche d'un modèle de référence de représentation.

⁵⁸⁹ S. STANKIEWICH MURPHY, préc., note 604.

B : la recherche d'un modèle de référence de représentation des créanciers chirographaires

373. Comme on vient de le dire, l'organisation de la consultation des créanciers chirographaires dans l'élaboration du plan de sauvegarde des entreprises diffère d'une législation à une autre. Contrairement au législateur français qui instaure une procédure privilégiant la consultation des comités de créancier pour les entreprises de grande taille, le droit africain quant à lui maintient la consultation individuelle des créanciers, ce qui implique la consultation des créanciers chirographaires de manière isolée et éparse. Les créanciers ne se regroupant pas en comité, chaque créancier vote individuellement. Et, sans nier les particularités de chaque législation, il n'est pas certain que les créanciers chirographaires puissent défendre efficacement leurs droits s'ils sont isolés. En plus la protection des créanciers les plus affectés par la procédure collective, notamment les créanciers chirographaires, nécessite un regroupement au sein d'une entité pour une défense collective de leurs droits. Cela signifie que les créanciers chirographaires doivent se réunir pour mieux défendre leurs intérêts.

374. L'on constate toute de même que le droit français ne prévoit pas un comité regroupant uniquement les créanciers chirographaires. En effet, le regroupement des créanciers au sein des comités ne tient pas compte de la nature de leur créance. Contrairement au droit français où la constitution des comités ne tient pas compte de la nature des créances, les classes de créanciers en droit américain tiennent compte « de la nature des créances. Ainsi, en droit Américain, le débiteur a la possibilité de former autant de classes de créanciers que la nature de la créance qui existe. On peut avoir la classe des créanciers chirographaires, des privilégiés ou la classe des obligataires. Selon le droit américain, il doit exister autant de classes que de créances singulières »⁵⁹⁰. Cette homogénéisation des créances au sein des comités en droit américain, participe de leur protection, car, en regroupant les créanciers en fonction de la nature privilégiée ou pas de leur créance, chaque groupe saurait mieux défendre ses intérêts. En effet, l'idéal serait la création d'un comité homogène constitué uniquement de créanciers chirographaires. Mais comme les créanciers chirographaires sont généralement des fournisseurs, il serait aussi possible de créer dans le comité des principaux fournisseurs un sous-groupe appartenant uniquement aux créan-

⁵⁹⁰ *Id.*

ciers chirographaires. Il en résulte que la création de ce sous-groupe de créanciers chirographaires au sein du comité des principaux fournisseurs permettra de mieux prendre en compte les intérêts de ces derniers lors de la proposition du plan alternatif. De ce fait, on pourra prévoir un vote à égalité au sein du comité des principaux fournisseurs afin de mieux prendre en compte les intérêts des créanciers chirographaires.

375. Ainsi, pour permettre aux créanciers chirographaires d'influencer le plan de redressement, il semble important que leurs intérêts soient protégés. Cependant pour que leurs intérêts soient valablement protégés, il est nécessaire que les législateurs africains et français imposent la mise sur pied d'un comité de créanciers chirographaires. Dans le cadre du renforcement de la protection des intérêts des créanciers chirographaires, seule cette institution pourra permettre de rééquilibrer les forces en présence lors des débats sur l'adoption du plan de redressement ou lors des assemblés concordataires.

376. En effet, l'absence d'une classification homogène des créanciers en droit français⁵⁹¹ et l'inexistence d'une entité de créanciers chirographaires en droit OHADA contribuent au délaissement des droits desdits créanciers. Or, ces derniers sont généralement les derniers satisfaits des procédures collectives. Pire encore, ils sont les premières victimes de la procédure collective⁵⁹². C'est la raison pour laquelle, afin d'inciter les créanciers, et notamment les créanciers chirographaires, à s'impliquer dans la recherche de solutions de sauvetage, et aussi d'assurer la défense de leurs droits respectifs, il est urgent de mettre en place une entité représentant les créanciers chirographaires dotés d'un pouvoir d'action efficace tel que le droit de proposer un plan concurrent à celui du débiteur. Plus précisément, l'entité pourra être constituée par les créanciers chirographaires qui le sollicitent. Ainsi, les créanciers faisant partie de ce comité seront libres de prendre part aux décisions. Dès lors que cette entité sera mise en place au sein des comités de créanciers français, les créanciers chirographaires seraient ainsi mieux protégés et se défendront mieux face aux créanciers titulaires de sûretés.

⁵⁹¹*Id.*

⁵⁹²D. BORCAN, « Les nouvelles procédures collectives d'apurement du passif en Europe centrale. De l'inspiration française, allemande et américaine et des tendances fortes régissant ces procédures », *Revue d'études comparatives Est-Ouest* 2002.4.93-123.

377. De ce qui vient d'être dit, il résulte que la mise en place d'une entité représentant et défendant les droits des créanciers chirographaires s'avère nécessaire autant en droit OHADA que français. Il est tout d'abord notoire de souligner que, malgré l'existence de la masse des créanciers en droit OHADA et de l'existence d'un syndic représentant les créanciers, il est tout de même légitime que les créanciers chirographaires soient réunis au sein d'un groupe unique et homogène afin de mieux défendre leurs intérêts. Cette entité constituera donc un mécanisme puissant de protection des créanciers chirographaires, d'autant plus que sa mise en place n'entraînera aucun frais, tant pour le débiteur que pour les créanciers.

378. Toutefois, la formation des comités de créanciers reste exceptionnelle, car la consultation individuelle demeure la règle. Par contre le législateur OHADA n'a pas encore abandonné la masse des créanciers comme c'est le cas en droit français. D'où l'intérêt de l'étude de la place du créancier chirographaire au sein de la masse.

379. Abolie par la loi française du 25 janvier 1985⁵⁹³ en raison de la complexité du concept et de la volonté du législateur de séparer l'homme de l'entreprise⁵⁹⁴, la masse des créanciers est maintenue dans le contexte de l'OHADA. Elle a pour vocation d'assurer une mainmise sur le patrimoine du débiteur, gage commun de ses créanciers. Ainsi, l'ouverture d'une procédure collective dans l'espace OHADA entraîne la création automatique de la masse des créanciers. Aux termes de l'article 72 de l'APCAP, la décision d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui, seul, agit en son nom et dans l'intérêt collectif et peut l'engager. Le syndic, qui représente la masse des créanciers, assiste ou remplace le débiteur selon qu'on se trouve dans une procédure de redressement ou de liquidation du débiteur. Il faut souligner que l'institution du syndic dans le droit positif des États membres de l'espace OHADA date de 1935. La majeure partie de ces États vivait sous la législation

⁵⁹³Loi n°85-98 du 25 janvier 1981

⁵⁹⁴S. STANKIEWICH MURPHY, préc., note 604.

du Code de commerce français⁵⁹⁵. Le syndic agit dans l'intérêt collectif de tous les créanciers et du débiteur.

380. À titre de droit comparé, et contrairement à la conception de la masse du droit OHADA, la création automatique de la masse des actifs de la faillite en droit américain est placée entre les mains du tribunal afin d'être gérée par un « *trustee* »⁵⁹⁶. Ce dernier le gère dans l'intérêt collectif des créanciers chirographaires. Cette conception américaine de la masse des créanciers diffère de celle adoptée par le législateur OHADA. Le « *trustee* » est le représentant des créanciers chirographaires alors que le syndic représente tous les créanciers et le débiteur. Ayant pour seule mission la défense de l'intérêt collectif des créanciers chirographaires, le « *trustee* » à l'américaine vient corriger les imperfections de la masse des créanciers du droit OHADA. C'est dire que les créanciers chirographaires américains sont mieux protégés que ceux du droit français et OHADA. On pourrait souhaiter dans le contexte de l'OHADA que, en attendant la mise en place des comités des créanciers, le rôle du syndic soit orienté vers la défense des intérêts des créanciers chirographaires en ce sens que, il est à la base chargé de défendre le gage commun des créanciers chirographaires. Il est tout à fait normal que leur mission soit orientée vers la satisfaction des intérêts des créanciers les plus touchés par la procédure collective. Il est important de noter que le code fédéral américain prévoit que les créanciers participant au plan ne percevront pas moins que ce qu'ils auraient obtenu dans le cadre de la liquidation. Il s'agit du « *best interest test* »⁵⁹⁷. De ce fait, les créanciers chirographaires qui acceptent de participer au plan de sauvegarde ont plutôt des chances de recouvrer une partie de leur créance. En agissant ainsi dans le meilleur intérêt des créanciers chirographaires, ceux-ci sont plus motivés à adhérer au plan de sauvegarde. De toutes les manières, les créanciers chirographaires ont tout intérêt à accepter le plan proposé car, dans le cadre de la liquidation des biens, ils ne reçoivent presque rien. En se fondant sur le meilleur intérêt des créanciers chirographaires participant, le législateur OHADA participerait davantage à la protection de ces derniers.

⁵⁹⁵C. GAMALEU KAMENI, « Brèves observations sur le rôle du syndic en droit de l'OHADA des procédures collectives d'apurement du passif », *Penant* 2011.256.

⁵⁹⁶S. STANKIEWICH MURPHY, préc., note 604.

⁵⁹⁷*Id.*

381. Au final, le droit d'expression des créanciers chirographaires serait mieux adapté à la défense de leur intérêt non seulement lorsqu'une entité représentant leurs intérêts sera mise en place, mais aussi et surtout lorsque leurs intérêts seront pris en compte comme c'est le cas en droit américain. Même si l'efficacité de la consultation des créanciers chirographaires reste à parfaire, leur pouvoir de contrôle reste lourd de conséquences.

SECTION II : DES MÉCANISMES DE CONTRÔLE LOURDS DE CONSÉQUENCES POUR LES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES

382. Le contrôle passe par la mise en place de créanciers contrôleurs. En effet, le contrôleur est un créancier représentatif des intérêts de ses pairs, qui intervient à la procédure avec voix consultative et bénéficie de larges pouvoirs de surveillance et d'information⁵⁹⁸. L'institution du contrôleur n'est pas inédite puisqu'elle date de la loi de 1889⁵⁹⁹ et il est important de noter que, depuis 1935, les contrôleurs ne sont plus élus mais désignés par le juge-commissaire⁶⁰⁰. Fondée sur l'idée selon laquelle la défense des droits des créanciers ne peut être assurée que par eux-mêmes et estimant que la défense de ces droits ne pouvait être assurée que par des personnes représentant une certaine partie du passif du débiteur⁶⁰¹, les créanciers se sont vus attribuer au fil du temps des pouvoirs de contrôle pendant le déroulement de la procédure. En qualité de contrôleurs, ils ont désormais un droit de regard et d'information sur toute la procédure. Cependant, dans le passé ce statut dépourvu de pouvoir n'avait pas la faveur des créanciers⁶⁰². C'est l'une des raisons du renforcement des pouvoirs des créanciers au sein des procédures collectives. Toutefois, à cause de la différence des intérêts en présence, s'agissant du créancier chirographaire, sa préoccupation est de s'assurer que le patrimoine du débiteur ne soit pas dilapidé pour espérer un paiement. L'idée de nommer au moins un créancier chirographaire en qualité de contrôleur participe à l'objectif de leur droit de regard sur le déroulement de la procédure collective. Cette mission de contrôleur favorable aux créanciers chirographaires qui en font la demande accorde un rôle privilégié à ces derniers. De ce fait, l'intérêt que peut représenter une telle nomination pour le créancier chirographaire en raison de l'influence

⁵⁹⁸ TH. STEFANIA, « La révocation du contrôleur », *JCP E* 2013.36.

⁵⁹⁹ I. RIVIERE-PAVARD, « La représentation des créanciers », *LPA* 2007.57.17.

⁶⁰⁰ PH. ROUSELL-GALLE, « Le contrôleur, gardien de l'intérêt collectif », *Gaz. Pal.* 2005.253.3.

⁶⁰¹ I. RIVIERE-PAVARD, préc., note 627.

⁶⁰² J.M. CALENDINI, « La revalorisation du rôle des créanciers », *LPA* 1995.110.

qu'il pourra être amené à exercer tout au long de la procédure devient indéniable. Autant en droit français qu'en droit OHADA, l'exigence de la nomination du créancier en qualité de contrôleur reste une exigence de la loi en cas de pluralité de demandes (§I). Mais le contrôle ne peut être efficace que si la circulation de l'information est assurée. Ceci étant, il n'est pas superflu d'envisager la rationalisation de l'information comme un préalable à l'exercice d'un contrôle efficace (§II).

§I : LA DÉSIGNATION INCERTAINE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES EN QUALITÉ DE CONTRÔLEUR

383. La nomination d'un créancier en qualité de contrôleur est une exigence dans les deux législations. Mais pour autant, l'acceptation de leur demande n'est pas de droit pour tous les créanciers (A) car le juge-commissaire dispose d'une liberté d'appréciation sur les demandes, due à l'absence de précision des conditions d'accès à la qualité de contrôleur (B).

A : l'accès facultatif à la qualité de créancier contrôleur

384. La nomination du créancier chirographaire en qualité de contrôleur est prévue et organisée par l'article 48 APCAP. Ainsi, en cas de pluralité de demandes, le juge-commissaire veille à ce qu'au moins un créancier soit choisi parmi les créanciers munis de sûreté et un autre parmi les créanciers chirographaires. C'est dire que si le juge-commissaire désigne les contrôleurs en tenant compte de la nature de leur créance, encore faut-il que parmi les créanciers demandeurs figurent les deux collèges de créanciers afin d'assurer une certaine représentativité des diverses catégories de créanciers⁶⁰³.

385. Tout créancier qui souhaite être désigné contrôleur va en faire une demande auprès du juge-commissaire. Pour être désigné, il doit au préalable avoir la qualité de créancier peu importe la nature de sa créance, son montant, sa nationalité ou son antériorité⁶⁰⁴. Le créancier doit toutefois accomplir sa mission en toute indépendance, ce qui justifie le refus de la qualité de contrôleur aux

⁶⁰³ T. com. Paris, 26 mars 1996, 330, n°10, obs. Soinne

⁶⁰⁴ J. GAUDIN, « Désignation des contrôleurs et pouvoir d'appréciation du juge-commissaire », *LPA* 1997.80.33.

parents, aux alliés du débiteur, aux dirigeants de la personne morale débitrice, jusqu'au quatrième degré seulement⁶⁰⁵.

386. En principe, après avoir vérifié que le créancier est capable d'exercer sa mission en toute indépendance et en toute impartialité, le juge-commissaire doit s'assurer qu'au moins un créancier chirographaire est nommé en qualité de contrôleur. Mais encore faut-il qu'il en fasse la demande. La reconnaissance des pouvoirs de contrôleur à un créancier chirographaire est une mesure destinée à rétablir un équilibre dans la représentation⁶⁰⁶ car l'ouverture des procédures collectives fait naître des intérêts tellement divergents, que chaque catégorie de créancier défend ses intérêts propres. C'est en ce sens que le créancier chirographaire nommé contrôleur peut défendre loyalement le crédit chirographaire. C'est dire que le créancier chirographaire nommé contrôleur exprime aussi l'intérêt collectif de la catégorie de créanciers dont il est exemplaire⁶⁰⁷. Il faut donc en conclure que les créanciers chirographaires peuvent jouer un rôle important dans la défense du crédit chirographaire, voire constituer un contre-poids important au pouvoir du syndic qui exerce une double fonction de représentation⁶⁰⁸. En cela, s'opère un rapprochement entre les droits français et OHADA, malgré des particularités, dans la mesure où le droit français donne la possibilité aux créanciers chirographaires d'être nommés contrôleurs. L'admission de ce nouveau pouvoir aux créanciers chirographaires se comprend mieux parce que le souci d'égalité dans les procédures collectives reste le but poursuivi par le législateur africain et français.

387. Il convient de dire que l'importance de la mission du contrôleur justifie l'exigence de la nomination des créanciers chirographaires en qualité de contrôleur. Ceci dit, le contrôleur a pour mission d'assister le ou les syndics dans leurs missions et le juge-commissaire dans sa mission de surveillance du déroulement de la procédure de redressement judiciaire et de liquidation des biens et de veiller aux intérêts des créanciers⁶⁰⁹. Contrairement au droit OHA-

⁶⁰⁵ Article L.621-13, alinéa 2 Code de commerce et article 48 alinéa 3 APCAP

⁶⁰⁶ A. SORENSEN, « Réforme des procédures collectives : le toilettage d'une institution oubliée », *LPA* 1995.102.5.

⁶⁰⁷ M. A. FRISSON-ROCHE, « Le contrôleur », *LPA* 1995.71.9.

⁶⁰⁸ P. POUGOUE et Y. R. KALIEU, *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, coll. droit Uniforme, PUA, 1999.

⁶⁰⁹ Article 49 APCAP

DA, la suppression du syndic est justifiée en droit français par l'idée selon laquelle un seul organe ne peut défendre à la fois l'intérêt de l'entreprise et l'intérêt des créanciers, car un même organe ne peut logiquement défendre des intérêts opposés⁶¹⁰. C'est pour cette raison que sont désormais institués, en droit français, deux mandataires distincts : l'un pour la défense des intérêts des créanciers et l'autre pour la défense des intérêts de l'entreprise. Ainsi, la mission du contrôleur est d'assister à la fois le mandataire judiciaire et le juge-commissaire, ce qui n'est pas encore le cas dans le contexte africain où le syndic reste encore le représentant de deux intérêts potentiellement divergents. À notre sens il est difficilement possible de défendre deux intérêts divergents, à moins de privilégier l'un par rapport aux autres. On pourrait penser, dans le contexte africain, laisser au syndic la mission de défendre les intérêts des créanciers par exemple, mais, à côté de lui, il faudrait créer un organe chargé de représenter le débiteur ou de l'assister. La création de ce nouvel organe permettrait de focaliser le sauvetage de l'entreprise sur un organe. Ce dernier sera concentré seulement sur les intérêts du débiteur et le syndic sur celui des créanciers. Ce partage de mission pourra contribuer à alléger la tâche du syndic car en se focalisant sur la défense de l'intérêt des créanciers, le syndic sera plus à leur écoute et participera mieux à la défense de leurs droits.

388. En revanche, la mission de surveillance permet au créancier contrôleur de s'impliquer effectivement dans le déroulement de la procédure. Sa nomination en qualité de contrôleur lui donne le droit d'accès à certaines informations privilégiées et lui donne le pouvoir d'observer avec une attention soutenue le déroulement de la procédure afin de pouvoir intervenir à bon escient⁶¹¹. Le développement des prérogatives accordées aux créanciers contrôleurs participe de la protection de leur droit pendant le déroulement de la procédure car certaines décisions ne peuvent être prises sans leur consultation préalable, notamment l'adoption d'un plan de redressement, la mise en liquidation judiciaire, les offres de cessions. Assurément, cette fonction avec les prérogatives qui y sont attachées, accorde un rôle privilégié aux créanciers⁶¹². De ce fait, l'intérêt que

⁶¹⁰ M. A. FRISSON-ROCHE, préc., note 635.

⁶¹¹ CH. LEGUEVAQUES, « Les pouvoirs limités des contrôleurs : surveiller sans punir ? », *LPA* 1997.68.29.

⁶¹² I. RIVIERE-PAVARD, préc., note 627.

peut représenter une telle nomination tout spécialement pour un créancier chirographaire, en raison des informations qu'il aura à sa disposition et dont il pourra se servir, devient une arme efficace pour la défense de ses droits.

389. Il convient de dire qu'il est intéressant pour un créancier d'être nommé contrôleur, mais cette désignation ne peut être faite que dans la limite du nombre de contrôleurs fixés par la loi. Ce qui revient à dire que la désignation est automatiquement limitée lorsque le juge-commissaire a atteint le nombre légal de contrôleurs requis. D'où la question de savoir, si aucun créancier chirographaire ne s'est présenté, si la procédure se déroulera sans le respect de la parité au sein des contrôleurs comme le veut la loi. En réponse à cette question et au regard de la loi, la procédure peut bien se dérouler sans la représentation d'un créancier chirographaire en qualité de contrôleur. Le contrôleur n'étant pas un organe⁶¹³ de la procédure, elle peut bien se dérouler sans lui. Cependant, et comme le dit un auteur, il semble que la loi ait imposé une prime à la rapidité, de sorte que les créanciers les plus rapides seront les premiers désignés quelles que soient la nature et la qualité de leur créance⁶¹⁴. Donc, la désignation se fait au fur et à mesure de l'arrivée des demandes et dès lors que le nombre est atteint, la liste est fermée. À notre avis, il serait judicieux pour une meilleure prise en compte des droits des créanciers chirographaires, que cet équilibre soit garanti. Par exemple, il est vrai que le juge-commissaire ne peut obliger un créancier chirographaire à être contrôleur, mais si on prévoit un quota réservé aux créanciers chirographaires parmi les cinq contrôleurs, malgré la rapidité des autres créanciers lorsque le quota des créanciers d'une catégorie sera atteint, le juge-commissaire ne pourra plus désigner. Ceci pourrait augmenter les chances des créanciers chirographaires retardataires d'être désignés en qualité de contrôleurs, car non seulement le délai de désignation est court⁶¹⁵, mais aussi la désignation prix de la course instaurée par la loi fait que les créanciers chirographaires peuvent être informés un peu tardivement. Au final, en réservant une place pour eux, il y aura de forte chance qu'ils arrivent à temps pour

⁶¹³ J.L VALLENS, « Statut et rôle du contrôleur dans les procédures de redressement judiciaire », *RTDCom.* 1998.952.

⁶¹⁴ A. SORENSEN, préc., note 634.

⁶¹⁵ Dans un délai d'un mois en droit de l'OHADA et 2 mois en France après ouverture des procédures collectives

l'occuper. Ce n'est qu'en préservant leur place de contrôleur que les créanciers chirographaires seront rassurés de pouvoir donner leur avis pendant le déroulement de la procédure.

390. Pour une meilleure protection des créanciers chirographaires, il serait souhaitable qu'un quota de places leur soit réservé afin qu'ils puissent être désignés contrôleurs. Ceci est d'autant plus important que la défense de l'intérêt des créanciers chirographaires dans la procédure ne peut être mieux assurée que par un contrôleur confronté aux mêmes difficultés. Or, en l'état actuel du droit de l'OHADA et du droit français, rien ne garantit qu'un créancier soit nommé contrôleur dans la procédure collective. Pour que la protection soit véritable, il faut que les créanciers chirographaires qui en font la demande soient obligatoirement nommés contrôleurs afin de garantir l'équilibre des forces en présence pendant le déroulement de la procédure.

391. En revanche, il sied de noter que, même si leur nomination est exigée par les deux législations, cette désignation n'est pas de droit. À moins que le créancier chirographaire fasse partie des salariés ou relève d'un ordre professionnel. Il ressort de la lecture des dispositions du droit OHADA et français que la désignation d'un salarié ou de l'autorité compétente dont relève le débiteur exerçant une profession libérale est obligatoire pour le juge-commissaire. C'est-à-dire qu'ils sont nommés contrôleurs en cas d'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur. Hormis ces cas exceptionnels, le juge n'est pas tenu d'accepter la nomination en qualité de contrôleur des créanciers de droit commun, même s'ils remplissent les conditions d'indépendance.

B : la liberté d'appréciation du juge-commissaire dans la désignation des créanciers contrôleurs

392. La fonction de contrôleur est prévue pour toutes les procédures collectives. Choisi en principe parmi les créanciers qui en font la demande, le contrôleur est désigné par le juge-commissaire. Ce dernier statue et conserve une liberté d'appréciation sur chaque demande. En effet, pour avoir la qualité de contrôleur, il suffit qu'il ait la qualité de créancier. Aucune autre condition spécifique concernant le montant et la nature de la créance n'est exigée. Toutefois, si le juge-commissaire est tenu de désigner les créanciers qui en font la demande, il n'est pas tenu de répondre favorablement à toutes les demandes même si le nombre ne dépasse pas les cinq contrôleurs requis par la loi. C'est

dire qu'il reste libre de désigner parmi les créanciers demandant ceux qui auront la qualité de contrôleur sans que son refus soit considéré comme un excès de pouvoir. C'est ce qui ressort d'une décision de la Cour de cassation française en sa chambre commerciale du 28 septembre 2015. En effet, à la question de savoir s'il y a un excès de pouvoir à ne pas désigner comme contrôleur un créancier demandant alors que le nombre maximum de cinq contrôleurs ne soit pas atteint, les hauts magistrats de la Cour de cassation répondent par la négative en ces termes : « si le juge-commissaire désigne un à cinq contrôleurs, il n'est pas tenu de désigner tous ceux qui forment une telle demande même s'ils ne sont pas plus de cinq »⁶¹⁶. Cette décision sera suivie par les magistrats de la cour d'appel de ROUEN en date du 13 décembre 2017 qui indique que le fait de refuser la désignation d'un créancier en qualité de contrôleur ne constitue pas en lui-même un excès de pouvoir et, qu'en outre, en matière de procédure collective, l'excès de pouvoir n'est constitué que dans les cas où la juridiction méconnaît les dispositions d'ordre public du livre 5 du code de commerce⁶¹⁷. Par ailleurs, la liberté dans le pouvoir d'appréciation du juge-commissaire peut même l'amener à nommer contrôleur un créancier dont la créance est contestée⁶¹⁸. Ces décisions ne sont pas isolées⁶¹⁹.

393. Une jurisprudence africaine va plus loin en jugeant inopportune la demande de nomination d'un créancier en qualité de contrôleur en cas d'inexécution sans faute du mandat des syndics. Ainsi, malgré l'exigence de désignation des contrôleurs faite par l'article 48 APCAP, le juge-commissaire peut, s'il juge que les syndics exécutent normalement leur mission, décider de rejeter la demande de nomination en qualité de contrôleur d'un créancier. Ainsi, a été déclarée inopportune et encourt rejet, la demande de nomination d'un contrôleur dans les opérations de liquidation alors que lesdites opérations se déroulent normalement dans la transparence du fait de l'accomplissement par les co-syndics de leurs différentes missions sans malversation, ni rétention d'informa-

⁶¹⁶ P. CAGNOLI, « un créancier peut-il faire appel du jugement qui le déboute de sa demande de désignation comme contrôleur ? », *EDED* 2015.10.4.

⁶¹⁷ Cour d'appel de ROUEN, n°17/01579 du 13 décembre 2017.

⁶¹⁸ J. GAUDIN, préc., note 632.

⁶¹⁹ Com. 16 mars 2010, n°09-13.578 ; TGI de Paris, 12 février 2013, n°10/04728, ASL Alliance

tion⁶²⁰. Le juge-commissaire peut ainsi rejeter une demande en qualité de contrôleur tout simplement parce qu'il estime que la procédure est suffisamment transparente et que la nomination d'un contrôleur pourrait ralentir le déroulement de la liquidation⁶²¹. Cette jurisprudence en octroyant des pouvoirs aussi larges au juge-commissaire viole l'article 48 alinéa 1 AUPCAP. En effet, il n'est nulle part stipulé dans le texte de la loi que la nomination des créanciers contrôleurs est conditionnée par une mauvaise gestion du syndic. Les contrôleurs peuvent même constituer un contrepoids important au pouvoir du syndic comme le disent si bien certains auteurs⁶²². Le juge-commissaire est tenu à toute époque de la procédure de redressement ou de liquidation des biens de nommer un à cinq contrôleurs si les créanciers représentant au moins un tiers du total des créances même non vérifiées lui en font la demande. Dès lors que, le juge-commissaire est doté d'un pouvoir d'appréciation aussi large, il pourrait être tenté d'en abuser. Car aucun élément d'appréciation de l'opportunité de désigner ou pas un contrôleur ne lui est imposé par la loi. Même lorsque la nécessité de nommer un contrôleur se fait sentir, il n'est pas sûr que le juge-commissaire en désigne un. Sur ce point, il est maître de sa conscience et de ses convictions.

394. Tout porte à croire que la désignation d'un contrôleur reste à la libre discrétion du juge-commissaire. Pour le professeur Philippe ROUSSEL GALLE, il semble que les demandes de créanciers en vue d'être désignés contrôleurs soient restées rares. Aussi on peut de prime abord regretter que lorsqu'elles sont faites, elles soient rejetées⁶²³. Le rejet de ces demandes fondées sur le pouvoir souverain du juge reste problématique dans la mesure où la volonté du législateur est de permettre que les créanciers contrôleurs constituent un échantillon suffisamment représentatif de l'ensemble des créanciers⁶²⁴.

⁶²⁰TGI Noun (Cameroun), Odr. 19 janvier 2009, Aff. Caisse Nationale de Prévoyance sociale C/ liquidation SEFN

⁶²¹ TGI Noun (Cameroun), Odr. 19 janvier 2009, Aff. Caisse Nationale de Prévoyance sociale C/ liquidation SEFN

⁶²²P.G. POUGOUE et Y. KALIEU, *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, coll. PUA, Yaoundé, 1999.

⁶²³ PH. ROUSSEL-GALLE, « N'est pas contrôleur qui veut ? À propos de trois sociétés d'un même groupe souhaitant à être désigné contrôleur », *RS* 2010.195.

⁶²⁴ J. GAUDIN, préc., note 632.

395. Les législateurs OHADA et français auraient pu supprimer ce pouvoir d'appréciation du juge-commissaire, afin de redonner aux créanciers contrôleurs une véritable place au sein des procédures collectives. À cause de ce pouvoir d'appréciation exorbitant confié au juge-commissaire, les créanciers courent le risque de voir leur demande de nomination en qualité de contrôleur rejetée. C'est la raison pour laquelle il convient de penser à une définition des critères d'appréciation de la nomination des contrôleurs

396. En conférant au juge-commissaire le pouvoir d'apprécier l'opportunité de la nomination du contrôleur sans toutefois prédéfinir les critères d'appréciation de la nomination, le risque d'excès de pouvoir reste très grand. Pour canaliser les potentiels excès de pouvoir du juge-commissaire, il serait judicieux de circonscrire ce pouvoir souverain en y précisant des critères d'appréciation légaux. En vérité, il nous aurait semblé préférable de définir les critères d'appréciation du juge-commissaire lors de la nomination du créancier en qualité de contrôleur et ainsi, dès lors qu'il ne fait l'objet d'aucune incompatibilité et qu'il apparaît que sa nomination ne présente aucun caractère dommageable pour le bon déroulement de la procédure⁶²⁵, le juge-commissaire doit en principe accepter toutes les demandes des créanciers à concurrence du nombre légal surtout en respectant la répartition prévue par la loi. Mais les pouvoirs exorbitants du juge-commissaire peuvent conduire à l'amoindrissement des chances des créanciers chirographaires d'être désignés contrôleurs dans les procédures collectives.

397. L'intérêt d'encadrer les pouvoirs du juge-commissaire dans la nomination du créancier en qualité de contrôleur est capital car la désignation de ce dernier n'est susceptible d'aucune voie de recours. De ce fait, le créancier qui sollicite être contrôleur et qui voit sa demande rejetée n'a aucune voie de recours pour faire réformer l'ordonnance du juge-commissaire. D'une manière générale, il faut dire que les créanciers ne disposent d'aucune voie de recours en cas de rejet de leur demande devant le juge-commissaire. Les décisions relatives à la nomination ou au remplacement du juge-commissaire, à la nomination ou à la révocation des syndics ou à la nomination ou à la révocation des contrôleurs ne

⁶²⁵*Id.*

sont susceptibles ni d'appel, ni d'opposition⁶²⁶. À l'opposé du législateur OHA-DA, le législateur français précise pour sa part que de telles décisions ne sont susceptibles que d'un recours émanant du ministère public et seulement en cas d'excès de pouvoir de ce dernier. Mais tout porte à croire qu'aucun créancier ne peut agir en cas de rejet de sa demande face au juge-commissaire. Ces pleins pouvoirs accordés aux juges-commissaires ne peuvent que contribuer à décourager les créanciers à solliciter leur désignation en qualité de contrôleur. C'est le cas dans l'affaire jugée par la Cour de cassation le 21 février 2012. En l'espèce, le juge-commissaire rejette la requête d'une créancière qui sollicite sa désignation en qualité de contrôleur. Celle-ci forme une opposition devant le tribunal qui la déclare irrecevable au motif qu'en application de l'article L.661-6 alinéa 1, une voie de recours serait réservée au seul ministère public. Elle interjette appel et la cour d'appel de Paris transmet à la Cour de cassation. Les hauts magistrats de la Cour de cassation confirment la décision du tribunal selon laquelle toute ordonnance du juge-commissaire statuant sur la désignation d'un contrôleur ne serait susceptible que d'un appel de la part du ministère public⁶²⁷. En autorisant au seul ministère public de faire appel ou opposition sur la décision de rejet du juge-commissaire rejetant la nomination en qualité de contrôleur d'un créancier, la règle du double degré de juridiction est violée⁶²⁸. Le contrôleur étant nommé par le juge-commissaire, il n'y a pas lieu, s'agissant d'une nomination d'une nature différente, de le priver de la possibilité de faire opposition⁶²⁹. Il est donc de bon droit que le créancier puisse faire recours de la décision du juge-commissaire rejetant sa demande, directement, sans passer par le biais du ministère public.

398. Au final, en examinant les dispositions de l'Acte uniforme et du Code de commerce, le juge-commissaire est pourvu de pouvoirs élargis de désignation du contrôleur. À cause de l'omniprésence du juge-commissaire sur le contrôleur, la mission de ce dernier peut s'avérer illusoire, surtout dans le contexte africain qui est gangrené par le phénomène de corruption. Donc l'implication

⁶²⁶ Article 216 APCAP

⁶²⁷ Cass. com., 21 février 2012, n°11-40100 QPC, Mme Tatiana X c/ Société La Belle Epoque Paris et a.

⁶²⁸ P.-M. LE CORRE, préc., note 44, n° 612.14.

⁶²⁹ I. ROHARD, « Situation générale des créanciers antérieurs », *Gaz. Pal.* 2012.119.

du créancier, surtout chirographaire, est certes salubre à travers l'institution des contrôleurs, mais encore faudrait-il que les pouvoirs exorbitants du juge-commissaire soient encadrés afin de garantir une certaine indépendance pour les créanciers agissant en qualité de contrôleur.

399. Même si, désormais, ces derniers peuvent agir en lieu et place des mandataires judiciaires, encore faut-il qu'il y ait carence de leur part, mais aussi et surtout, ces actions ne sont pas sans risque pour eux, d'où la fragilisation du droit d'action des créanciers chirographaires pendant le déroulement des procédures collectives.

§II : LA FRAGILISATION DU DROIT D'ACTION DES CRÉANCIERS CONTRÔLEURS

400. Le créancier contrôleur n'est plus un simple observateur ou surveillant de la procédure. Il peut aussi agir en justice pour la défense des intérêts des créanciers. Le renforcement de ces missions participe d'une réelle implication des créanciers dans les procédures collectives. Toutefois, la défense des intérêts des créanciers reste le monopole des mandataires judiciaires. De ce fait, l'action des créanciers contrôleurs est conditionnée par la carence de ces derniers (A). Toujours est-il que, agissant à titre gratuit, le contrôleur agit à ses risques et périls (B).

A : une action conditionnée par la carence du mandataire judiciaire

401. L'action n'est efficacement exercée que si la procédure est faite de manière transparente et en cas de carence des mandataires judiciaires. Même si les créanciers n'agissent que de manière restrictive (2), encore faut-il que l'information soit efficacement rationalisée (1).

1 : la rationalisation de l'information

402. Le droit à l'information est capital pour la concrétisation de la mission de contrôleur. L'absence d'informations comme sa circulation abusive peut fragiliser l'entreprise. C'est en accédant à l'information que l'on s'assure de la transparence des opérations posées par les organes de la procédure. Rien n'est plus important que l'information. C'est le fondement solide sur lequel le droit de contrôle doit être construit. En effet, le contrôle est impossible sans un minimum d'information sur la situation de l'entreprise et le déroulement de la procédure. Le créancier chirographaire doit toujours garder un œil avisé sur le

déroulement de la procédure. Désormais, la circulation de l'information vers les créanciers constitue une avancée énorme à leur implication dans le traitement des difficultés de l'entreprise.

403. La meilleure façon de résoudre un problème, c'est de le connaître. Or pour déceler les problèmes encore faut-il disposer d'un système d'information fiable et accessible sur la situation de l'entreprise. L'importance de l'information pour le contrôleur est de ce fait indéniable. Du moins, celui qui est en possession de l'information utile prendra les mesures appropriées pour la défense des intérêts des créanciers qu'il représente. De ce fait, les créanciers contrôleurs peuvent s'informer sur l'état de la procédure, des actes du syndic ainsi que des recettes faites et des versements effectués⁶³⁰. Pareillement, ils ont la possibilité de prendre connaissance de tous les documents transmis à l'administrateur, au représentant des créanciers et au liquidateur. Les contrôleurs bénéficient à ce titre d'un droit d'information sur le déroulement de la procédure. En réalité, les contrôleurs peuvent demander au mandataire judiciaire ou au syndic selon le contexte la communication des documents relatifs à la procédure. Par contre, ces derniers et comme le fait si bien remarquer un auteur, ont la possibilité de sélectionner les documents qu'ils transmettent aux contrôleurs. Ce pouvoir de sélection des documents à transmettre aux créanciers contrôleurs peut être justifié par le secret qui entoure le monde des affaires.

404. Pendant, longtemps, c'est la culture du secret qui prévalait. La crainte de la divulgation de difficultés de l'entreprise a toujours prévalu au sein de l'entreprise surtout celle en crise. Le respect du secret des affaires et du secret professionnel est autant de blocages auxquels peuvent être confrontés les créanciers contrôleurs dans l'exercice de leur mission.

405. L'exigence du respect du secret des affaires qui fait partie du patrimoine vital de l'entreprise dans la mesure où leur appropriation et leur exploitation indues par les tiers peuvent obérer la compétitivité de l'entreprise⁶³¹ tend de nos jours à être étendue. La largesse des informations susceptibles d'être protégées

⁶³⁰ Article 49 AUPCAP

⁶³¹ F. G'SELL et P. DURAND-BARTHEZ, *La protection du secret des affaires états des lieux en droit français et projet européen*, coll. Lextenso éditions, 2015, p. 97.

par le secret des affaires ne conduit qu'à l'opacité⁶³². La transparence financière du débiteur n'est-elle pas la condition du crédit chirographaire ?⁶³³. C'est dire que la confiance du créancier contrôleur devrait justifier la transmission automatique des pièces ou documents demandés par ces derniers. Mais malheureusement, le pouvoir discrétionnaire laisse un large pouvoir au mandataire judiciaire.

406. La concrétisation de la mission des créanciers contrôleurs par l'information aurait été parfaite s'il n'existait pas ce pouvoir. Seulement, le secret est l'une des clés du succès de l'acteur économique⁶³⁴. Alors, la confidentialité de certaines informations est le corollaire de la protection du secret d'affaires qui doit être respecté par les organes de la procédure. Or le secret d'affaires est une notion complexe et englobante. Malgré sa complexité, à ce jour, la notion de secret des affaires est présente dans différents textes de droit positif ainsi que dans la jurisprudence civile et administrative, sans pour autant faire l'objet d'une définition générale⁶³⁵. Toutefois, ce secret des affaires généralisé se trouve en contradiction avec les nécessités actuelles de l'information⁶³⁶. Ainsi, l'absence d'une définition précise du secret des affaires est une limite au droit d'information des créanciers contrôleurs. Malgré cette absence de définition en droit OHADA, il est tout de même salutaire de savoir que le législateur français détermine les critères des informations qui sont protégées au titre du secret des affaires. Ainsi, selon l'article L.151-1 du code de commerce : « *Est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivant : 1- elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacte de ses éléments, généralement connu ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ; 2- elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentiellement, du fait de son caractères secret ; 3- elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de*

⁶³² O. M. LEBATT, préc., note 9.

⁶³³ CH. GAVALDA, « Le secret des affaires », dans *Mélanges offerts à René Savatier*, coll. Dalloz, Paris, France, 1965.

⁶³⁴ P. MARTIN, « Le secret des affaires et la proposition de loi adoptée en première lecture le 23 janvier 2012 », *Gaz. Pal.* 2012.185.19.

⁶³⁵ F. G'SELL et P. DURAND-BARTHEZ, préc., note 659.

⁶³⁶ M. CREMEUX, « Le secret des affaires », dans *L'information en droit privé*, 1978.

mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver son caractère secret ».

407. Malgré la détermination des critères du secret d'affaires, il reste une notion englobante et difficile à définir. Il reste toujours un risque dans la pratique, celui qui consiste pour le chef d'entreprise à ne pas divulguer certaines informations en l'érigeant au rang de secret des affaires. C'est pour cette raison qu'en droit OHADA, il est urgent d'encadrer légalement la notion de secret d'affaire afin d'éviter toute dérive. Cependant, le secret des affaires réduit l'information des créanciers contrôleurs dans la mesure où, plus le champ du secret des affaires est large, plus l'information du créancier se rétrécit.

408. Lorsque l'entreprise est en difficulté, le secret des affaires devrait céder la place à une transparence globale au moins envers les créanciers contrôleurs en droit français et OHADA ; ceci peut s'expliquer par le fait que les difficultés financières graves constatées dans la trésorerie du débiteur ne permettent plus de préserver le secret des affaires. Comme le souligne un auteur : « La faillite fait éclater le secret des affaires »⁶³⁷. Dès lors, les créanciers contrôleurs par l'intermédiaire des organes de la procédure devraient pouvoir demander et obtenir sans limite les informations sur l'ensemble du patrimoine du débiteur. C'est l'intérêt des créanciers qui prime. Mais seulement, tous les créanciers s'accordent à critiquer le manque d'information qui entoure l'entreprise en difficulté⁶³⁸.

409. Il sied de noter que les créanciers contrôleurs sont tenus au secret professionnel, c'est-à-dire que toutes informations dont les créanciers contrôleurs auront eu connaissance dans l'exercice de leur mission sont couvertes par le secret professionnel. En effet, le secret professionnel repose sur la confiance entre les parties. Le secret professionnel est une obligation, pour les personnes qui ont eu connaissance de faits confidentiels dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions, de ne pas les divulguer hors des cas prévus par la loi⁶³⁹. Imposé par la loi, le secret professionnel concerne toute personne détentrice par sa fonction d'informations confidentielles Si cette confiance n'était pas garantie par la loi, beaucoup de chefs d'entreprise auraient du mal à se confier aux pro-

⁶³⁷ CH. GAVALDA, préc., note 661.

⁶³⁸ J. L. VALLENS, « L'information des créanciers », *LPA* 1995.71.16.

⁶³⁹ Cornu G., *vocabulaire juridique*, association Henri Capitant, 1992.

fessionnels en cas de difficultés, même passagères, au sein de leur entreprise. Il est important de noter que, la violation du secret professionnel est érigée en infraction. C'est ainsi que, au terme de l'article 310 du Code pénal camerounais : « *Est puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 20 000 à 100 000 Francs CFA celui qui révèle sans l'autorisation de celui à qui il appartient un fait confidentiel qu'il n'a connu ou qui ne lui a été confié qu'en raison de sa profession ou sa fonction* ». Érigé en infraction, le secret professionnel peut constituer un blocage énorme à la mission de contrôleur. C'est pour cette raison que, en vue d'inciter davantage les créanciers à solliciter leur nomination en qualité de contrôleur, depuis la loi française du 26 juillet 2005, les contrôleurs ne sont plus astreints au secret professionnel, pénalement sanctionné, mais simplement tenu à la confidentialité sanctionnée seulement sur le plan civil. Cet assouplissement de la sanction participe à une meilleure implication des créanciers au poste de contrôleur, mais qui reste à parfaire, car même la sanction civile retenue en droit français, reste lourde pour le créancier chirographaire. Celui-ci, par peur de voir sa responsabilité civile engagée pour une mission gratuite pour laquelle il n'attend pas un bénéfice personnel sera toujours réticent à faire une demande en qualité de contrôleur malgré l'importance de cette mission. C'est pour cette raison que nous militons pour l'abolition de toute sanction à l'égard du créancier contrôleur. Cependant, d'aucuns diront que ce sera déresponsabiliser les contrôleurs. C'est vrai d'un point de vue. Néanmoins, la seule sanction qui pourra être maintenue, ce sera la responsabilité pour faute lourde comme c'est le cas en droit français et OHADA. L'accès à l'information étant le préalable à toute action efficace, il est évident que, même bien informé, les créanciers contrôleurs n'agissent qu'en cas d'inertie du mandataire, ce qui restreint leur champ d'action.

2 : le droit d'action restreint des créanciers contrôleurs

410. La représentation collective des créanciers est assurée par le mandataire judiciaire ou le syndic en droit OHADA. Ce dernier agit au nom et pour la collectivité des créanciers. Ce qui renforce son monopole en tant qu'organe incontournable des procédures collectives. Cependant, ce monopole n'est pas absolu, car la loi du 26 janvier 2005, réitérée par le législateur OHADA, reconnaît au

créancier contrôleur un droit d'action, mais seulement en cas de carence des organes principaux de la procédure.

411. En dehors des missions d'assistance et de surveillance, le contrôleur est doté d'un pouvoir d'action en justice. Mis en place pour éviter l'inaction du mandataire judiciaire ou du syndic, le créancier contrôleur n'agit qu'à titre accessoire, le monopole de l'action en défense de l'intérêt des créanciers revenant au mandataire judiciaire. Il faut dire que, même en cas de carence du mandataire justifiée, l'action n'est accordée qu'à la majorité des créanciers nommés contrôleurs. Cette possibilité donnée au créancier contrôleur de pouvoir seconder le syndic ou le mandataire judiciaire en cas de carence renforce l'importance de la nomination du créancier chirographaire en qualité de contrôleur. C'est en ce sens que la Cour de cassation dans une espèce rend un avis selon lequel les créanciers nommés contrôleurs en cas de carence du mandataire judiciaire, ont qualité pour agir en extension d'une procédure collective⁶⁴⁰. En l'espèce, la demande d'avis était formulée par le tribunal de commerce de Paris, dans l'instance opposant un créancier contrôleur et un mandataire judiciaire agissant en qualité de liquidateur. La question posée était de savoir si « l'article L.622-20 du Code de commerce qui autorise un contrôleur à suppléer la carence du mandataire judiciaire agissant est applicable dans le cadre d'une action en extension d'une procédure collective alors que cette action ne sert pas nécessairement l'intérêt collectif des créanciers et n'a pas pour effet de recouvrer des sommes d'argent et de les faire rentrer dans le patrimoine du débiteur". Les hauts magistrats de la Cour de cassation répondent par l'affirmative. Bien que discutée par certains auteurs⁶⁴¹, la décision de la Cour de cassation va dans le sens d'un élargissement des pouvoirs du contrôleur au sein de la procédure collective, ce qui va dans le sens de la protection des intérêts des créanciers chirographaires. En leur confiant subsidiairement les missions du mandataire judiciaire, ils deviennent un véritable organe de la procédure par le renforcement de leur droit d'action. Il ressort de ce qui précède que les créanciers contrôleurs

⁶⁴⁰ Cass. 3 juin 2013, n°15010P, SAS France Immobilier Group

⁶⁴¹ I. PARACHKEVOVA, « Restructuration des sociétés en difficulté : le créancier nommé contrôleur peut agir en extension d'une procédure collective », *BJS* 2013.9.579; F. REILLE, « Ouverture de l'action en extension au contrôleur, pour la défense de l'intérêt collectif des créanciers », *Gaz. Pal.* 2013.272 à 274.

deviennent de plus en plus de véritables défenseurs des droits créanciers. Il faut noter que, même si le droit d'action en cas de carence du mandataire est aujourd'hui reconnu au créancier nommé contrôleur, il n'en demeure pas moins que son droit d'action reste marginal.

412. Premièrement, certaines actions ne sont engagées que si elles sont formées par deux créanciers au moins⁶⁴², la loi excluant la possibilité pour un créancier d'intenter l'action même s'il s'agit du seul créancier contrôleur désigné par le juge-commissaire. C'est ce qui ressort d'une décision de la cour d'appel de Poitiers déclarant irrecevable l'action d'un contrôleur pour insuffisance d'actif au motif que, les dispositions de l'article L.651-3 du code de commerce sont assez claires et précises, ne prévoient pas de distinction selon qu'il y ait un ou plusieurs créanciers⁶⁴³ ou un ou plusieurs contrôleurs désignés, il n'y a pas lieu de distinguer où la loi ne distingue pas. Cette solution bien que justifiée par le souci d'éviter qu'un seul créancier ne puisse agir seul en poursuivant un but qui ne relèverait pas d'un intérêt collectif, mais d'un intérêt individuel, pêche sur un point. En effet, du moment où il n'existe qu'un seul créancier et que ce dernier est désigné en qualité de contrôleur, forcément, l'intérêt collectif est confondu à l'intérêt individuel de ce dernier. Et, en principe, l'irrecevabilité de son action en insuffisance d'actif n'est pas justifiée. Par contre, si bien qu'ayant plusieurs créanciers, un seul a été nommé en qualité de contrôleur, l'action en insuffisance ne devrait être bloquée que dès lors que le créancier poursuit un intérêt propre distinct de ceux de la collectivité des créanciers. À notre sens, il serait plus judicieux, au lieu de bloquer l'action en insuffisance d'actif du seul fait que le créancier est seul à agir, d'exiger du créancier unique de prouver que son action va dans l'intérêt collectif des créanciers.

413. Si l'on se réfère à la répartition exigée par le législateur, c'est-à-dire cinq créanciers contrôleurs représentant chaque catégorie de créanciers, il faut ajouter qu'il existe des contrôleurs de droit, notamment l'AGS, et dans les cas particuliers où le débiteur exerce une profession libérale, l'ordre professionnel est

⁶⁴²Tel est le cas pour l'exercice de l'action en responsabilité pour insuffisance du passif (article L.651-3 du code de commerce) ou pour la constitution de partie civile (article L.654.17 du Code de commerce)

⁶⁴³ C. A. Poitiers, 11 avril 2017, n°15/04603

de droit nommé contrôleur. Au final sur les cinq contrôleurs, si un est représentant des salariés et un représentant d'un ordre professionnel, il ne nous reste plus que trois créanciers contrôleurs à nommer. Ce qui revient à dire que sur les trois restants, il faut un représentant de chaque catégorie chirographaire ou privilégié. Il en résulte que ni l'autorité professionnelle⁶⁴⁴ contrôleur, ni l'AGS n'auront seuls de pouvoir en cas de carence du mandataire. Mais aussi, concernant le cas particulier des créanciers chirographaires, pour qu'ils puissent défendre efficacement l'intérêt des créanciers qu'ils représentent, encore faut-il que le juge-commissaire nomme deux créanciers chirographaires en qualité de contrôleurs, chose qui n'est pas impossible mais difficile dans la pratique. Ceci revient à dire qu'il serait difficile pour les créanciers chirographaires d'intenter de telles actions, ce qui, à notre sens, peut justifier les montages des créanciers tendant à se faire nommer contrôleur. Les faits d'une espèce sont révélateurs de tels montages. Dans le cas d'espèce, trois sociétés c'est-à-dire une société et ses deux filiales demandent à être nommées contrôleurs. Leur demande ayant été rejetée par les juges du fond, les trois sociétés forment un pourvoi en cassation qui est lui aussi rejeté⁶⁴⁵. Ce qui est curieux, comme le fait si bien remarquer un auteur⁶⁴⁶ est que trois sociétés d'un même groupe puissent demander à être nommées chacune en qualité de contrôleur en déclarant une créance unique à la procédure. Nous pensons que si ces sociétés avaient été désignées en qualité de contrôleur, elles auraient obtenu le quota requis pour intenter l'action en insuffisance d'actif. Afin de faciliter le droit d'action des créanciers contrôleurs, le législateur OHADA va plus loin, excluant les créanciers de salaire ou de l'ordre professionnel des cinq contrôleurs qu'exige la loi. Il ressort de la lecture de l'article 48 de l'AUPCAP que, en plus des cinq contrôleurs non-salariés, le juge-commissaire peut nommer un contrôleur représentant les salariés s'il y a besoin⁶⁴⁷ ou l'ordre professionnel. On observe donc que, en

⁶⁴⁴ I. RIVIERE-PAVARD, préc., note 627.

⁶⁴⁵ Com. 16 mars 2010, n°09- 13578

⁶⁴⁶ PH. ROUSELL-GALLE, préc., note 651.

⁶⁴⁷ Article 48 alinéa 2 AUPCAP : « lorsque le nombre de salariés est supérieur à dix au cours des six mois précédent la saisine de la juridiction compétente, le syndic invite le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel, à désigner un salarié en qualité de contrôleur... en l'absence du comité d'entreprise et du délégué, le syndic invite les salariés à élire parmi eux un contrôleur salarié.

droit OHADA, le juge-commissaire peut désigner jusqu'à 7 contrôleurs. Dans ce cas, dans les cinq contrôleurs non-salariés, on doit retrouver toutes les catégories de créanciers y compris les chirographaires. De ce fait, hormis les pouvoirs du juge-commissaire dans l'appréciation des demandes, les chances pour que deux créanciers chirographaires, voire plus, soient désignés en qualité de contrôleur sont assez grandes, ce qui, à notre sens, pourra faciliter l'obtention du quota requis pour intenter une action en insuffisance d'actif par les créanciers chirographaires.

414. Deuxièmement, les actions pouvant être mises en œuvre par le créancier contrôleur sont limitativement définies. Il s'agit des actions en insuffisance d'actif ou en obligation aux dettes sociales et des sanctions pénales visant notamment à la condamnation en faillite personnelle du dirigeant de droit ou de fait. L'action n'étant que subsidiaire, encore faut-il pouvoir prouver l'inaction du mandataire judiciaire qui détient toujours le monopole de l'exercice de telles actions. Mais même si les créanciers chirographaires peuvent intenter de telles actions, ont-ils toujours intérêt à le faire ? En effet pas d'intérêt pas d'action. Donc, les créanciers chirographaires ont intérêt à agir que lorsqu'il y va de leurs intérêts. Contrairement au droit français, les fruits de l'action en insuffisance d'actif, par exemple, retombent dans le patrimoine du débiteur et sont répartis entre les créanciers selon l'ordre des paiements. Il faut noter que dans cet ordre, les créanciers chirographaires sont classés derniers rangs, ce qui n'est pas un rang favorable pour eux. Intenter une telle action en droit de l'OHADA est un grand risque pour le créancier chirographaire parce qu'il y a de fortes chances que ses efforts ne soient pas récompensés, mais plutôt que l'action se solde par une augmentation de sa créance due aux frais engagés pour l'exercice de l'action. Cependant, conscient de l'effort fourni par ces créanciers contrôleurs dans leur mission, le législateur français prône plutôt la répartition au marc le franc des produits de l'action en insuffisance d'actif. De ce fait, le créancier contrôleur chirographaire qui intente une telle action en insuffisance d'actif aura de fortes chances de recouvrer une part même minime de sa créance. Toujours est-il qu'aucune action en justice n'étant gratuite, le contrôleur qui décide d'intenter une action le fait à ses risques et périls.

B : un contrôleur agissant à ses risques et périls

415. Au fil des années, les pouvoirs des créanciers contrôleurs se sont renforcés : non seulement ils sont mieux informés et le plus souvent consultés lors des décisions importantes, mais aussi, ils peuvent agir en cas de carence du représentant des créanciers. Il sied de noter que le créancier chirographaire nommé contrôleur accomplit sa mission gratuitement. Par ailleurs, toute action en justice entraîne forcément des frais et dépens supportés par la partie qui succombe au procès. Concrètement, la partie qui perd le procès est tenue de payer les frais engendrés par le procès. Il s'agit du droit de timbre et d'enregistrement, du droit de plaidoirie, des frais dus aux officiers ministériels, de la taxe de témoins, des frais et vacations des experts⁶⁴⁸.

416. Autant en droit OHADA que français, le remboursement des contrôleurs qui, dans l'intérêt collectif des créanciers et en cas de carence des mandataires judiciaires, ont engagé des frais de conseil ou de procédure, bénéficie durant la procédure des privilèges, c'est-à-dire qu'ils seront remboursés de ces frais sur les sommes obtenues⁶⁴⁹. En réalité, lorsqu'on intente un procès, rien ne nous garantit qu'on aura gain de cause. En cas de perte du procès, rien n'est spécifiquement prévu pour les créanciers chirographaires contrôleurs ou les créanciers contrôleurs en général. Donc, forcément, ils supporteront les frais et dépens de la procédure. Ainsi le créancier chirographaire peut se voir condamné à ces dépens alors qu'il est censé agir dans l'intérêt collectif des créanciers. De ce fait, il est tenu de rembourser tous les dépens. C'est ce qui ressort de la jurisprudence majoritaire dont la dernière en date est celle de la cour d'appel de Rouen du 13 décembre 2017⁶⁵⁰. En l'espèce, un créancier chirographaire fait appel pour excès de pouvoir contre son refus de désignation en qualité de contrôleur. Pour les hauts magistrats, le fait de refuser la désignation en qualité de contrôleur d'un créancier qui en fait la demande ne constitue pas un excès de pouvoir et de ce fait, le créancier supportera la charge des dépens de la procédure. Cette jurisprudence n'est pas isolée. Il résulte que le risque de supporter les dépens peut contribuer au découragement des créanciers, surtout chirographaires, à in-

⁶⁴⁸ Même si dans certains cas le juge peut décider autrement, il est de principe que, celui qui perd le procès supporte les frais et dépens de la procédure.

⁶⁴⁹ Article 72 AUPACAP

⁶⁵⁰ CA Room 12-13- 17 :015 du 13 décembre 2017

tenter de telles actions. Déjà qu'il n'est pas sûr de recouvrer sa créance, est-ce le moment d'augmenter son passif ? À notre sens ce n'est pas le moment. En effet, les créanciers contrôleurs courent d'énormes risques financiers en intentant des actions en justice dans l'intérêt des autres créanciers. Tout porte à croire que, cela ne participe pas à l'attractivité du poste de contrôleur.

417. Toutefois, les législateurs OHADA et français restent muets quant aux frais et dépens pouvant être supportés par les créanciers contrôleurs en cas de perte du procès. Pour un auteur⁶⁵¹, il serait cohérent de penser que tous les frais de justice engagés par les contrôleurs dans leur nouvelle mission doivent être pris en charge par la procédure. Nous partageons totalement, ce point de vue pour une meilleure implication des créanciers en général et surtout des créanciers chirographaires dans les procédures collectives. Ceci révèle la lourdeur des conséquences « du droit d'intervention du contrôleur pour des créanciers qui, agissant dans l'intérêt collectif des créanciers ne tirent pas un bénéfice personnel, que ce que leur procure l'accès privilégié à l'information »⁶⁵². De ce fait, si on veut les inciter au mieux à la défense de l'intérêt collectif, il faudrait bien qu'il ne soit pas appelé à s'appauvrir pour l'intérêt collectif des créanciers qu'il représente.

⁶⁵¹ I. RIVIERE-PAVARD, préc., note 627.

⁶⁵² F. X. LUCAS, « Conflit d'intérêt et désignation d'un contrôleur », *EDED* 2015.1.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

418. Les développements précédents ont permis de constater que les créanciers chirographaires s'impliquent dans les procédures collectives. Afin que de telles implications soient plus efficaces, l'on a proposé la création d'une entité représentative des créanciers chirographaires calquée sur le modèle américain. Bien plus, la mission de contrôleur étant une mission lourde de conséquences, il nous a paru opportun d'inciter davantage les créanciers à solliciter l'exercice d'une telle mission, car le contrôle permanent de l'entreprise en difficulté permet au créancier chirographaire d'être en constant éveil et d'agir en cas de besoin. Pour cela, l'on a constaté que la désignation des contrôleurs était le prix de la course. L'instauration d'un quota de place réservé uniquement aux créanciers chirographaires permettra au retardataire de se rattraper en cas de besoin. Par le biais de cette place réservée, les créanciers chirographaires se sentiront davantage interpellés.

419. Ceci étant, on note une fois de plus la nécessité d'encourager leur désignation en qualité de contrôleur, car, un contrôle permanent de l'entreprise permet aux créanciers chirographaires d'être en constant éveil sur l'objet de leur gage et d'agir en conséquence pour sa préservation. Pour cela, la mission du contrôleur étant gratuite, il est permis d'espérer que, les frais et dépens de l'action exercée ne soient plus supportés par le créancier en cas de perte du procès, mais plutôt comptabilisés comme frais de procédure, ce qui, à notre sens, favorisera l'attractivité du poste de contrôleur très souvent redouté par les créanciers. Malgré l'existence du pouvoir de contrôle des créanciers chirographaires, il reste que le socle de leur paiement repose sur l'actif du débiteur. Mais, on constate que l'ouverture d'une procédure collective gèle le gage des créanciers chirographaires.

CHAPITRE II : L'ALTÉRATION DU RECOUVREMENT DES CRÉANCES CHIROGRAPHAIRES

420. L'ensemble des biens du débiteur a toujours été important pour le recouvrement des créances chirographaires. En effet, l'ouverture d'une procédure collective exige sa préservation dans la mesure où tous les créanciers antérieurs sont soumis à une discipline collective, notamment l'interdiction des paiements et l'interdiction des poursuites individuelles des créanciers sur le patrimoine du débiteur. Or, on constate que, non seulement le paiement direct de certaines créances reste valable malgré l'ouverture d'une procédure collective, mais aussi et surtout que cette ouverture n'empêche ni les revendications ni les restitutions de biens compris dans le patrimoine du débiteur. À la limite, certains biens peuvent quitter le patrimoine du débiteur, retardant ou empêchant ainsi son redressement. Or, pour redresser l'entreprise, au lieu de la priver d'une partie de ses biens, il faut plutôt renflouer sa trésorerie déjà fortement entamée.

421. Encourager donc les créanciers à refaire confiance malgré la crise est la solution adoptée tant en droit de l'OHADA que français des entreprises en difficulté. Pour cela, il faut nécessairement, privilégier les créanciers qui, de gré ou de force, poursuivent leurs concours au profit de l'entreprise en redressement judiciaire⁶⁵³.

422. De ce fait, l'ouverture d'une procédure collective ne gèle pas totalement les actifs de l'entreprise (Section I). En outre, la protection de cette dernière prime toujours sur la protection des créanciers chirographaires. (Section II).

⁶⁵³ P. DARROUSEZ, « Le financement de la période d'observation : l'article 40 et les difficultés de sa mise en œuvre », *Rev. pro. coll.* 1990.329.

SECTION I : LA SOUSTRACTION D'UNE PARTIE DE L'ACTIF DU DÉBITEUR AU DÉTRIMENT DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES

423. Dès l'ouverture des procédures collectives, non seulement les poursuites sont interdites ou suspendues, mais aussi le débiteur est tenu de ne pas payer ses dettes. Ce principe de l'interdiction des paiements contribue à la préservation du gage commun des créanciers. Tous les créanciers qu'ils soient chirographaires ou munis de privilèges sont traités de manière égale, car le paiement des créances n'est plus le prix de la course⁶⁵⁴. Le débiteur a ainsi obligation dès l'ouverture des procédures collectives de ne pas payer les créances, quelle que soit leur origine.

424. Dans l'optique de préserver le gage commun de tous les créanciers, la possibilité de grever le patrimoine du débiteur par des prélèvements dus au paiement des créances dès l'ouverture des procédures collective est prohibée. C'est ce qui ressort des dispositions de l'article L.622-7 du Code de commerce : « *Le jugement ouvrant la procédure emporte de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture à l'exception du paiement des dettes connexes. Il emporte également, de plein droit interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture* ». L'institution de cette disposition atteste de l'intérêt non seulement du traitement collectif et égalitaire des créanciers dès l'ouverture des procédures collectives, mais aussi et surtout de la préservation de ce qui reste de l'actif du débiteur. En le préservant, le créancier chirographaire a quelque chance de se faire payer. Or, à la lecture du nouvel article 75 de l'AUPCAP, cette interdiction de paiement n'est plus explicitement mentionnée comme ce fut le cas de l'ancien article 75 AUPCAP. Cela peut-il signifier que le législateur africain est désormais favorable au paiement des créances pendant la procédure collective ? À notre avis, le redressement de l'entreprise et le traitement égalitaire étant toujours les leitmotives des procédures collectives OHADA et, à la lecture des dispositions de l'article 52 AUPCAP qui exige dès l'ouverture d'une procédure collective assis-

⁶⁵⁴M. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie du gage commun des créanciers*, coll. Litec, 2002, n° 418.

tance ou dessaisissement du débiteur sous peine d'inopposabilité de ses actes, le paiement d'une créance ne peut être effectué par le débiteur sans l'accord du syndic, ce qui redonne au principe de l'interdiction toute son importance en droit africain. Toutefois, afin de lever toute ambiguïté et de limiter tout paiement qui porterait directement atteinte au gage commun des créanciers chirographaires, il est légitime pour le législateur africain de réintroduire de manière claire ce principe d'interdiction des paiements dans l'Acte uniforme OHADA relatif aux procédures collectives d'apurement du passif.

425. L'objectif de l'interdiction étant d'éviter toute discrimination entre les créanciers⁶⁵⁵, la règle favorise aussi la préservation du gage commun des créanciers chirographaires. C'est sans doute parce qu'elle facilite le sauvetage de l'entreprise que cette règle a été étendue aux créances postérieures lorsqu'elles ne sont pas privilégiées en droit français. Cette extension renforce l'idée selon laquelle la préservation du patrimoine de l'entreprise est importante pour le paiement des créances.

426. Cependant, le principe de l'interdiction des poursuites individuelles n'empêche pas le paiement par compensation de dette connexe, le paiement des créances alimentaires⁶⁵⁶, le paiement du vendeur avec clause de réserve de propriété ou le paiement du créancier rétenteur, même si la chose revendiquée est nécessaire pour la continuité de l'activité du débiteur. L'autorisation de tels paiements porte atteinte au principe d'égalité des créanciers propre au traitement collectif dans les procédures collectives. En autorisant de tels paiements, le gage commun des créanciers se trouve amputé d'une partie de sa substance, preuve que le gage des créanciers chirographaires, déjà affaibli par les difficultés, n'est pas à l'abri des prélèvements malgré le principe d'interdiction des paiements qui a pour but de le préserver. De ce fait, la soustraction d'une partie de l'actif au détriment des créanciers chirographaires se manifeste par la multiplication des paiements individuels (§I) et le vidage de sa substance par la reprise de certains biens du patrimoine du débiteur (§II).

⁶⁵⁵ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficultés*, 9^e éd., LGDJ, 2015, n^o 695.

⁶⁵⁶ P. M. LE CORRE, « La règle de l'interdiction des paiements au lendemain de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Gaz. Pal.* 2009.69.25.

§I : LA MULTIPLICATION DES PAIEMENTS INDIVIDUELS DANS LES PROCÉDURES COLLECTIVES

427. Dans les procédures collectives, les créanciers doivent en principe être payés dans le cadre d'une distribution collective. Mais la divergence des rapports que peut entretenir le débiteur avec ses créanciers crée une différence de traitement justifiant le paiement direct de certaines créances malgré l'ouverture de la procédure collective. Ainsi, selon que le créancier bénéficie d'un régime de faveur (A) ou selon qu'il existe un rapport de connexité entre sa dette et celle du débiteur (B), ces derniers doivent bénéficier d'un paiement individuel alors que la collectivité des créanciers n'est pas payée.

A : le paiement des dettes bénéficiant d'un régime de faveur

428. Il est important de distinguer le paiement des dettes de nature alimentaire (1) des dettes à caractère alimentaire (2).

1 : le paiement des dettes de nature alimentaire fondé sur une obligation alimentaire

429. La famille est la cellule de base de la société⁶⁵⁷. De ce fait, les relations qu'entretiennent les membres d'une famille peuvent créer entre eux des rapports d'obligation. Les créances qui découlent du rapport familial sont qualifiées de créance alimentaire car nécessaires à la subsistance du créancier d'aliment. Introduites par l'ordonnance du 18 décembre 2008, les créances alimentaires, qu'elles soient antérieures ou postérieures, bénéficient d'un régime spécifique dès l'ouverture des procédures collectives. Contrairement aux autres créances soumises au principe de l'interdiction des paiements, les créanciers alimentaires ne sont pas soumis à l'obligation de déclaration⁶⁵⁸ de leur créance encore moins à l'interdiction de paiement.

430. Il s'agit des créanciers qui se trouvent peu ou prou dans le besoin et non ceux qui fournissent des denrées⁶⁵⁹. En effet, les règles de la discipline collective ne s'appliquent pas à eux. Ils peuvent demander et obtenir le versement de leur créance malgré l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de leur

⁶⁵⁷ H. HAMADI, « Doit-ont payer ses dettes alimentaires ? », *LPA* 2006.63.44.

⁶⁵⁸ A. FLASAQUER, « Le nouveau statut des créances alimentaires dans les procédures collectives », *LPA* 2004.135.15.

⁶⁵⁹ P. CAGNOLI, « L'obligation alimentaire est-elle une dette spécifique au regard du droit des procédures collectives d'entreprise ? », *LPA* 2010.125.37.

débiteur. La nature alimentaire de ces créances justifie en effet le régime de faveur qui leur est accordé. De ce fait, la procédure collective n'a aucune emprise sur les créances alimentaires qui demeurent étrangères à la classification traditionnelle de la matière⁶⁶⁰.

431. D'origine jurisprudentielle⁶⁶¹, la créance alimentaire qui est une dette personnelle du débiteur soumis à une procédure collective, doit être payée sur les revenus qu'il conserve à sa disposition, ou bien être recouvrée par la voie de la procédure de paiement direct de recouvrement public des pensions alimentaires⁶⁶². Autrement dit, les créances alimentaires sont prélevées sur les revenus à la disposition du débiteur. Cependant, en redressement judiciaire comme en liquidation des biens, le débiteur est soit assisté dans sa gestion soit complètement dessaisi. N'étant plus le seul maître à bord de la gestion de son entreprise, le débiteur est tenu de continuer à assumer ses charges alimentaires. Puisqu'il ne conserve plus sa rémunération comme c'est le cas dans le cadre de la procédure de sauvegarde ou de prévention, c'est au juge-commissaire de fixer la rémunération afférente aux fonctions exercées par le débiteur s'il est une personne physique ou pour les dirigeants de la personne morale. Cependant, en l'absence de rémunération, les personnes mentionnées plus haut peuvent obtenir sur l'actif, pour eux et leur famille, des subsides fixés par le juge-commissaire. Lorsque le débiteur est un entrepreneur individuel à responsabilité limitée, le juge-commissaire tient compte des revenus éventuellement perçus au titre des patrimoines visés par la procédure⁶⁶³. Il ressort de cette disposition que c'est grâce aux subsides prélevés sur l'actif social que sont payées les créances alimentaires. Une partie de l'actif est donc prélevée pour les besoins du débiteur au profit de ses créanciers d'aliments et au détriment des créanciers soumis à la procédure collective⁶⁶⁴. Il résulte que c'est une partie de l'actif social déjà amoindri par les difficultés dont est victime le débiteur qui sert de paiement aux créanciers d'aliments.

⁶⁶⁰ D. BOUSTATNI, « La nature alimentaire des créances salariales refusée par la cour de cassation », *Gaz. Pal.* 2016.36.53.

⁶⁶¹ Cass. Com. 8 octobre 2003 n°99-21682 ; Cass. Com. du 8 octobre 2003 n°00-14760.

⁶⁶² J. MASSIP, « Le sort des créances à caractère alimentaire lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure collective », *LPA* 2004.88.16.

⁶⁶³ Article 631-11 du Code de commerce

⁶⁶⁴ P. CAGNOLI, préc., note 690.

432. Mais une question demeure, celle de savoir quelle est l'étendue de la dette alimentaire supportable par le débiteur en difficulté ? La question est essentielle car l'étendue des prélèvements destinés au paiement des dettes alimentaires a des incidences considérables sur l'actif social, seul gage des créanciers chirographaires. C'est dire que plus les dettes alimentaires seront importantes, moins l'actif du débiteur sera capable de désintéresser tous ses créanciers en particulier les chirographaires.

433. Il sied de noter que la dette alimentaire est une notion extrêmement large et englobante. Il n'existe pas de liste exhaustive de dettes qualifiées d'alimentaire. Si l'on s'en tient à une définition simple, il s'agit de toutes les dettes évaluables en argent, qui naissent au sein des rapports familiaux ou entre les membres de la famille et des tiers⁶⁶⁵. Fondée sur l'idée de solidarité familiale, elle a pour but de conférer à son bénéficiaire un minimum vital, c'est-à-dire des aliments nécessaires à sa subsistance. De ce fait, son caractère humanitaire n'est plus à démontrer. Il dépasse le cadre du sauvetage de l'unité économique pour se situer à un niveau beaucoup plus élevé, celui des droits de l'homme, ce qui confère au débiteur d'aliment un devoir de payer, même dans le cadre des procédures collectives. En revanche, entre les dettes alimentaires proprement dites, notamment l'obligation alimentaire entre ascendants et descendants, celle existant entre alliés en ligne directe, l'obligation parentale d'entretien, le devoir de secours entre époux, sans ignorer les subsides, les contributions aux charges du ménage et les prestations compensatoires sous forme de rente, le débiteur d'aliment se retrouve face à une multitude de créances, toutes bénéficiant d'un régime de faveur. Même si, dans le contexte de l'OHADA, le législateur ne traite pas spécifiquement de la dette alimentaire dans le cadre de procédure collective, il n'en demeure pas moins que, aux termes de l'article 213 AUPSRVE⁶⁶⁶: *« pour le dernier arrérage échu et les arrérages à échoir, les créanciers d'aliments peuvent, en vertu d'un titre exécutoire, pratiquer une saisie simplifiée sur la partie saisissable des salaires, rémunérations, traitements et pensions payés au débiteur d'aliments sur les fonds publics »* et l'alinéa 2 du même article de renchérir : *« leur créance est préférée*

⁶⁶⁵ H. HAMADI, préc., note 688.

⁶⁶⁶ Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution

à toutes autres quel que soit le privilège dont ces dernières peuvent être assorties ». Il en résulte le caractère préférentiel des créances alimentaires bénéficiant d'un paiement direct. Les créanciers d'aliments bénéficient donc d'une cause de préférence liée au caractère alimentaire de leur créance. Même si le législateur OHADA ne fait plus mention de ces types de créance dans le cadre des procédures collectives, il est important de dire que leur cause de préférence ne s'éteint pas avec l'ouverture d'une procédure collective. Car à la lecture de l'article 180 AUS⁶⁶⁷ : « *les fournitures de subsistance faites au débiteur pendant la dernière année ayant précédé la décision d'ouverture d'une procédure collective sont privilégiées sans publicité* ». Cette disposition confirme le caractère privilégié de la créance d'aliment dès l'ouverture d'une procédure collective. La seule différence notable avec le droit français est que, contrairement à ce dernier, le droit OHADA ne privilégie que les créances alimentaires nées antérieurement à la décision d'ouverture de la procédure collective.

434. Malgré quelques différences notables entre le droit OHADA et français, le caractère englobant de la notion de dette alimentaire peut avoir une incidence très négative sur l'actif social dû au régime de faveur réservé à de telles créances. En effet, dans le contexte africain, il faut noter l'existence des foyers polygamiques. C'est dire qu'un homme peut se retrouver à la tête d'une famille de plusieurs femmes avec à son actif une multitude d'enfants. Dans ce contexte, l'obligation aux dettes alimentaires d'un chef d'entreprise polygame peut s'avérer très importante. À notre sens, il serait difficile de restreindre l'étendue de la dette alimentaire car elle dépasse parfois la simple couverture des besoins alimentaires⁶⁶⁸. Dans le cadre des procédures collectives, ne faut-il pas rattacher la dette alimentaire aux besoins alimentaires, voire à une nécessité vitale pour le créancier d'aliment ? Encore faudrait-il définir et circonscrire ce qu'on entend par besoins alimentaires, ce qui n'est pas une tâche facile. Il résulte que la dette alimentaire est une notion englobante, tellement englobante que son étendue est de nature à empiéter sur le désintéressement des créanciers chirographaires à cause de l'importance de ces prélèvements sur l'actif social. Cette faveur accordée aux créanciers d'aliments explique aussi la faveur accordée au créancier de salaire dans le cadre de l'ouverture d'une procédure collective.

⁶⁶⁷ Acte uniforme portant organisation des sûretés

⁶⁶⁸ H. HAMADI, préc., note 688.

2 : le paiement des dettes à caractère alimentaire : les dettes de salaires

435. Selon le vocabulaire juridique de Gérard CORNU, le salaire est la rémunération perçue par les travailleurs en échange de la prestation de travail. Les créances de salaire bénéficient d'un régime particulier dès l'ouverture des procédures collectives. Ainsi, par exception à la règle de l'interdiction des paiements, les créanciers de salaire bénéficient dans le cadre d'une procédure collective ouverte à l'encontre de leur employeur du super privilège. Elles doivent alors être payées immédiatement, c'est-à-dire que les sommes dues par l'employeur en exécution du contrat de travail antérieurement au jugement ouvrant la procédure collective, même après l'adoption du plan de redressement, bénéficient du privilège de salaire. Il en résulte que, au plus tard dans les dix jours qui suivent la décision d'ouverture et sur simple décision du juge-commissaire, le syndic paie toutes les créances superprivilégiées des travailleurs, sous déduction des acomptes déjà perçus. Au cas où il n'aurait pas les fonds nécessaires ou en cas d'insuffisance de fonds, ces créances doivent être acquittées sur les premières rentrées de fonds avant toute autre créance. Cependant, le syndic ou toute autre personne ou organisme prenant en charge tout ou partie des salaires en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, si un tel organisme existe, est subrogé dans les droits des travailleurs et doit être remboursé dès la rentrée des fonds nécessaire sans qu'aucune autre créance puisse y faire obstacle⁶⁶⁹. Si au moment de l'entrée en fonction des organes de la procédure, notamment le syndic ou le juge-commissaire selon le contexte, ils constatent des salaires impayés, ils doivent payer ces créances sur les fonds disponibles ou sur les premières rentrées de fonds. En France, l'AGS intervient très souvent lorsqu'il n'y a pas de trésorerie disponible pour prendre le relais du chef d'entreprise pour payer les salariés de ce dernier en cas de procédure collective. Lorsqu'elle intervient, elle est automatiquement subrogée dans les droits de ces derniers. Pour cela, elle devra être remboursée selon les mêmes modalités. Cependant, pour le remboursement de cette créance, l'AGS est considérée comme un créancier antérieur et ne devrait pas bénéficier du privilège de remboursement des créances postérieures⁶⁷⁰.

⁶⁶⁹ Article 95 AUPCAP et article L.625-8 du code de commerce

⁶⁷⁰ P-M LE CORRE, « Le remboursement des avances de l'AGS : des créances fictivement antérieures », *EDED* 2014.2.2; P-M LE CORRE, « Le traitement en

436. Il faut comprendre que ce paiement est destiné à la préservation du caractère alimentaire des salaires et la quotité incessible et insaisissable auquel elle correspond. Même si le caractère alimentaire de la créance salariale est discuté au sein de la doctrine et de la jurisprudence⁶⁷¹, il n'en demeure pas moins vrai que le paiement se fait par prélèvement sur l'actif disponible au sein de l'entreprise ou alors sur les premières rentrées de fonds. Ces prélèvements peuvent ainsi être préjudiciables au sauvetage de l'entreprise et, par la même occasion, au désintéressement des créanciers chirographaires.

437. Que ce soit le paiement direct des créanciers de salaires ou au travers d'un organisme tel que l'AGS en France, le paiement des créanciers de salaire est prélevé dans l'actif social servant de gage au créancier chirographaire. En outre, certains paiements, sans empiéter sur l'actif social, empêchent son enrichissement. C'est le cas du paiement par compensation des dettes connexes.

B : les paiements par compensation de dettes connexes

438. D'origine jurisprudentielle⁶⁷² et insérée à l'article L. 622-7 du code de commerce, la compensation conférée par ce texte est efficace même en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur. L'article ci-dessus dispose en effet que : « *le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des paiements par compensation de dette connexe* ». De même l'article 68 alinéa 4 AUPCAP : « *est inopposable de droit à la masse des créanciers, s'il est fait pendant la période suspecte : tout paiement de dettes échues fait autrement que par compensation légale, conventionnelle ou judiciaire* ». Ces articles offrent au créancier du débiteur une exception à l'interdiction des paiements. En réalité, la compensation est une opération s'analysant en un double paiement abrégé de deux créances réciproques à concurrence de la plus faible⁶⁷³. Pour être admise, il faut que la créance soit

créance antérieure des avances de l'AGS sans subrogation de l'organisme », *BJED* 2014.5.303.

⁶⁷¹ B. AMIZER et L. FIN-LANGER, « Le particularisme des créances salariales », *BJED* 2017.1.51.

⁶⁷² Cass. Com., 19 mars 1991, Rev. Proc. Coll. 1991-2, p.211, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN; JCP E 1991, II, 174, obs. D. LEGEAIS.

⁶⁷³ P. HENNION, « La compensation des dettes connexes dans les procédures collectives », *LPA* 1996.145.9.

certaine en son principe⁶⁷⁴ ou du moins vraisemblable⁶⁷⁵, réciproque⁶⁷⁶ et surtout connexe. L'exigence de connexité au contour flou⁶⁷⁷ peut être d'origine naturelle ou conventionnelle. C'est dire que les parties à un contrat peuvent décider de créer un lien de connexité entre leurs créances réciproques.

439. De manière générale, contrairement au créancier d'aliment qui échappe aux règles strictes des procédures collectives, l'admission de la compensation des dettes connexes n'est pas automatique. Pour cela, le créancier qui souhaite invoquer le mécanisme de la compensation est tenu de déclarer sa créance au passif de l'entreprise. De ce fait, la procédure de vérification de la créance sera admise et, ce n'est qu'à ce moment qu'il pourra faire jouer le mécanisme compensatoire. Ce mécanisme s'analyse en une quasi-sûreté⁶⁷⁸, car, elle confère au créancier une primauté de paiement.

440. Cependant, l'admission d'un tel mode de paiement dans les procédures collectives ne va pas sans risque pour le paiement des créanciers chirographaires. En effet, pendant la phase de recherche de solutions de sauvetage de l'entreprise, généralement, la trésorerie est affaiblie. Le débiteur a forcément besoin de fonds pour pouvoir continuer à financer son activité. La possibilité de paiement de dette connexe serait, comme le dit un auteur, pénalisant pour le sauvetage de l'entreprise et serait même un facteur de nuisance puisqu'elle appauvrirait la trésorerie déjà bien affaiblie du débiteur⁶⁷⁹.

441. Concrètement, la compensation des dettes connexes est un mode de paiement car le créancier, qui est aussi débiteur de l'entreprise, s'abstient de payer sa créance à un moment où le débiteur a le plus besoin de fonds pour continuer à fonctionner. Ce mode de paiement, bien que légitime pour le créan-

⁶⁷⁴ O. LUTUN, « La compensation en droit des procédures collectives : un cadre strict pour les uns, un espace de liberté pour les autres », *JCP E* 2003.230.260.

⁶⁷⁵ Cass. Com., 21 février 2012, n°11-18027, D. 2012, 678, obs. A. LIENHARD

⁶⁷⁶ Voir cass. Com., 9 mai 1995, RTD civ., 1996, p.342, obs. A. MARTIN SERF, sur la réciprocité et connexité de la créance détenue par un créancier sur une société en redressement et sa dette à l'égard d'une autre société à laquelle la procédure de redressement a été étendue

⁶⁷⁷ J. E. KUNTZ et V. NURIT, « Le paiement des dettes connexes et le principe d'égalité des créanciers : l'éternelle incompatibilité », *BJED* 2011.2.168.

⁶⁷⁸ P. HENNION, préc., note 704.

⁶⁷⁹ J. E. KUNTZ et V. NURIT, préc., note 708.

cier qui l'invoque, crée un manque à gagner pour l'entreprise en difficulté. En provoquant l'attribution immédiate d'une créance, la compensation des dettes connexes contribue à l'appauvrissement de l'actif du débiteur, gage des créanciers chirographaires, en bloquant l'arrivée d'argent frais par le jeu des compensations⁶⁸⁰.

442. Par cette opportune exception à la règle de l'interdiction des paiements édictée pour préserver l'actif de l'entreprise, la règle de l'égalité des créanciers est largement entamée. Les créanciers bénéficiant de ce régime de priorité sont satisfaits, au détriment du sauvetage de l'entreprise qui, de manière générale, lorsqu'il aboutit, contribue à l'apurement de son actif. L'admission de la compensation va de ce fait à contre-courant de l'objet même de la procédure collective qui est de favoriser l'appréhension collective de l'actif du débiteur pour favoriser son désintéressement collectif. Il est important de noter que, admise dans toutes les procédures collectives, la compensation devrait être limitée pendant la période d'observation. En effet, la période d'observation, même si elle n'existe pas dans le contexte africain, est une période très critique pour le débiteur. C'est pendant cette période que tout se joue. Pire encore, c'est pendant cette période que le débiteur a le plus besoin d'un soutien financier. Ceci étant, il serait peut-être souhaitable, pour favoriser le sauvetage de l'entreprise et l'apurement de son passif, que la compensation puisse être interdite pendant cette période parce qu'elle représente un manque à gagner pour l'entreprise. Malheureusement, il ne suffit pas de l'interdire. Encore faut-il convaincre les créanciers de son utilité pour l'entreprise. De ce fait, comment convaincre le créancier qui détient une créance connexe à l'égard de son débiteur en difficulté de payer sa dette sans invoquer le mécanisme compensatoire ? La réponse à cette question est difficile mais pas impossible. Il serait peut-être envisageable de gratifier le créancier afin de l'encourager à venir en aide au débiteur pendant cette période critique. C'est dire que, en élevant ce créancier au rang de créanciers méritant comme c'est le cas pour les bénéficiaires du privilège de l'argent frais, peut-être les créanciers titulaires d'une dette connexe seraient plus motivés à payer la créance du débiteur malgré sa situation critique. À l'évidence, on est conscient que le privilège de l'argent frais n'est pas plus efficace que le mé-

⁶⁸⁰ *Id.*

canisme de la compensation des dettes connexes mais pour autant, cela pourrait être une piste de solution, à notre sens non négligeable, pouvant favoriser l'arrivée de l'argent frais dans la trésorerie de l'entreprise, qui favorisera par la même occasion la reconstitution de l'actif social.

443. Hormis ces cas de paiement direct par prélèvement sur l'actif social, le patrimoine de la société peut se trouver vidé de sa substance pouvant ainsi bloquer le redressement de l'entreprise.

§II : LE VIDAGE DE LA SUBSTANCE DE L'ACTIF DU DÉBITEUR

444. L'institution de la règle de l'arrêt des poursuites individuelles est l'illustration la plus visible du caractère collectif de la saisie qui frappe le patrimoine du débiteur dès l'ouverture d'un redressement judiciaire ou de la liquidation⁶⁸¹. L'idée est de protéger le patrimoine du débiteur des poursuites incontrôlées des créanciers. Le créancier chirographaire n'ayant pas de privilège à faire prévaloir, la seule protection qui lui reste à ce niveau est la préservation de l'objet de son gage qu'est l'actif social. Comme en droit français, la règle de l'arrêt des poursuites individuelles est instituée en droit OHADA. De ce fait, il ressort de la lecture combinée de l'article L.622-21-I du Code de commerce et de l'article 75 AUPCAP, que le jugement d'ouverture suspend ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement audit jugement ou bien des créanciers composant la masse pour ce qui est du droit OHADA où la masse des créanciers a encore de beaux jours à vivre. En outre, le jugement d'ouverture arrête ou interdit également toute procédure d'exécution de la part de ces créanciers. C'est dire que le besoin de sauver l'entreprise est tellement fort que la règle a été érigée en un principe d'ordre public interne voire international⁶⁸². Cependant, il faut noter que le principe de l'interdiction des poursuites n'est pas absolu. Force est de constater que les poursuites admises tendent à la destruction de la substance de l'actif social gage des créanciers chirographaires. Ainsi, après l'analyse critique de la règle d'interdiction des paiements (A), suivra celle du maintien des actions tendant au vidage de l'actif social (B).

⁶⁸¹ M. SENECHAL, préc., note 685, n° 515.

⁶⁸² T. MASTRULLO, « La suspension des poursuites individuelles : un principe d'ordre public international », *Act. Pr. Coll.* 2009.12.

A : l'admission critique du principe d'interdiction des poursuites

445. En règle générale, comme en droit OHADA, les actions interrompues ou interdites concernent les actions tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent et à la résolution du contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.

446. L'entreprise étant déjà dans une situation difficile, il est important de préserver sa trésorerie afin de ne pas soustraire les modestes ressources financières qui demeurent en caisse⁶⁸³. C'est la raison de l'interdiction des actions tendant au paiement d'une somme d'argent. En effet, en limitant de telles actions dès l'ouverture de la procédure collective, on rend indisponible la trésorerie du débiteur. De ce fait, dès le jugement d'ouverture, aucun créancier ne peut entamer une nouvelle action en paiement et doit interrompre celle qui est déjà en cours⁶⁸⁴, ce qui revient à dire que, quelle que soit l'action, dès lors qu'elle tend au paiement d'une somme d'argent, elle devrait être interrompue ou interdite. Mais une difficulté demeure quant à la détermination des actions ayant pour finalité le paiement d'une somme d'argent. C'est ce qui ressort d'une décision de la Cour de cassation⁶⁸⁵. En l'espèce, suite à des travaux de construction et de rénovation d'un immeuble, le propriétaire de l'immeuble adjacent touché par les travaux a assigné son voisin, estimant qu'il avait empiété sur son immeuble. L'instance était initiée en référé, aux fins d'obtenir une expertise. Une mise en cause de l'architecte, ainsi que du couvreur, a été demandée. Ce dernier ayant été mis en liquidation judiciaire, le liquidateur a soulevé l'application de l'arrêt des poursuites individuelles, estimant que la demande d'expertise n'avait d'autre finalité, à son terme, que la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent indemnisant le dommage causé au propriétaire demandeur. Trouvant sa demande rejetée, le propriétaire se pourvoit en cassation. La question soumise aux hauts magistrats de la Cour de cassation était celle de savoir si la mise en cause d'un tiers à l'instance, dans le cadre d'une action en référé sollicitant une expertise, a pour finalité la condamnation de ce tiers au paiement d'une somme d'argent au sens de l'article L.622-21 du Code de com-

⁶⁸³ C. GAMALEU KAMENI, préc., note 596.

⁶⁸⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, préc., note 686, n° 679.

⁶⁸⁵ F. LUDWICZAK, F. DEKEUWER DEFOSSEZ, V. LE BLAN-DELANNOY, M. DISANT, E. LETOMBE et A. DUMERY, « Droit et risque n°7 », *LPA* 2015.217.5.

merce. La Cour de cassation répond par la négative en affirmant que l'action ne tendait pas, par elle-même, au paiement d'une somme d'argent et ne contrevenait pas à la règle de l'arrêt des poursuites individuelles. Pour la Cour de cassation, l'action ne tendait pas directement au paiement d'une somme d'argent. Cette solution de la Cour de cassation, certes intéressante, démontre la difficulté à savoir si une action a pour finalité ou pas le paiement d'une somme d'argent. En effet, la détermination de la présence ou non d'une action ayant pour finalité le paiement d'une somme d'argent est tout sauf évidente⁶⁸⁶. Ce revirement de la Cour de cassation est vivement critiqué par la doctrine. Pour le Professeur Françoise PÉROCHON, en ayant une vision large de l'appréciation de la finalité de l'action intentée par le créancier au cours des procédures collectives, la règle de l'arrêt des poursuites individuelles quitte sa relative neutralité pour devenir un instrument de protection du débiteur mise à la disposition du juge⁶⁸⁷. Mais vu sous un autre angle, l'élargissement du pouvoir d'appréciation de la finalité de l'action intentée par le créancier est salutaire pour le créancier chirographaire, pour qui la préservation du gage commun de tous les créanciers est une condition *sine qua non* de son paiement. Encore faudrait-il que l'interruption d'instance ne devienne, dans certains cas, une stratégie pour les débiteurs ou un piège pour les créanciers⁶⁸⁸.

447. En effet, le répit dont bénéficie le débiteur peut être « l'occasion pour certains coquins ou malins qui, réalisant que certains contrats leur coûtent trop cher au regard de ses perspectives de bénéfice, peuvent trouver en la sauvegarde une belle occasion de les renégocier en position de force »⁶⁸⁹. Malgré le flou qui entoure la détermination de l'action tendant au paiement d'une somme d'argent, la préservation du patrimoine du débiteur reste le leitmotiv du juge lorsqu'il fait face à une demande tendant au paiement d'une somme d'argent.

⁶⁸⁶Cass. Com., 12 octobre 2004, Act. Proc. Coll., 2004, n°230, selon la chambre commerciale de la Cour de cassation, les instances en référé ne sont pas concernées par la règle de l'arrêt des poursuites individuelles

⁶⁸⁷F. LUDWICZAK et al., préc., note 716.

⁶⁸⁸J. VALLANSAN, « Les anomalies procédurales de l'interruption des instances en paiement d'une somme d'argent en cours, en cas de procédure collective », dans *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 517-525.

⁶⁸⁹PH. PETEL, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II. Commentaire de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 », *JCP E* 2009.3.

448. Par ailleurs, et concernant les actions tendant à la résolution du contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent, il faut noter que le contrat est un accord de volonté en vue de créer une ou plusieurs obligations juridiques. Les parties liées par le contrat sont libres d'y introduire une clause résolutoire. Dès lors, lorsqu'une partie ne respecte pas ou ne respecte plus les engagements pris dans le contrat, l'autre partie peut saisir la juridiction compétente pour une action en résolution du contrat.

449. L'action en résolution d'un contrat consiste en l'annulation de ses effets obligatoires en raison de l'inexécution fautive de l'une des parties des obligations mises à sa charge. A priori, cette action ne tend pas au paiement d'une somme d'argent, car elle tend en principe à l'annulation du contrat. Cependant, lorsque la partie qui faillit à son engagement fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement ou de liquidation des biens, le mécanisme des interruptions ou de l'interdiction des poursuites a vocation à s'appliquer. Cette extension de la règle à la résolution du contrat résulte du fait que l'action en résolution du contrat est toujours accompagnée d'une demande en dommages et intérêts pour inexécution du contrat. Bien que tendant indirectement au paiement d'une somme d'argent, l'action en résolution du contrat est interrompue ou simplement interdite tant en droit français que OHADA. L'interdiction ou l'interruption de telle action s'intègre parfaitement au sein de la logique protectrice du patrimoine du débiteur, gage commun des créanciers chirographaires. En élargissant ainsi l'interruption ou l'interdiction des poursuites individuelles, le législateur, africain et français, contribue à la préservation du gage des créanciers chirographaires.

450. Toutefois, il est important de noter que les actions en résolution ayant un autre fondement que le paiement d'une somme d'argent ne sont ni interrompues ni interdites, ce qui peut se comprendre car ces actions n'ont en principe aucune incidence sur la trésorerie déjà fortement réduite de l'entreprise. Il s'agit par exemple des actions tendant à la remise d'un document, à l'annulation ou à la rescision d'un contrat, à la désignation d'un expert pour obtenir l'annulation d'un traité d'apport⁶⁹⁰.

⁶⁹⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., coll. LGDJ, Lextenso, 2015, n° 679.

451. Cependant, à la lecture des dispositions du droit OHADA et français, il est remarquable de constater qu'il n'est pas fait mention d'une catégorie de contrat déterminée. Donc, il s'agit de tous les contrats. En effet, pendant longtemps, le législateur OHADA a été réfractaire à la soumission des actions résolutoires à la règle d'interruption ou de l'interdiction des poursuites individuelles. Récemment introduite dans le texte de loi OHADA, l'action en résolution telle que définie en droit africain concerne tous les contrats car là où la loi ne fait pas de distinction explicite, personne ne devrait le faire, même pas le juge. L'intérêt d'accorder un répit au débiteur étant fondé sur la préservation de l'entreprise, l'intérêt de sauver l'entreprise n'est-il pas devenu l'objectif du législateur africain qui pendant longtemps avait tendance à protéger les intérêts des créanciers ?

452. Par ailleurs, il est notoire de constater que l'action en constatation de l'acquisition de la clause résolutoire a récemment fait l'objet de jurisprudence. Seulement, les solutions retenues par les juges sont divergentes. Pour certains juges, l'action en constatation de l'acquisition de la clause résolutoire est soumise au principe de l'arrêt des poursuites individuelle⁶⁹¹, pour d'autre part contre cette action n'est pas soumise à l'arrêt des poursuites si la clause a produit ses effets avant l'ouverture de la procédure collective⁶⁹². Cependant, selon le Professeur Francine MACORIG-VENIER, les effets attachés au principe de l'interdiction des poursuites individuelles doivent être pris en compte d'office par les juges compte tenu du caractère d'ordre public interne et international de la règle⁶⁹³. En effet, dès lors qu'une action en résolution du contrat est engagée à l'égard d'un débiteur soumis à une procédure collective, le respect du principe d'ordre public de la règle de l'interdiction doit guider le raisonnement du juge.

453. Toutefois, le mécanisme de la cristallisation des droits des créanciers dès le jugement d'ouverture concerne aussi les procédures d'exécution. « Nul n'ignore que les procédures collectives malmènent singulièrement les voies

⁶⁹¹ Cass. Com., 3^e, 26 mai 2016, n°15-12.750, F-D: JuririsData n°2016-0110070.

⁶⁹² Cass. Com., 3 mai 2016, n°14-23.727, F-D: JrisData n°2016-008713.

⁶⁹³ F. MARCORIG-VENIER, « Arrêt des poursuites individuelles », *Rev. pro. coll.* 2016.37.

d'exécution »⁶⁹⁴. En effet, conformément à l'article L622-21, II et à l'article 75 alinéa 2, la décision d'ouverture arrête également ou interdit toute procédure d'exécution tant sur les meubles que sur les immeubles. L'ouverture de la procédure collective entraîne une saisie collective des biens du débiteur, ce qui revient à dire que le patrimoine du débiteur devient indisponible. Le caractère collectif de la procédure collective permet donc de méconnaître l'indisponibilité qui découle de la saisie individuelle en cours au point d'arrêter celle-ci purement et simplement⁶⁹⁵. Contrairement aux actions en justice, l'interruption ou l'interdiction concerne toutes les procédures d'exécution notamment les procédures de saisies conservatoires et les saisies exécutoires.

454. Alors que la saisie exécutoire a pour objet de réaliser un bien compris dans le gage commun pour en verser le prix au créancier saisissant, les saisies conservatoires, quant à elles, ont pour objet de réserver au profit du créancier saisissant un élément du patrimoine du débiteur en vue d'une exécution forcée ultérieure. Bien que coercitives à la base, ces mesures sont dominées par les règles de l'interdiction ou de l'interruption de procédure d'exécution dès l'ouverture d'une procédure collective.

455. Cette généralisation de la cristallisation des mesures d'exécution pendant les procédures collectives est une manifestation de l'intérêt du sauvetage de l'entreprise tant en droit OHADA que français. Ainsi, l'intérêt du créancier chirographaire n'étant autre chose que le paiement de sa créance, le sauvetage de l'entreprise contribue à la possibilité de recouvrement des créances chirographaires. De même, pendant la liquidation judiciaire des biens, le paiement des créanciers chirographaires est conditionné par la préservation de l'actif restant. Même si en exerçant une saisie exécutoire individuelle, un créancier met en œuvre le droit de gage général que lui confère l'article 2084 code civil sur le patrimoine de son débiteur, il n'en demeure pas moins vrai que, dès le jugement d'ouverture des procédures collectives, les difficultés du débiteur sont connues de tout le monde. Et cette publicité des difficultés de l'entreprise peut avoir une incidence grave sur son patrimoine si tous les créanciers venaient à faire valoir leurs privilèges sur le patrimoine de ce dernier. Le créancier chirographaire,

⁶⁹⁴J. M. CAMPANA, « L'arrêt des poursuites individuelles "manifeste le caractère à la fois égalitaire et collectif de la procédure" », *D.* 1996.147.

⁶⁹⁵*Id.*

n'ayant pas de privilège à faire prévaloir se trouvera très vite dépossédé de son seul gage qu'est le patrimoine de son débiteur. C'est pour cette raison que l'application de la règle de l'arrêt ou d'interruption des procédures d'exécution est une règle d'ordre public aussi interne qu'international. Bien qu'étant une règle d'ordre public aussi interne qu'international, que se passe-t-il si deux juges sont saisis simultanément ? C'est-à-dire par exemple si le juge d'exécution est saisi et que plus tard une procédure collective est ouverte à l'égard du débiteur. La réponse à cette question va dans le sens de supériorité des procédures collectives. Ainsi, dès lors qu'un juge d'exécution est saisi et que, parallèlement, une procédure collective est ouverte à l'égard d'un débiteur, ce dernier est appelé à faire application de l'article L622-21 du Code de commerce ou de l'article 75 alinéa 2 s'il s'agit d'un juge africain, sans chercher à se prononcer sur la régularité de la demande. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 2015⁶⁹⁶. En l'espèce, pour refuser de surseoir à l'état de la procédure de sauvegarde ouverte à l'égard d'une société civile immobilière et rejeter ses contestations relatives à la régularité de la saisie immobilière diligentée contre elle, la Cour d'appel après avoir retenu que le juge de l'exécution était valablement saisi de toutes contestations relatives à la saisie mobilière jusqu'à la clôture des débats, avait décidé de suspendre la saisie et de réformer le jugement d'orientation, mais seulement en ce qu'il avait ordonné la vente forcée de l'immeuble, non en ce qu'il avait rejeté la contestation de la société. En statuant ainsi, alors que la procédure de saisie immobilière était arrêtée, elle n'avait pas à se prononcer sur les contestations concernant sa régularité. Il ressort de la lecture de cet arrêt que le juge n'a pas à se prononcer sur la régularité d'une procédure d'exécution, dès lors qu'une procédure collective est ouverte à l'encontre d'un débiteur. Cette rigueur de la Cour de cassation réaffirme la supériorité de la saisie collective sur les saisies individuelles dès l'ouverture des procédures collectives.

456. Quelle que soit la procédure d'exécution et de distribution concernée, le juge est tenu de faire application de l'article L 622-21-II du Code de commerce ou 75 AUPCAP compte tenu du fait qu'à la différence des actions en justice, les procédures d'exécution ne tendent qu'au paiement forcé d'une somme d'ar-

⁶⁹⁶ Cour de cass., com., 17 novembre 2015, D.2015.2439, n°14-18.345

gent⁶⁹⁷. Les jurisprudences africaine et française ont déjà fait application de cette règle dans plusieurs décisions. La Cour d'appel Zinder au Niger⁶⁹⁸ réaffirme le principe de la suspension des procédures d'exécution en affirmant que toute poursuite par voie de saisie immobilière engagée par un créancier qui a été admis dans la masse des créanciers est suspendue lorsque cette poursuite n'avait pas abouti à l'adjudication avant l'intervention de la décision d'ouverture de la procédure collective au profit du débiteur. Pareillement, une décision de la Cour de cassation française, avait décidé d'interrompre la saisie des droits d'associé⁶⁹⁹. En l'espèce, une société entreprend une saisie sur les droits sociaux que détient un débiteur. Avant que la vente des titres saisis n'ait eu lieu, un jugement du tribunal de commerce de Lille ouvre une procédure collective à l'égard de la société débitrice. En raison de la survenance de cet événement, la société demande la main levée de la saisie. Contre toute attente, les juges du fond n'accèdent pas à la demande. En statuant ainsi, selon les hauts magistrats de la Cour de cassation, la Cour d'appel viole les dispositions de l'article L 622-21 II du Code de commerce. Au final, quelle que soit la procédure d'exécution envisagée, saisies-attributions, saisies-ventes⁷⁰⁰, saisies-conservatoires⁷⁰¹, saisies-mobilières ou immobilières⁷⁰² pour ne citer que celles-ci, le juge est tenu d'ordonner la main levée de la saisie dès l'ouverture d'une procédure collective ultérieure et d'interdire celle qui n'a pas encore commencé. Il résulte de ce qui précède que l'interdiction ou interruption des procédures collectives participe à la protection de l'entreprise. Nul n'ignore que le créancier chirographaire, en cas d'impayé, n'a que le patrimoine de son débiteur comme garantie. Donc, en préservant ce patrimoine, le créancier chirographaire est presque rassuré qu'il

⁶⁹⁷ A. JACQUEMONT et R. VABRES, préc., note 438, p. 487.

⁶⁹⁸ CA Zinder (Niger), ch. Jud., arrêt n°40/bis, 26 Juillet 2007, Aff. Liquidation OFEDES C/ Me Diallo Ousmane Me Hama Zada Substitué par Edui Moka avocat à la cour.

⁶⁹⁹ Cass. 2^e civ., 28 janvier 2016, n°15-13222, F-PB, Obs. J.J. Ansault, BJS, n°6, p.58, 1 juin 2016

⁷⁰⁰ Cass. 2^e civ., 19 mai 1998, Act. Pro. Coll., 1998, n°6, p.1, Obs. P. Canet

⁷⁰¹ Cass. com., 22 avril 1997, RTD com., 1998, p.208, Obs. A. Martin-Serf; Cass. com., 31 mars 1998, Rev. Proc. Coll. 1998, n°144, Obs. H. C.; 1 février 2000, RJDA 5/00, n°554; 6 mars 2001, D. 2001, p.1102, Obs. A. Lienhard

⁷⁰² Cass. com., 4 mars 2014, n°13-10.534, D. 2014, Obs. X. Delpech; Cass. com., 11 juin 2002, D. 2002, Act. Jur., p.2256, Obs. A. Lienhard; Cass. com., 8 juillet 2003, Act. Pro. Coll. 2003, n°229, Obs. C. Renault-Moutier.

sera payé à terme pourvu qu'une procédure de liquidation ne soit pas ouverte à l'égard de son débiteur. En effet, en cas de liquidation judiciaire, le paiement du créancier est conditionné aux résultats de la liquidation.

457. Le traitement collectif de la situation des créanciers permet d'appréhender le patrimoine du débiteur en cas de survenance d'une procédure collective⁷⁰³. Ainsi, la règle de l'interdiction des poursuites individuelles et des procédures d'exécution, qui sont des manifestations de cette collectivisation des droits des créanciers, contribuent à la préservation du gage du créancier chirographaire. En dépit de ce souci de préservation du gage commun des créanciers chirographaires, il est important de noter que cette règle, n'étant pas absolue, le maintien de certaines actions contribue au vidage de la substance de l'actif social.

B : le maintien de certaines actions contribuant au vidage de l'actif social

458. Il est de règle, dans les procédures collectives, que tous les créanciers sont soumis à la discipline collective sans distinction. C'est-à-dire que les règles de la procédure collective sont applicables à tous les créanciers. Mais, de plus en plus, des créanciers arrivent, au travers de certaines pratiques, à échapper à la collectivisation de la procédure, de ce fait ils évoluent en marge de la procédure et, malgré l'ouverture de la procédure collective, ils arrivent à recouvrer leur créance ou du moins à se faire restituer un bien appartenant en apparence au débiteur. Le développement de ces mécanismes contribue à la destruction de l'actif social au détriment des créanciers chirographaires. Il est ainsi vain et malhonnête de prétendre protéger les créanciers chirographaires et de proclamer que l'égalité est l'âme des faillites si l'actif social peut être démantelé pour servir les intérêts de certains créanciers.

459. Dans le désastre de l'entreprise, les créanciers essaient de quitter le navire. Les sûretés ou les garanties permettent aux créanciers qui en sont titulaires de se prémunir contre un éventuel impayé de leur débiteur. Or, l'ouverture d'une procédure collective réalise justement le risque contre lequel le créancier a entendu se prémunir⁷⁰⁴. Comme nous l'avons noté, l'ouverture des

⁷⁰³ J.J. ANSAULT, « La date d'achèvement d'une procédure de saisie à l'aune des procédures collectives », *BJS* 2016.6.58.

⁷⁰⁴ S. PIEDELIEVRE, « La mise en œuvre des sûretés réelles dans les procédures collectives, *LPA*, n°188, p.12 », *LPA* 188.12.

procédures collectives entraîne une saisie collective des biens du débiteur et la restriction des droits des créanciers sur le patrimoine du débiteur. Si, à l'origine, ce sacrifice des créanciers aux virtualités de convalescence d'une entreprise malade concernait en priorité les créanciers chirographaires⁷⁰⁵, depuis la loi de 1967, les créanciers munis de privilège sont associés à l'organisation collective. Ainsi, la soumission de tous les créanciers à la discipline collective qui se traduit par l'arrêt des poursuites individuelles, la déclaration des créances, l'arrêt du cours des intérêts... réduit l'efficacité des sûretés, et peut de ce fait démontrer le malaise des créanciers qui en sont titulaires.

460. Depuis longtemps, les sûretés sont soumises aux rigueurs des procédures collectives. C'est en ce sens que des auteurs ont pu affirmer, parlant des procédures collectives, qu'elles mettent les sûretés à rude épreuve, plient le droit à son exigence, et qu'elles le font parfois même sous couvert de les ménager⁷⁰⁶. Cette mise à l'épreuve des sûretés par le droit des procédures collectives a fait naître l'envie de recherche de solutions garantissant le paiement même pendant les procédures collectives. En réalité, que les créanciers titulaires de sûretés subissent une altération de leurs droits dans les procédures collectives ne date pas d'hier. C'est bien connu : le choix des garanties est influencé par le sort qui lui est réservé lorsque la santé économique du débiteur se dégrade⁷⁰⁷. Pour cela, les garanties pouvant permettre aux créanciers de faire valoir leurs privilèges malgré l'ouverture des procédures collectives sont de plus en plus prisées des créanciers, ce qui d'une manière claire prive l'entreprise en difficulté d'une partie de son actif et, de la même manière, diminue considérablement les chances de paiement des créanciers chirographaires. Il s'agit pour ces créanciers de se protéger contre la rigueur des procédures collectives. Deux sortes de mécanisme répondent à cet objectif notamment la clause de réserve de propriété et le droit de rétention.

461. Concernant la clause de réserve de propriété, la loi française et OHADA des procédures collectives est favorable à son admission. En consacrant aux articles L.624-16 du Code de commerce et 103 alinéa 3 de l'AUPCAP, une pos-

⁷⁰⁵ M. BELLAMY, préc., note 50.

⁷⁰⁶ PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, coll. Précis Dalloz, 2004, p. 311.

⁷⁰⁷ D. LEGEAIS, « la réforme des sûretés, la fiducie et les procédures collectives », *RS* 2007.687.

sible revendication des biens sous réserve de propriété, les législateurs OHADA et français favorisent le démantèlement de l'entreprise en difficulté. Ceci étant, tous les créanciers qui souhaitent garder la propriété de leur bien peuvent introduire dans le contrat de vente une clause de réserve de propriété. Il s'agit de : " la clause par laquelle le transfert de la propriété est suspendu, dans un but de garantie, à l'exécution de la prestation due en contrepartie"⁷⁰⁸, la propriété du bien est sur ce point utilisé à des fins de garantie. La clause de réserver de propriété a fait l'objet de beaucoup de débats au sein de la doctrine surtout concernant son utilisation pendant les procédures collectives. En effet, l'admission de la clause de réserve de propriété crée une inégalité entre les créanciers dans la mesure où le créancier revendiquant peut reprendre son bien ou percevoir le prix de la vente de ce bien, même après l'ouverture des procédures collectives, ce qui n'est pas le cas pour les autres créanciers qui sont soumis à la discipline collective. L'admission de ce privilège, qui résiste à la rigueur des procédures collectives, est à la base de son succès et, comme le dit un auteur, son succès incontestable est dû principalement au fait qu'elle remplit le vide causé par la mutilation du privilège du vendeur de meuble et de l'action résolutoire et s'explique aisément puisqu'il suffit d'insérer une clause dans le document relatif à la vente⁷⁰⁹. Bien que simple d'application, certains auteurs la qualifient d'occulte et inéquitable⁷¹⁰. En effet, la création de ce super-privilège permettant de reprendre son bien vient s'ajouter aux autres sûretés qui grèvent déjà le patrimoine du débiteur en faillite au grand dam des créanciers chirographaires. La clause de réserve de propriété est ainsi une garantie sûre pour le vendeur, dans la mesure où elle résiste aux procédures collectives.

462. La propriété réservée est en effet une sûreté réelle⁷¹¹. Consacrée avec l'ordonnance du 23 mars 2006 en France⁷¹², la propriété retenue à titre de ga-

⁷⁰⁸ F. PEROCHON, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1998.

⁷⁰⁹ J. MUSHAGALUSA NTAKOBAJIRA, *L'amélioration de la situation des créanciers chirographaires en cas de faillite ou liquidations des biens : une mission impossible ? Étude de la question au regard du droit Belge et des actes unifiés de l'OHADA*, Académie de Louvain, 2006.

⁷¹⁰ B. LYONNET, « La faillite : clause de réserve de propriété et masse des créanciers », *Gaz. Pal.* 1981.doctr. 119.

⁷¹¹ Cass., 9 mai 1995, Me Leclerc c., R.T.D Civ., 1996

⁷¹² M. CABRILLAC et CH. MOULY, préc., note 16, n° 599.

rantie est classée parmi les sûretés mobilières et pareillement dans l'acte uniforme OHADA⁷¹³. Le vendeur avec réserve de propriété bénéficie, dans la procédure collective ouverte à l'égard de l'acheteur, des avantages que l'on attend, idéalement, d'une sûreté réelle, c'est-à-dire qu'il peut la mettre en œuvre afin d'obtenir un paiement aussi rapide et complet que possible⁷¹⁴. La force de ce privilège s'étend même sur la remise du prix, ou sur un autre bien lorsque la revendication porte sur un bien fongible lorsque les biens de même nature et de même qualité se trouvent entre les mains du débiteur. Comme le dit un auteur, on dit souvent de la propriété que c'est une sûreté rudimentaire, une sûreté frustrée, et, d'un point de vue théorique, c'est tout à fait exact. Mais en pratique, c'est ce qui fait sa force : elle présente en effet les avantages d'une sûreté, sans en avoir les inconvénients⁷¹⁵. Comme quoi la force de la réserve de propriété réside dans sa qualité de sûreté sans inconvénients.

463. Cependant, la mise en œuvre d'une revendication du bien frappé par une clause de réserve de propriété nécessite la réunion de certaines conditions. Premièrement, la clause doit avoir été convenue dans un écrit entre les parties ou au plus tard au moment de la livraison⁷¹⁶, elle peut aussi l'être dans un écrit régissant un ensemble d'opérations présentes ou à venir entre les parties⁷¹⁷. Deuxièmement, il importe que le bien se trouve en nature au moment de l'ouverture de la procédure. Il faut noter que la force de la revendication est largement admise puisqu'elle ne se heurte pas à l'incorporation du bien revendiqué à un autre bien. Il suffit pour cela que le revendiquant établisse que la séparation des biens mobiliers incorporés dans un autre bien peut s'effectuer sans dommage⁷¹⁸. Comme le fait remarquer un auteur, : « économiquement, fonctionnellement, la revendication cause toujours un dommage, et la prise en compte du dommage fonctionnel ou économique interdirait toute revendica-

⁷¹³ Article 72 acte uniforme portant droit des sûretés

⁷¹⁴F. PEROCHON, « Le vendeur de meuble, propriétaire », dans *la situation des créanciers d'une entreprise en difficulté*, Montchrestien, 1998, p. 77.

⁷¹⁵F. PEROCHON, préc., note 739.

⁷¹⁶ Cass. Com., 3 juillet 2012, n°11-20425 société Delta c/société serop.

⁷¹⁷B. SOINNE, « Les revendications », *Rev. pro. coll.* 1991.219.

⁷¹⁸ P-M LE CORRE, « Précisions sur le champ d'application de l'action en revendication et la charge de la preuve en matière d'incorporation du bien revendiqué », *Gaz. Pal.* 2015.125.40.

tion »⁷¹⁹ Concrètement, l'existence en nature du bien dans le patrimoine bénéficiaire d'une interprétation large de la jurisprudence qui va plus loin en admettant qu'il n'est pas forcément nécessaire qu'il y ait une identité entre la chose livrée et la chose revendiquée⁷²⁰. Dans une décision de la Cour de cassation du 11 juin 2014, la cour admet la revendication alors que la substance de la chose revendiquée a évolué. Pour les magistrats de la Cour, si l'évolution est conforme à la nature du bien et ne modifie pas sa substance, la revendication reste possible⁷²¹. En plus, la revendication ne se heurte ni à l'immobilisation du bien par nature ou par destination⁷²². Le droit des procédures collectives confère ainsi à l'action en revendication, une efficacité large. Le créancier revendiquant bénéficie donc d'une priorité de paiement sur les autres créanciers.

464. Cependant, l'exercice du droit de revendication pendant la procédure de redressement ou de sauvegarde serait de nature à bloquer le redressement de l'entreprise car les législateurs OHADA et français, en admettant de manière large l'action en revendication, ne font pas de distinction selon que le bien revendiqué est un bien important ou pas pour l'entreprise. C'est ce qui ressort d'une décision de la Cour de cassation. En l'espèce, une société avait vendu, avec réserve de propriété, des éléments de cuisine professionnelle, nécessaires à l'exploitation du restaurant de l'acheteur. À la suite de l'ouverture du redressement judiciaire de l'acheteur, le vendeur resté impayé intente une action en revendication qui sera favorablement admise par les juges du fond. Dans un pourvoi en cassation, l'acheteur fait grief à l'arrêt d'avoir autorisé le vendeur à récupérer les biens litigieux, alors même que ceux-ci étaient nécessaires à l'exploitation du fonds de commerce de restaurant. Malheureusement, cet argument n'a pas prospéré devant les hauts magistrats de la Cour de cassation qui ne se prononcent même pas sur cet argument et confirment la décision des juges de fond⁷²³. Dès lors que les conditions de l'article L.624-16 du code de commerce sont réunies, le juge ordonne de droit la revendication du bien, sans tenir compte de l'importance du bien au sein de l'entreprise. En effet,

⁷¹⁹ F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., 2014, n° 1611.

⁷²⁰ P. BERLIOZ, « La revendication des marchandises vendues avec clause de réserve de propriété », *Re. Con.* 2014.4.754.

⁷²¹ Cass. Com., 11 juin 2014, n°13-14844

⁷²² P. BERLIOZ, « Revendication et immobilisation », *Re. Con.* 2016.1.127.

⁷²³ Cass. Com., 10 mars 2015, n°13-23424.

l'admission de la revendication du seul bien important d'un fonds de commerce présente un obstacle majeur à son redressement, ce qui nous permet d'affirmer que l'exercice du droit de revendication serait de nature à empêcher de disposer d'un bien nécessaire au redressement de l'entreprise.

465. Ceci révèle que la clause de réserve de propriété, non seulement rompt l'égalité entre les créanciers, mais aussi et surtout contribue au démantèlement de l'entreprise pouvant bloquer son sauvetage.

466. Il en est de même pour le droit de rétention octroyé aux créanciers pendant les procédures collectives. Il peut arriver, dans la pratique des affaires, que les parties à un contrat décident que le vendeur garde la chose jusqu'au complet paiement du prix. On parle de contrat assorti d'un droit de rétention. Ce mécanisme est harmonisé par le droit uniforme OHADA et par le droit français. Mais la particularité de cette garantie est qu'elle résiste à l'ouverture d'une procédure collective.

467. La loi du 25 janvier 1985 modifiée par la loi n°94-475 du 10 juin 1994, renforcée par l'ordonnance du 18 décembre 2008, a en effet instauré un véritable régime de faveur pour les créanciers bénéficiaires d'un gage avec dépossession. Il en va ainsi du droit de rétention, défini comme la faculté pour le créancier qui détient un objet appartenant à son débiteur ou même à un tiers d'en refuser, sous certaines conditions, et indépendamment de tout nantissement, la restitution jusqu'au complet paiement⁷²⁴. Institué dans le but de protéger le créancier rétenteur au détriment des autres créanciers, le créancier rétenteur peut exercer son droit de rétention à tous les stades de la procédure collective, notamment pendant la période d'observation ou d'exécution du plan. Il est important de noter que la consécration de l'attribution du gage ou du paiement du prix contre restitution, ou encore du report du droit de rétention sur le bien pris en cours de liquidation, participe de l'exclusion des créanciers rétenteurs de l'organisation collective. En échappant ainsi à l'organisation collective pendant la procédure collective, le créancier rétenteur bénéficie d'un super privilège. Dans cet ordre d'idée, la rétention du bien confère aux créanciers un droit de préférence sur le prix de vente du bien gagé. Il permet en outre au créancier de se faire attribuer judiciairement, voire contractuellement dans certains cas,

⁷²⁴ P. LE MAGAT, « L'efficacité du droit de rétention du créancier gagiste dans les procédures collectives », *LPA* 1999.242.10.

le bien sans subir la concurrence des autres⁷²⁵. Le droit de rétention présente donc la particularité de ne pas être amoindri par l'ouverture d'une procédure collective. Là réside d'ailleurs l'intérêt majeur du droit de rétention⁷²⁶. Très favorable au créancier rétenteur, il porte préjudice aux autres créanciers par la privation d'une partie de l'actif. Cependant, il va sans dire que l'admission de ce privilège porte atteinte au principe d'égalité des créanciers. Alors que tous les créanciers se voient soumis à l'interdiction des paiements, le droit de rétention classique, c'est-à-dire exercé par une personne qui détient physiquement une chose appartenant au débiteur, est connu pour être presque inaltérable en cas de procédure collective⁷²⁷.

468. Cette position très privilégiée du créancier rétenteur dans les procédures collectives est enviable à plusieurs égards. Premièrement, le créancier rétenteur est sûr de recouvrer sa créance même si le débiteur est en difficulté. Deuxièmement, il échappe à la loi du concours, il n'est plus en fait en concours avec personne sur ce bien. Troisièmement, il peut priver le débiteur d'un bien important pour son redressement. Dès lors, il n'est pas étonnant d'assister à une multiplication des recours des créanciers contre un tel privilège. Toutefois, ce privilège du créancier rétenteur, qui est un droit intermédiaire entre le droit réel et le droit personnel, n'est pas une sûreté comme l'a dit un auteur⁷²⁸, ce qui a été confirmé par la Cour de cassation qui juge que le droit de rétention n'est pas une sûreté et n'est donc pas assimilable au gage⁷²⁹.

469. Malgré l'admission quasi-unanime de la position très favorable du droit de rétention dans les procédures collectives, certains auteurs ne manquent pas d'affirmer qu'elle manque de justification sur le plan économique et logique. Économiquement, le maintien de l'activité de l'entreprise est souvent présenté comme le principal obstacle à la toute-puissance du droit de rétention, car l'exercice du droit de rétention serait de nature à empêcher de disposer de biens ou de stock nécessaire à la sauvegarde de l'entreprise. De plus, sur le plan de la

⁷²⁵ Article 2078 du Code civil

⁷²⁶ H. NARANYAN FOURMENT, « Le droit de rétention dans le gage : l'arme absolue du créancier », *LPA* 2001.114.20.

⁷²⁷ P. M. LE CORRE, « L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement », *D.* 2001.34.2815.

⁷²⁸ *Id.*

⁷²⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, préc., note 686.

logique, l'absolutisme du droit de rétention est injustifié dans la mesure où son exercice entraîne une situation de paralysie de la procédure, préjudiciable à l'ensemble des parties⁷³⁰.

470. Il sied de noter que la large consécration de l'absolutisme du droit de rétention dans les procédures collectives en droit français est limitée en droit OHADA seulement dans le cadre de la liquidation. L'article 149 de l'AUPCA dispose que : « *le syndic, autorisé par le juge-commissaire, peut, en remboursant la dette, retirer au profit de la masse, le gage, le nantissement ou le droit de rétention conventionnel constitué sur un bien du débiteur* » il en ressort que, le législateur OHADA réserve l'exercice du droit de rétention seulement pendant la procédure de liquidation, ce qui à notre sens est une solution logique. En effet, la supériorité du droit de rétention pendant les procédures de redressement serait de nature à compromettre le sauvetage de l'entreprise. Cependant, un auteur fait remarquer qu'en vertu du caractère précaire du droit de rétention dans le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, l'invincibilité du procédé s'impose face aux procédures collectives⁷³¹. Il n'est dès lors pas erroné de soutenir que, au regard de la législation OHADA, l'interdiction de l'exercice du droit de rétention dans les autres procédures collectives que la procédure de liquidation est avérée. Et selon nous, il peut se justifier par le souci du sauvetage de l'entreprise et du respect du principe d'égalité entre les créanciers. Nous pouvons comprendre que, pendant la liquidation, le bien en question ne fasse pas partie de l'actif du débiteur. Il est entre les mains du rétenteur. En raisonnant ainsi, on peut dire qu'à ce niveau, le bien sert les intérêts des créanciers rétenteurs. Sur ce, contrairement au législateur français, le créancier rétenteur échappe par la "prise d'otage", à la loi du concours, et devient en définitive l'un des rares créanciers antérieurs au jugement d'ouverture à pouvoir obtenir satisfaction⁷³² seulement pendant la phase de liquidation.

471. Au final, l'exercice du droit de propriété sur le bien retenu ou cédé sous condition de paiement du prix, entraîne une destruction de l'actif social. En effet, le début de la crise économique de 1973 a constitué le point de départ d'une

⁷³⁰ P. LE MAGAT, préc., note 755.

⁷³¹ Z. NJUTAPVOUI, « Le droit de rétention dans le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés : sûreté active ou passive ? », *Revue de l'ERSUMA* 2016.6.

⁷³² P. LE MAGAT, préc., note 755.

réflexion ayant abouti à la reconnaissance de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété à la masse des créanciers fondée sur un motif économique, car la situation de crise entraînait une progression des dépôts de bilan⁷³³. Toutefois, la revendication n'a pas toujours été autorisée en cas de défaillance au motif que la présence du bien dans le patrimoine du débiteur avait créé une solvabilité apparente⁷³⁴. Au Cameroun, comme dans la plupart des pays africains, de tradition juridique française, la clause de réserve de propriété ne figurait pas dans les hypothèses de revendication limitativement énumérée par le Code de commerce en vigueur⁷³⁵. C'est finalement la loi française du 12 mai 1980 et l'acte uniforme OHADA du 10 avril 1998 organisant les procédures collectives d'apurement du passif dans son article 103 qui fait entrer le vendeur réservataire dans le cercle restreint des personnes autorisées à revendiquer pendant les procédures collectives⁷³⁶. De ce fait, le créancier réservataire fait partie des créanciers qui obtiennent toujours leur dû malgré les difficultés au sein de l'entreprise. Cependant, la consécration de cette supériorité des créanciers revendiquant a fait naître un débat au sein de la doctrine. Par exemple, si le débiteur d'un fournisseur de marchandises sous réserve de propriété était déclaré en faillite, il courait aussi le risque d'une faillite future. Cet argument, bien que pouvant se justifier, entraîne un traitement inégalitaire des créanciers dès l'ouverture des procédures collectives. Pour le doyen HOUIN par contre, en reconnaissant l'opposabilité de la clause de réserve de la propriété pendant la faillite, le législateur permet au titulaire de la clause de vider une partie de l'actif du patrimoine de son débiteur et d'obérer, ainsi, ses chances de redressement⁷³⁷, la survie des entreprises en difficulté serait exagérément compromise au profit du vendeur de meubles⁷³⁸. Finalement à s'en tenir à ces auteurs, le redressement de l'entreprise serait hypothétique en le privant d'une partie de son actif ou en se

⁷³³ J. GHESTIN et CH. JAMIN, « La protection du vendeur sous réserve de propriété et la survie de l'entreprise en difficulté », *Rev. pro. coll.* 1989.291.

⁷³⁴ F. DERRIDA, « La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives », *D.* 1980.294.

⁷³⁵ Y. KALIEU, « Réflexions sur les nouveaux attributs du droit de propriété : à propos de la propriété utilisée aux fins de garantie des crédits », (1977) 1 203.

⁷³⁶ E. SOUPGUI, « La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace OHADA », *Penant* 2016.66.

⁷³⁷ J. GHESTIN et CH. JAMIN, préc., note 764.

⁷³⁸ *Id.*

servant d'une partie de cet actif pour la restitution d'un bien important pour le fonctionnement de l'entreprise. Ce n'est pas en privant l'entreprise d'une partie de l'actif qu'on encourage son sauvetage, tout au contraire la diminution de l'actif restant amoindrit les chances de sauvetage de l'entreprise. En effet, comment imaginer sous la menace et la mise en œuvre de clauses de réserve de propriété pouvant obérer la totalité ou la quasi-totalité du stock et les éléments matériels, qu'un sauvetage de l'entreprise puisse être imaginé?⁷³⁹ Et, par la même occasion, comment imaginer le paiement des créanciers chirographaires lorsque l'entreprise est privée d'une partie de son actif ou lorsque le créancier chirographaire ne peut exercer son droit que sur un patrimoine presque dépecé par le droit de rétention et de revendication? Sans actif suffisant au sein de l'entreprise, les chances de redressement se trouvent amoindries voire illusoire. Pire encore, l'exercice du droit de propriété pendant la procédure de liquidation entraînerait une surprotection du réservataire, car celui-ci prime tous les autres créanciers, même les super-privilégiés. C'est pour cela que certains auteurs affirment que la réserve de propriété est une garantie très sûre dans la nécessaire réorientation imposée par la loi nouvelle, qui a lourdement atteint les créanciers, même les privilégiés, mais pas les titulaires d'un droit de propriété⁷⁴⁰. Mais les autres créanciers ayant des sûretés, les créanciers chirographaires sont, au regard de la masse pour ce qui est du droit OHADA, les premières victimes de la clause de réserve de propriété, car elles verraient les facultés actives du débiteur, constituant sa solvabilité apparente, fondre au profit des vendeurs réservataires, cela reviendrait donc à sacrifier l'ensemble des créanciers, qu'ils soient privilégiés ou chirographaires, constituant la masse, au profit de certains d'entre eux⁷⁴¹. Même si la masse a disparu en droit français, il n'en reste pas moins que ce sont les créanciers chirographaires qui souffrent le plus de la privation d'une partie de l'actif du débiteur lorsque l'exercice du droit de rétention ou de revendication leur est opposable dans les procédures collectives.

472. Il est important de noter que, contrairement au droit français, la clause de réserve de propriété doit être publiée au registre de commerce et de crédit mo-

⁷³⁹ B. LYONNET, préc., note 741.

⁷⁴⁰ PH. MERLE, « L'interprétation jurisprudentielle de la clause de réserve de propriété », *Rev. pro. coll.* 1986.2.1.

⁷⁴¹ B. LYONNET, préc., note 741.

bilier⁷⁴² en droit OHADA, pour être opposable aux tiers, notamment les créanciers chirographaires. L'opposabilité du droit de revendication est donc conditionnée en droit OHADA. Sans publicité, elle reste inopposable à la masse des créanciers. Cette condition de validité supplémentaire en droit OHADA n'élève en rien l'efficacité de la clause de réserve de propriété qui, pour notre part reste facile à insérer dans un contrat. Ces conditions minimales remplies, comme l'a fait constater un auteur, le créancier réservataire bénéficie d'un statut particulier en temps de crise⁷⁴³.

473. En effet, les catégories de créanciers les moins bien traitées ne cessent de combattre pour l'être mieux, alors que celles qui le sont mieux entendent ne pas s'effacer⁷⁴⁴. Cette prolifération des mécanismes permettant d'échapper au concours dans les procédures collectives, à côté des privilèges et sûretés traditionnelles qui grèvent déjà le patrimoine du débiteur ne va pas sans porter préjudice aux créanciers chirographaires puisque par hypothèse, le patrimoine du débiteur se trouverait littéralement démantelé. Le malaise dont souffrent les créanciers chirographaires dans les procédures collectives, on l'a vu, par l'accroissement des créances de la masse qu'ils garantissent et l'énorme augmentation des privilèges et partant des créances qu'ils garantissent, sans pour autant négliger les sûretés immobilières⁷⁴⁵ confirme un réel impact des privilèges et garantie sur le droit des créanciers chirographaires. Le développement de ces mécanismes permettant d'échapper à la loi du concours ne vient au final qu'ajouter de l'eau au moulin du malaise des créanciers chirographaires. C'est la raison pour laquelle il faut déclarer la guerre, non seulement aux sûretés permettant d'échapper à la rigueur des procédures collectives, mais aussi et surtout assainir le régime des sûretés⁷⁴⁶. L'assainissement des règles serait d'harmoniser le sort des sûretés traditionnelles et celui de la propriété-sûreté, ou de normaliser les sûretés⁷⁴⁷, c'est-à-dire d'imposer les mêmes règles à tous les créan-

⁷⁴² Article 74 acte uniforme droit des sûretés.

⁷⁴³ E. SOUPGUI, préc., note 767.

⁷⁴⁴ M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », dans *Etudes offertes à Pierre Catale, droit privé français à la fin du xxe siècle*, Litec, 2001, p. 709.

⁷⁴⁵ J. MUSHAGALUSA NTAKOBAJIRA, préc., note 740.

⁷⁴⁶ C. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », dans *Etudes dédiées à René Roblot*, Paris, LGDJ, 2013, p. 529-564.

⁷⁴⁷ *Id.*

ciers. Ainsi, la propriété-sûreté ne devrait pas s'aligner sur un pied d'égalité que les titulaires d'autres sûretés traditionnelles. En limitant au maximum la résistance de certaines sûretés pendant la procédure collective, on limite la diminution du patrimoine du débiteur, gage des créanciers chirographaires. Cependant, nul ne peut d'ailleurs soutenir que le droit des procédures collectives fasse exception à toutes les règles puisqu'une telle solution serait incompatible avec la sécurité dans les relations juridiques⁷⁴⁸.

SECTION II : LA PRIORITÉ DU SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE AU DÉTRIMENT DU PAIEMENT DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES

474. La continuation du fonctionnement de l'entreprise pendant la période de recherche des solutions de sauvetage nécessite forcément l'intervention des tiers. Puisque l'entreprise fait déjà face à des difficultés, les créanciers accepteront difficilement de lui faire crédit. C'est pour cette raison que, afin d'inciter les créanciers à s'impliquer dans le sauvetage de l'entreprise en crise, les créances nées après l'ouverture des procédures de sauvetage, de redressement judiciaire ou de liquidation bénéficient d'une priorité de paiement, c'est-à-dire que les partenaires de l'entreprise qui acceptent d'octroyer des faveurs ou un service à l'entreprise en difficulté seront payés à l'échéance. En effet, la continuation de l'activité de l'entreprise nécessite l'intervention des créanciers postérieurs. Et s'ils ne sont pas rassurés que leur paiement sera effectif, ils ne pourront pas faire crédit à une entreprise déjà en crise. Pour cela, leur paiement est prélevé sur les fonds disponibles dans le patrimoine du débiteur. La volonté de favoriser la continuation de l'activité de l'entreprise est telle que les intérêts des créanciers chirographaires sont relégués au second rang. En effet, il ne faut pas ignorer que l'accroissement du passif dû à la multiplication des créances postérieures favorise aussi le démantèlement de l'actif social, seul gage des créanciers chirographaires. Il est important de noter que la détermination des créances bénéficiant du régime du privilège de créances postérieures n'est pas aisée autant en droit OHADA que français, ce qui, à notre sens, serait un obstacle au recouvrement du crédit chirographaire. Cette considération conduit à

⁷⁴⁸Y. GUYON, « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », dans *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 405-417.

moins tenir compte des intérêts des créanciers chirographaires car l'augmentation du passif de l'entreprise est de nature à diminuer l'actif social permettant leur désintéressement. Mais, comme le dit si bien Fernand DERRIDA : « Le crédit passé ne saurait dresser un obstacle infranchissable au sauvetage de l'entreprise et donc gêner l'obtention d'un crédit futur »⁷⁴⁹. Ainsi, le sauvetage de l'entreprise conduit à moins tenir compte des intérêts des créanciers chirographaires. Même si le sauvetage de l'entreprise favorise le paiement des créanciers chirographaires, il n'en demeure pas moins que l'augmentation injustifiée des créanciers postérieurs risque de produire un effet inverse sur l'entreprise (§I), car le traitement préférentiel de leur créance se fait au mépris des intérêts des créanciers chirographaires (§II).

§I : L'ACCROISSEMENT INJUSTIFIÉ DU PASSIF DU DÉBITEUR PENDANT LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE COLLECTIVE

475. Dans le but de favoriser le redressement de l'entreprise, les législateurs OHADA et français encouragent les créanciers à faire crédit à l'entreprise. Il faut considérer que le privilège des créanciers postérieurs a été conçu pour inciter les partenaires à contracter et qu'il faudrait les récompenser de l'avoir fait. Néanmoins, toutes les créances ne bénéficient pas de ce traitement préférentiel. Pour en bénéficier, la créance doit remplir certains critères. Classiquement, la créance doit être régulière et née après l'ouverture de la procédure collective. Dès lors toutes les créances nées après le jugement d'ouverture et de manière régulière doivent en principe bénéficier du traitement préférentiel. En effet, l'objectif étant le redressement de l'entreprise, un accroissement trop important des créances privilégiées risquerait d'avoir un effet contraire sur le sauvetage de l'entreprise et, par ricochet, pourrait compromettre le redressement tant souhaité de l'entreprise au détriment des créanciers chirographaires qui ont pour seul gage le patrimoine de leur débiteur. En effet, il ne fait aucun doute que les créances privilégiées sont payées à l'échéance sur les fonds disponibles de l'entreprise. De ce fait, le caractère extensif des critères classiques d'appréciation de la créance postérieure (A) sera remis en cause par le législateur français dans le but de restreindre leur nombre. Ainsi, au critère classique,

⁷⁴⁹ F. DERRIDA, « Le crédit et le droit des procédures collectives », dans *Etudes offertes à René RODIERE*, coll. Dalloz, 1981, p. 67.

doit être ajouté un critère téléologique. Mais la complexité de la mise en œuvre du critère téléologique ne contribuera pas de manière efficace à la restriction du passif postérieur tant recherchée par le législateur français. D'où la nécessité d'une perfectibilité du critère téléologique à la française (B).

A : le caractère extensif des critères classiques d'appréciation de la créance postérieure

476. Pour être éligible au traitement préférentiel tant en droit OHADA que français des entreprises en difficulté, la créance doit être née non seulement après le jugement d'ouverture de la procédure collective, mais aussi et surtout elle doit être née régulièrement.

477. Contrairement au droit français qui attribue compétence au tribunal de commerce pour les débiteurs exerçant une activité commerciale ou artisanale, et au tribunal de grande instance dans les autres cas⁷⁵⁰, la compétence du tribunal en matière de procédure collective en droit africain appartient à chaque État partie⁷⁵¹. Il revient à la juridiction dans le ressort de laquelle le commerçant a son principal établissement ou la personne morale son siège social. Mais, bien que certains pays africains aient opté pour la création d'un tribunal de commerce, dans la plupart des États membres de l'OHADA, c'est la même juridiction qui connaît des affaires civiles et commerciales. Il s'agit, selon les cas, du tribunal de première ou de grande instance. Ce qui pose un réel problème de compétences des magistrats. Donc, il serait plus judicieux de créer non seulement des tribunaux spécialisés, mais aussi et surtout, former les magistrats par la même occasion au droit des affaires.

478. Toutefois, autant en droit OHADA que français, les créanciers postérieurs sont les créanciers nés après le jugement d'ouverture des procédures collectives⁷⁵². La date d'ouverture de la procédure collective est donc la ligne de démarcation indispensable à la délimitation entre les créances antérieures et les créances postérieures⁷⁵³. Ainsi, la date du jugement marque en principe le dé-

⁷⁵⁰ Article L.621-2 du code de commerce.

⁷⁵¹ Article 3 AUPCAP.

⁷⁵² Article 117 AUPCAP et Article L. 622-17 du code de commerce.

⁷⁵³ H. SALEY SIDIBE, *Le sort des créances postérieures en droit français et en droit de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)*, Thèse de doctorat, Université de Nice Sophia Antipolis, 2013, p. 29.

but de la naissance des créances bénéficiant d'un traitement préférentiel. Cependant, la nature antérieure ou postérieure d'une créance peut être difficile à déterminer lorsque la date de naissance de la créance est antérieure à sa date d'exigibilité. Sur ce point, le législateur OHADA tranche en affirmant, selon l'article 72 alinéa 3 de l'AUPCAP, 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. Donc, la date d'exigibilité de la créance importe peu. La jurisprudence française va dans le même sens en réaffirmant que la date d'exigibilité n'est d'aucune importance dans la délimitation des créances antérieures et postérieures⁷⁵⁴. Pour la jurisprudence française, le fait générateur de la créance prévaut sur sa date d'exigibilité. Ainsi, il sera admis que la notion de naissance de la créance correspond à celle du fait générateur, et que c'est ce critère du fait générateur qui détermine l'antériorité ou la postériorité de la créance⁷⁵⁵. En réalité, la détermination de l'antériorité d'une créance ou de sa postériorité est capitale afin de circonscrire les créances pouvant bénéficier d'un traitement préférentiel. La référence au fait générateur de la créance permet ainsi de délimiter les contours exacts des créances éligibles au traitement préférentiel. Même si le législateur, ou du moins la jurisprudence OHADA, ne s'est pas encore prononcé sur la notion de fait générateur de la créance, il est à notre sens, intéressant de suivre la jurisprudence française qui fait référence au fait générateur de la créance pour déterminer l'antériorité ou la postériorité d'une créance. À côté du critère temporel lié à la date de naissance de la créance, devrait se greffer un critère organique lié à la régularité de la créance.

479. Au regard de tout ce qui précède, en droit OHADA l'article 117 AUPCAP dispose que : « toutes les dettes nées régulièrement, après la décision d'ouverture, de la continuation de l'activité du débiteur ou du syndic sont des créances contre la masse ». Pour ce qui est du droit français, c'est l'article L.622-17 du code de commerce concernant la sauvegarde et le redressement judiciaire qui dispose que : « Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la pé-

⁷⁵⁴ Com. 8 novembre 1988, n°87-11158

⁷⁵⁵ P-M LE CORRE, « Nature et régime des créances postérieures », *LPA* 2009.71.4.

riode d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur en cette période, sont payables à leur échéance ». Et, l'article L.641-13-I du code de commerce de renchérir : « Sont payées à leur échéance les créances nées régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire 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 ce maintien de l'activité ». La régularité de la créance renvoie à la question du pouvoir de celui qui contracte avec le créancier. Concrètement, parce que le débiteur est soit assisté ou dessaisi selon la procédure collective dans laquelle il se trouve, il n'est plus habilité à accomplir seul certains actes. En réalité, tous actes accomplis au mépris du dessaisissement ou de l'assistance du débiteur ne peuvent bénéficier du traitement préférentiel réservé aux créanciers postérieurs. Ceci dit, la régularité de la créance découle du respect par le débiteur ou les organes de la procédure des pouvoirs qui leur sont conférés par la loi. À l'évidence, lorsque l'organe de la procédure ou le débiteur outrepassent ses pouvoirs et fait naître une créance, cette dernière sera qualifiée de créance irrégulière et non éligible au traitement préférentiel. Par exemple, la possibilité d'autoriser ou non la continuation des contrats en cours relève en droit OHADA de la compétence du syndic⁷⁵⁶ et en droit français de la compétence de l'administrateur judiciaire⁷⁵⁷ ou du liquidateur⁷⁵⁸. Ces derniers sont les seuls compétents pour décider de la continuation des contrats en cours et des créances postérieures qui pourront en découler. Du moment où ils sont les seuls habilités à décider de la continuation des contrats en cours, ils sont aussi les seuls à décider de la naissance des créances découlant de la continuation des contrats en cours. Donc, la régularité de ces créances est fonction du pouvoir de l'organe qui l'autorise. De ce fait, quelle que soit la procédure ouverte, la décision de la continuation des contrats en cours ne relève pas des pouvoirs du débiteur mais des organes de la procédure.

480. Par ailleurs, le débiteur peut être à l'origine de la naissance de nouveaux contrats engageant l'actif de l'entreprise. En droit OHADA, aux termes de l'article 52 alinéa 2 de l'AUPCAP, le débiteur peut accomplir valablement

⁷⁵⁶ Article 108 AUPCAP.

⁷⁵⁷ Article L.622-13 du code de commerce.

⁷⁵⁸ Article L.641-10 ou article L.641-11-1 du code de commerce.

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 de rendre compte au syndic. L'acte doit non seulement être conforme à l'activité du débiteur, il doit répondre aux usages de la profession, mais aussi et surtout, le débiteur doit rendre compte au syndic. Dans le cadre de l'accomplissement des actes de gestion courante du débiteur, nous pouvons penser que le syndic peut, indirectement, contrôler les actes du débiteur et par ricochet contrôler les nouvelles créances contractées par le débiteur, ce qui n'est pas le cas en droit français.

481. En droit français, le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur ; en outre, les actes de gestion courante qu'accomplit seul le débiteur sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi⁷⁵⁹. Il en résulte que le débiteur peut, seul, accomplir des actes de disposition, d'administration, y compris des actes de gestion courante pouvant conduire à l'augmentation du passif postérieur, sans pour autant que ces actes puissent être contrôlés par l'administrateur, ce qui pourra être une porte ouverte à une augmentation incontrôlée du passif postérieur. Conscient du fait que le passif postérieur est payé sur les fonds disponibles dans le patrimoine du débiteur, son accroissement pourrait conduire à la diminution de l'actif social. Cependant, ne serait-il pas possible comme c'est le cas en droit OHADA, que de tels actes soient portés à la connaissance de l'administrateur ou du moins que ce dernier ait un droit de regard sur eux ? Car, au regard de la jurisprudence française, les actes de gestion courante peuvent être des actes pouvant porter gravement atteinte à l'actif social. Il s'agit par exemple des commandes passées pour les besoins de l'activité commerciale⁷⁶⁰, des expéditions effectuées par le débiteur alors que l'administrateur en avait auparavant lui-même effectué et les avait normalement réglées⁷⁶¹, un contrat préliminaire de réservation de deux appartements accompagné d'un versement d'un dépôt

⁷⁵⁹ Article L .622-3 du code de commerce.

⁷⁶⁰ Cass. com., 11 juin 1996, n°94-12.125RJDA 12/1996, n°1533.

⁷⁶¹ Cass. Com., 9 janvier 2001, n°98-10.876 : jurisData n°2001-007803 ; RJDA 5/2001, n°602.

de garantie⁷⁶². Si l'on s'en tient à ces quelques exemples jurisprudentiels, les actes de gestion courante accomplis seule par le débiteur sont créateurs de passif bénéficiant du traitement préférentiel.

482. Au regard de tout ce qui précède, en droit OHADA, l'article 117 AUPCAP prévoit que les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture de la procédure collective bénéficient du traitement préférentiel. Cependant, le législateur ne fait aucune distinction selon que la créance postérieure est liée ou non à l'activité de l'entreprise. Dès lors que les conditions de postériorité et de régularité sont remplies, la créance bénéficie du traitement préférentiel. Or, l'essentiel étant le redressement de l'entreprise, toutes les créances postérieures n'ont pas forcément un lien avec le sauvetage de l'entreprise. En faisant ainsi profiter toutes les créances postérieures et régulières du bénéfice du traitement préférentiel, le risque d'un démantèlement de l'entreprise est possible. Il faut noter que la même situation prévalait sous l'empire de la législation française du 26 juillet 2005. Mais elle présentait des lacunes dont la plus évidente était une sélection très insuffisante des créanciers bénéficiant du traitement préférentiel, qui conduisait à des résultats contraires à l'objectif de redressement de l'entreprise. Pire encore, le volume des créances relevant du régime de faveur était plus important que nécessaire. De plus, les créanciers dits méritants n'avaient aucune certitude d'être payés, car la priorité de paiement, trop partagée et donc diluée, demeurait souvent théorique⁷⁶³. C'est dire qu'une sélection relâchée des créances pouvant bénéficier du traitement préférentiel pourrait nuire au sauvetage de l'entreprise et par ricochet entraînerait son démantèlement. Pour le Professeur Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, le recours aux seuls critères de régularité et de postériorité aboutit à un gonflement excessif des créances prioritaires⁷⁶⁴. Par ailleurs, la promesse d'un paiement à l'échéance ou d'un rang favorable perd sérieusement en crédi-

⁷⁶² Cass com., 27 novembre 2001, n°97-22.086 : jurisData n°2001-011915 ; JCP E 2002, 763, n°3, obs. M. CABRILLAC ; D. 2002, p.401, obs. A. LIENHARD.

⁷⁶³ F. PEROCHON, « Créances postérieures et la réformes du 26 juillet 2005 », *Gaz. Pal.* 2005.251.57.

⁷⁶⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les privilèges de la procédure », *LPA* 20017.119.72.

bilité lorsqu'elle est faite à trop de créanciers⁷⁶⁵. Les mêmes lacunes pourraient être reprochées au droit OHADA. Car, comme le dit si bien P. GREAU : « À vouloir promettre monts et merveilles à tous, le législateur prend dès lors le risque de compromettre l'efficacité du privilège de la procédure, il faut donc véritablement jouer le jeu de la réduction du cercle des créanciers privilégiés de manière à ce que l'entreprise ne soit pas asphyxiée par les demandes de paiements »⁷⁶⁶.

483. Convaincue de l'intérêt d'une sélection beaucoup plus circonscrite des créances bénéficiant du traitement préférentiel, et surtout de l'importance de rattacher la créance postérieure à l'activité du débiteur, l'ordonnance française du 8 décembre 2008 modifiant l'article L.621-32 a mis en place un nouveau critère d'appréciation de la créance bénéficiant du traitement préférentiel, cette fois en essayant au maximum de restreindre leur nombre. Toutefois, est-ce que la mise en œuvre de ce nouveau critère contribue à une sélection efficace des créances bénéficiant du traitement préférentiel ? La perfection de ce nouveau critère n'est-elle pas nécessaire ?

B : la perfectibilité du critère téléologique

484. Aux termes de l'article L.622-17 du code de commerce, en plus du critère de postériorité et de régularité de la créance, pour bénéficier du traitement préférentiel, la créance postérieure doit être née pour les besoins de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période. Il en résulte que le passif privilégié est ainsi cantonné aux créances utiles à la poursuite de l'activité ou de la procédure⁷⁶⁷. La finalité de la créance pour l'activité du débiteur est désormais le critère supplémentaire de sélection des créances bénéficiant du traitement préférentiel. La prise en compte du critère téléologique avait pour but de limiter le champ d'application du privilège des créances postérieures. Mais la notion de besoin de la procédure et de besoin de la période d'observation a fait l'objet de beaucoup de débats au sein de la doctrine. Au point où, pour certains, elle est inu-

⁷⁶⁵ P. GREAU, « Pour un véritable privilège de la procédure », *LPA* 2008.118.4.

⁷⁶⁶ *Id.*

⁷⁶⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, préc., note 795.

tile⁷⁶⁸. Il est d'évidence que la notion de besoins de la procédure ou de besoins de la période d'observation n'est pas facilement appréhendable. Cependant, la jurisprudence avance parfois l'utilité de la créance pour le débiteur pour octroyer la priorité de paiement à la créance postérieure⁷⁶⁹. Néanmoins, pour certains auteurs, la référence à l'utilité semble contestable car si l'on s'en tient seulement à l'article L.622-17 du code de commerce, il évoque simplement une créance pour les besoins de la procédure et non une créance utile⁷⁷⁰. D'autre part, le critère d'utilité paraît perturbateur, car, bien que sa naissance soit justifiée par la nécessité de la procédure, après coup, elle pourra se révéler inutile⁷⁷¹. Par ailleurs, la question de l'appréciation de l'intensité du lien d'utilité qui doit exister entre la créance et les besoins de la procédure ne reste pas des moindres⁷⁷². En revanche, s'arrêter à l'utilité de la créance pour déterminer le rang prioritaire d'une créance ne serait pas juste, car même la jurisprudence ne se limite pas au seul critère d'utilité. Il en est ainsi de la créance d'indemnité de licenciement qui a été qualifiée par la Cour de créance née pour les besoins de la procédure⁷⁷³.

485. En revanche, si l'on s'en tient à l'esprit de la loi, qui est de réduire le périmètre des créances éligibles au privilège de la procédure, c'est une interprétation stricte du critère d'utilité qui devrait en principe dominer. Pour les partisans de l'interprétation stricte du critère d'utilité de la créance pour l'activité du débiteur, il est important de voir si la créance est née d'un acte ou d'une opération potentiellement utile à la procédure lato sensu⁷⁷⁴. Pour ces derniers, il faut retenir seulement les créances dont le fait générateur procure un avantage au débiteur ou à la procédure⁷⁷⁵. Pour un auteur, cette analyse ne correspond pas au caractère incitatif du privilège de procédure⁷⁷⁶. De plus, cette analyse ajoute une condition à la loi qui ne demande que de tenir compte de l'utilité de

⁷⁶⁸P. GREAU, préc., note 796.

⁷⁶⁹Cass. Com., 1^{er} décembre 2015, n° 14-20688.

⁷⁷⁰A. DUMERY, « Les risques du droit n°8 », *LPA* 2017.017.7.

⁷⁷¹C. SAINT-ALARY-HOUIN, préc., note 795.

⁷⁷²PH. PETEL, *La réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005*, coll. LITEC, 2005.

⁷⁷³Cass. Com., 16 juin 2010, n°08-19351.

⁷⁷⁴F. PEROCHON, préc., note 794.

⁷⁷⁵PH. PETEL, « Les créanciers postérieurs », *Rev. pro. coll.* 2006.1.

⁷⁷⁶L. C. HENRY, préc., note 495.

la créance⁷⁷⁷. Mais si l'on veut tenir compte de la sécurité des tiers qui traitent avec l'entreprise en difficulté et du caractère incitatif du privilège, c'est une conception large de l'utilité qu'il faudrait prendre en compte. La majorité de la doctrine est favorable à cette conception extensive du critère d'utilité. Il sera donc important pour ces derniers, de tenir compte de toutes les créances qui sont la conséquence juridique des opérations de la procédure ou de la poursuite de l'activité⁷⁷⁸. Selon un auteur, pour favoriser le maintien du crédit de l'entreprise en difficulté et lui donner les moyens de poursuivre son activité si un redressement, quels qu'en soient les moyens, est envisageable, il faut préférer la conception large⁷⁷⁹.

486. On observe aussi une tendance de la jurisprudence vers une interprétation souple et extensive du critère téléologique. Ainsi, par exemple, le simple lien entre la créance fiscale et l'activité du débiteur mis sous procédure collective semble suffire à lui octroyer un régime de faveur⁷⁸⁰. Cette conception large de l'utilité de la créance découlant de la notion de besoin de la procédure ou de besoin de la période d'observation est une porte ouverte à l'accroissement du passif du débiteur. Ce qui va en contradiction avec l'objectif de restriction du périmètre des créances voulues par le législateur. Car, comme le fait remarquer un auteur⁷⁸¹, la simple présence d'un critère vague est une invitation à une interprétation large qui contribue au grossissement du périmètre des créances de la procédure. Au final, puisque ni la jurisprudence, ni la loi ne donnent un contenu précis à la notion de besoin de la procédure ou de besoin de la période d'observation, son appréhension risque d'être problématique et participerait d'une interprétation large des créances privilégiées, ce qui, à notre sens, ne manquera pas d'augmenter leur volume au détriment des créanciers chirographaires. En effet, dans la pratique, en l'absence de définition précise, une interprétation large de la notion de besoin de la procédure ou de besoin de la période d'observation risque d'obérer l'objectif de restriction du champ

⁷⁷⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les privilèges de la procédure », *LPA* 2007.117.70.

⁷⁷⁸ PH. PETEL, préc., note 806.

⁷⁷⁹ L. C. HENRY, préc., note 495.

⁷⁸⁰ Cass. Com., 22 février 2017, n°15-17166, obs. D. BOUSTANI ; cass. Com., 14 octobre 2014, n°13-24555, obs. D. BOUSTANI.

⁷⁸¹ P. GREAU, préc., note 796.

d'application du privilège tant recherché par le législateur. Un auteur parle même d'une formulation maladroite susceptible à elle seule de contrecarrer l'objectif recherché⁷⁸².

487. Toutefois, certains auteurs ont tenté de donner une définition à la notion de besoin de la procédure. Ainsi, elle s'entendrait de toutes les créances nécessaires au bon fonctionnement de la période de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire⁷⁸³. Pour d'autres, il semble qu'il faille l'entendre comme renvoyant à des créances inhérentes, nécessaires à la procédure collective, et non utiles au simple débiteur⁷⁸⁴. Il ressort de ces essais de définition, la référence à la finalité de la créance pour l'entreprise, ce qui à notre sens rejoint l'objectif recherché par le législateur français à savoir la restriction du champ des créances prioritaires afin de limiter l'aggravation du passif de l'entreprise préjudiciable non seulement à l'entreprise, mais aussi, au recouvrement des créances chirographaires. Néanmoins, il s'agirait des créances qui, sans l'ouverture de la procédure collective, n'auraient jamais existé. Quant aux créances liées aux besoins de la procédure, il s'agit dans la pratique des frais de justice⁷⁸⁵, des honoraires⁷⁸⁶ des mandataires et administrateurs, des frais d'expertise. Pour ce qui est des besoins de la période d'observation, il faut entendre ici les frais relatifs à la continuation des contrats en cours. Mais toujours est-il que la problématique des créances délictuelles liées ou pas à l'activité du débiteur continue de faire débat au sein de la doctrine.

488. Par ailleurs, tandis que la référence à la notion de prestation fournie au débiteur pendant la procédure collective reste fermée et facilement compréhensible, il sied de noter que la suppression du mot : « pour l'activité professionnelle » du débiteur par la loi du 18 décembre 2008 ne va pas sans étendre le périmètre des créances bénéficiant du traitement préférentiel. En effet, toutes les prestations fournies au débiteur ont forcément une utilité, mais toutes n'ont pas une utilité pour la poursuite de l'activité du débiteur. Donc, devront désormais

⁷⁸² *Id.*

⁷⁸³ H. SALEY SIDIBE, préc., note 784, p. 169.

⁷⁸⁴ A. DUMERY, préc., note 801.

⁷⁸⁵ Cass. Com., 11 juin 2002, n°00-19.038 : jurisData n°2002-014755 ; RJDA 11/2002, n°1171 ; JCP E 2003, chron.231, n°13, obs. CABRILLAC et PH. PETEL, D.2002, P.2121, obs. LIENHARD.

⁷⁸⁶ Cass. Com., 19 juin 2007, n°06-14.242 : jurisData n°2007-039661 ; RJDA 10/2007, n°987 ; D.2007, p.1878, obs. LIENHARD ; JCPE 2007.

bénéficiaire du régime de faveur non seulement les prestations fournies en rapport avec l'activité du débiteur, mais toute autre prestation fournie même celles n'ayant aucun lien avec la continuation de l'activité du débiteur, ce qui à notre sens contribue à un grossissement injustifié du passif de l'entreprise. En effet, on ne peut distinguer là où la loi ne distingue pas. Désormais, peuvent être privilégiées, des créances personnelles au débiteur nées pour les besoins de sa vie courante et familiale et, d'une manière générale, les créances nées en contrepartie d'une prestation qui lui serait fournie « pour des activités étrangères à son activité professionnelle »⁷⁸⁷.

489. À l'évidence, le critère téléologique semble peu satisfaisant pour la restriction du domaine du privilège des créances postérieures. Cependant, le législateur OHADA sans toutefois faire recours de manière explicite au critère téléologique innove en introduisant dans l'article 117 AUPCAP les notions de « créances nées de la continuation de l'exploitation et de toute activité régulière du débiteur ou du syndic ». Il en résulte que si l'on s'en tient au corps du texte, outre les critères classiques de régularité et de postériorité de la créance, le législateur précise que la créance doit naître de la continuation de l'exploitation et de toute activité régulière du débiteur ou du syndic pour être considérée comme créance contre la masse bénéficiant du traitement préférentiel, ce qui pourrait être considéré comme l'amorce d'une prise en compte du critère de finalité de la créance par le législateur africain. Toujours est-il que la doctrine reste partagée. Pour un auteur, à la lecture de cet article, l'idée d'une utilité de la créance est présente et le législateur du droit OHADA ne s'en détourne point⁷⁸⁸. Mais pour un autre auteur, on a juste l'impression que le législateur hésite encore à faire de la continuation de l'exploitation et de sa régularité des éléments indispensables à l'octroi du privilège⁷⁸⁹.

490. Il va sans dire qu'ériger la continuation de l'exploitation au rang de condition d'octroi du privilège des créances de la masse reviendrait à dire que

⁷⁸⁷ F. REILLE, « Les retouches apportées au sort des créances postérieures élus », *Gaz. Pal.* 2009.66.38; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les avatar sde l'article 40 », *Rev. pro. coll.* 2016.1.63.

⁷⁸⁸ S. T. KARFO, « L'identification des créances postérieures éligibles à un traitement préférentiel en droit OHADA et français », *Penant* 2016.896.387.

⁷⁸⁹ R. AKOMO ADAM, « Les clairs obscurs du régime de faveur des créanciers postérieures en droit OHADA des procédures collectives : réflexion à la lumière du droit français des entreprises en difficultés », *Penant* 2015.890.71.

seules les créances liées à l'activité professionnelle du débiteur bénéficient du traitement préférentiel. Or, lorsque l'activité n'est pas poursuivie, des frais sont engagés pour faire fonctionner la procédure et pour assurer la sauvegarde des biens du débiteur, ce qui revient à dire que la continuation de l'activité ne peut être érigée en condition générale⁷⁹⁰ d'application de la créance de la masse car, même si la continuation de l'activité n'est pas admise, des frais sont tout de même engagés pour assurer la poursuite de la procédure. Il serait illogique que ces frais ne bénéficient pas du traitement préférentiel alors qu'ils ont été engagés dans l'intérêt de tous les créanciers. Il faut de ce fait, admettre que la continuation de l'activité de l'entreprise n'est pas la finalité de la procédure collective, mais un moyen pour atteindre soit la sauvegarde et l'apurement de son passif, soit la réalisation de l'actif du débiteur pour apurer son passif⁷⁹¹. La continuation de l'activité du débiteur n'étant pas la finalité des procédures collectives, elle ne saurait être une condition impérative d'octroi du privilège des créances de la masse.

491. Par contre, on observe que la suppression du mot « pour son activité professionnelle » par l'ordonnance du 18 décembre 2008 est justifiée par le fait que toutes les créances nées pour la continuation de l'exploitation ne sont pas toujours des créances utiles pour le redressement de l'entreprise⁷⁹². C'est dans le but d'éviter que les dettes personnelles du débiteur ne soient supportées par l'entreprise au détriment des créanciers antérieurs que fut supprimée cette expression en droit français. De ce fait, admettre la condition de la continuité de l'activité comme critère du traitement préférentiel en droit OHADA serait accepté que toutes les créances, même non liées à l'activité professionnelle du débiteur bénéficient du privilège de la procédure. En effet, une créance même non liée à l'activité du débiteur et qui contribuerait à la continuité de son activité rentrerait dans le champ d'application du privilège de la procédure, ce qui contribue à une interprétation large des créances bénéficiant du traitement préférentiel et fait rentrer dans le périmètre du privilège, les créances personnelles du débiteur ayant contribué de près ou de loin à la continuité de son activité.

⁷⁹⁰ M. CABRILLAC, « L'article 40 de la loi nouvelle et le nouveau privilège de procédure », *Rev. pro. coll.* 1981.1.13.

⁷⁹¹ R. AKOMO ADAM, préc., note 820.

⁷⁹² F. PEROCHON, « Les interdiction de paiement et le traitement des sûretés réelles », *D.* 2009.33.651.

Nous saluons l'effort de restriction du périmètre des créances postérieures introduit en droit OHADA et français, mais il est toujours difficile de déterminer avec précision les créances bénéficiant du traitement préférentiel. La frontière entre les créanciers méritants et non-méritants reste encore très poreuse, ce qui à notre sens ne participe pas à l'objectif de redressement recherché par le législateur.

492. Cependant, pour Fabrice GREAU, afin de restreindre le champ des créances postérieures, il serait important de n'accorder le privilège de la procédure qu'aux créanciers à qui on impose la procédure ou ceux qui ont volontairement accepté de contribuer à l'effort de sauvetage, c'est-à-dire aux créanciers bénéficiant de la continuation des contrats en cours et des créanciers qui ont fourni une nouvelle prestation au débiteur après l'ouverture de la procédure collective, ce qui permettra d'exclure les créanciers extracontractuels, les créanciers fiscaux et sociaux du périmètre du privilège⁷⁹³. Toutefois, pour Fernand DERRIDA, l'exclusion des créanciers sociaux et fiscaux peut être justifiée par le fait que, contrairement aux créanciers chirographaires qui consentent des crédits à l'entreprise, les créanciers fiscaux et sociaux ne consentent aucun crédit à l'entreprise. Concrètement, ils ne sont générateurs d'aucun crédit productif⁷⁹⁴. C'est pour cette raison que, nous partageons, le point de vue de Fabrice GREAU lorsqu'il affirme qu'il serait souhaitable de ne pas appliquer le privilège de la procédure qu'au créancier bénéficiant de la continuation des contrats en cours, mais aussi à ceux qui ont volontairement accepté de participer à l'effort de sauvetage en octroyant un nouveau crédit au débiteur ou à fournissant des prestations au débiteur. Encore faudrait-il que ce nouveau crédit où cette nouvelle prestation soit en rapport avec le redressement de l'activité du débiteur.

493. On observe bien que les critères d'appréciation des créances postérieurs restent à parfaire pour un allègement efficace du passif postérieur nécessaire au redressement de l'entreprise, car on n'ignore pas que l'augmentation du passif de l'entreprise en difficulté est un frein à son rétablissement effectif à cause de la multiplication des prélèvements qui peuvent se faire sur sa substance en pé-

⁷⁹³ F. GREAU, « Pour un véritable privilège de la procédure », *LPA* 2008.118.4.

⁷⁹⁴ F. DERRIDA, préc., note 780.

riode de crise par les créanciers bénéficiant d'un traitement préférentiel. En resserrant le périmètre des créances postérieures, l'allègement du passif postérieur pourra être assuré pour le bénéfice des créanciers chirographaires et aussi pour la sécurité des créanciers postérieurs. En effet, la multiplication des prélèvements sur la substance de l'actif social en période de crise ne favorise ni l'entreprise, ni les créanciers chirographaires, encore moins les créanciers postérieurs qui sont en concours.

§II : LA MULTIPLICATION DES PRÉLÈVEMENTS SUR LA SUBSTANCE DE L'ACTIF SOCIAL EN PÉRIODE DE CRISE

494. Les créanciers postérieurs sont payés immédiatement par prélèvement sur les fonds disponibles (A) et, en l'absence de paiement, ils sont autorisés à exercer toutes les voies de droit contentieuses pour recouvrer leur créance. Concrètement, ils ont le droit de poursuivre leur débiteur (B).

A : un droit au paiement immédiat

495. La règle du paiement des créances postérieures trouve son fondement dans l'article L.622-17 et L.641-13 du code de commerce français et à l'article 108 AUPCAP. Cette règle du paiement immédiat se justifie par le fait que les créanciers postérieurs ou contre la masse ont contribué au redressement de l'entreprise, car c'est grâce à leurs efforts que l'activité du débiteur peut se poursuivre, et aussi, c'est parce qu'ils ont accepté de prendre des risques en traitant avec une entreprise en difficulté que le paiement de leurs créances bénéficie d'un traitement préférentiel.

496. Même si le paiement de ces créances bénéficie du même traitement de faveur, il n'en reste pas moins qu'une différence terminologique existe en ce qui concerne le paiement des créances de la masse ou des créances postérieures. Il s'agit pour le droit OHADA d'un paiement au comptant et pour le droit français d'un paiement à l'échéance. En effet, le paiement à l'échéance permet de prendre en compte le moment de la naissance de l'obligation, afin d'éviter le paiement d'une obligation qui n'est pas encore née ou non échue. Cependant, au terme de l'article L.622-13 du code civil, le paiement au comptant est possible dès lors que l'administrateur décide l'exécution des contrats en cours. On observe toutefois qu'en droit OHADA, le fait d'exiger un paiement

au comptant pour toutes les créances reste problématique surtout en ce qui concerne les contrats à exécution successive, dans la mesure où, exiger leur paiement au comptant, pourra permettre le paiement de dettes échues et même, à échoir, ce qui, dans un contexte de crise, serait préjudiciable pour l'entreprise. Comme le fait remarquer un auteur, il serait judicieux pour le législateur OHADA de prendre en compte la précision introduite par la législation française concernant la complémentarité entre le paiement au comptant et le paiement à l'échéance afin d'éviter tout malentendu ou toute confusion⁷⁹⁵. En effet, le paiement d'une créance à l'échéance permet d'éviter le paiement des créances non encore échues, alors que, en soumettant le paiement des créances de la masse au paiement à l'échéance comme l'a fait le législateur français, le législateur africain contribuerait de manière logique à limiter certains paiements non échus. Ce qui n'est pas négligeable pour une entreprise en crise.

497. Toujours est-il que, que ce soit en droit de l'OHADA ou français, il aurait été plus judicieux que le paiement des créances postérieures ou créances de la masse se fasse conformément aux stipulations contractuelles comme l'avait prévu l'article 15 de la loi de sauvegarde. En effet, aux termes de cette disposition, les créanciers postérieurs devraient être payés selon les stipulations contractuelles des parties. Alors, la volonté des parties devrait primer car on laisserait aux parties au contrat la liberté de déterminer l'échéance de leur contrat. Si tel était le cas, le débiteur face à ses difficultés pourrait prendre des dispositions favorables au maintien de son actif afin de permettre sa sauvegarde. Malheureusement, cette proposition n'a pas été retenue par l'ordonnance française du 18 décembre 2008, ce qui à notre sens est regrettable.

498. Toutefois, la mise en œuvre du paiement de ces créances se fait sur l'ensemble du patrimoine du débiteur tant sur ses biens meubles qu'immeubles. En plus, ce paiement peut se faire non seulement sur les biens existants, mais aussi et surtout sur l'ensemble des biens qui réintègrent le patrimoine du débiteur à la suite des actions en responsabilité exercée contre les tiers par le mandataire de justice dans toutes les procédures et en nullité d'actes conclus au cours de la période suspecte⁷⁹⁶. Au même titre que les créanciers chirographaires, les créanciers postérieurs sont payés sur l'ensemble du patrimoine du

⁷⁹⁵ H. SALEY SIDIBE, préc., note 784, p. 241.

⁷⁹⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, préc., note 686, p. 681.

débiteur en crise. Ils sont donc en concurrence. Mais à la différence des chirographaires, ils sont payés en priorité. Néanmoins, plus les personnes bénéficiant du droit d'être payées au cours de la procédure collective sont nombreuses, plus la faveur du paiement à l'échéance des créanciers postérieurs perd de sa force⁷⁹⁷. Pareillement, plus la dette postérieure est volumineuse, moins les créanciers chirographaires ont des chances de recouvrer leur paiement. Le régime applicable à cette dette postérieure est tel que, le débiteur, l'administrateur ou le syndic ne peuvent leur imposer des délais de paiement. Ainsi, en application de la règle *spécilia généralibus derogant*, la règle du paiement prioritaire des créances postérieures est une règle spéciale qui déroge au texte général. Ainsi, « les dispositions d'ordre public de la règle prioritaire des créances visées par l'article 40 dérogent au texte général de l'article 1241-1 du code civil et s'opposent à l'octroi de délais judiciaires »⁷⁹⁸. Contrairement aux créanciers antérieurs chirographaires qui peuvent se voir imposer des délais de paiement, les créanciers postérieurs ne peuvent se voir imposer des délais, quelle que soit la situation de leur débiteur. Ainsi, dès que la dette postérieure est exigible, les organes de la procédure ou le débiteur devraient payer. De ce fait, le débiteur ou l'organe de la procédure ne peut se fonder sur l'existence d'une créance postérieure pour refuser le paiement d'une autre créance postérieure. Puisqu'aucun délai ne peut leur être imposé, les créanciers postérieurs ne peuvent se voir imposer un plan de sauvegarde, de continuation ou un concordat. À l'opposé du droit OHADA, le législateur français donne la possibilité au débiteur et au créancier de pouvoir négocier. Ainsi, il ressort des dispositions de l'article L.622-13-II du code de commerce que : « À défaut de paiement dans les conditions définies, et d'accord du contractant pour poursuivre les relations contractuelles... ». Il ressort de cet article que, en cas d'accord du cocontractant à défaut du non-paiement à l'échéance de sa créance, le débiteur peut poursuivre les relations contractuelles avec son créancier. C'est dire concrètement que créanciers et débiteurs peuvent de commun accord reporter l'échéance de la dette sans que cela n'affecte la continuation de l'entreprise. Cette faculté offerte au débiteur de renégocier l'échéance du con-

⁷⁹⁷ F. REILLE, préc., note 818.

⁷⁹⁸ Dijon, 13 septembre 1994, D .1995, TGI Paris 29 mai 1997, RJ. Com. 1998, obs. GALLET.

trat participe de la préservation de son actif. À notre sens, le contrat étant une affaire entre les parties, nous ne voyons pas pourquoi le débiteur, en cas d'accord de son créancier, ne renégocierait pas à l'échéance un nouveau délai de paiement. Au final le contrat reste la chose des parties. Donc, même si le législateur OHADA n'a pas prévu implicitement cette possibilité de renégocier l'échéance du contrat en cours de procédure collective, rien n'empêche le débiteur et son cocontractant de renégocier l'échéance de leur contrat. Encore faut-il que les parties acceptent de le faire. Donc, à l'arrivée de l'échéance, le débiteur qui n'a plus assez de fonds peut, solliciter son créancier pour une renégociation d'un nouveau terme. En revanche en cas d'échec, ou de refus du créancier, celui-ci peut agir individuellement en exécution forcée sur l'actif du débiteur.

B : le droit d'exécution forcée du créancier postérieur sur l'actif social en difficulté

499. L'institution de la règle de l'arrêt des poursuites individuelles est l'illustration la plus visible du caractère collectif de la saisie qui frappe le patrimoine du débiteur dès l'ouverture d'un redressement judiciaire ou de la liquidation⁷⁹⁹. L'idée est de protéger le patrimoine du débiteur des poursuites incontrôlées des créanciers. Le créancier chirographaire n'ayant pas de privilège à faire prévaloir, la seule protection qui lui reste à ce niveau est la préservation du patrimoine de son débiteur. Comme en droit français, la règle de l'arrêt des poursuites individuelles est instituée en droit OHADA.

500. On sait que les dispositions du droit OHADA et du droit français permettent aux créanciers postérieurs en cas de non-paiement à l'échéance ou de paiement comptant d'exercer toutes les voies contentieuses afin d'obtenir le paiement de leur créance. La Cour de cassation française l'a admis dès son arrêt du 20 juin 1989⁸⁰⁰. En reconnaissant ainsi à ces derniers le droit de poursuite sur le bien du débiteur en difficulté, le créancier insatisfait pourra ainsi exercer toute action ou voie d'exécution en vue du recouvrement de sa créance. Il est ainsi doté d'un droit d'exécution forcée à l'égard du débiteur en difficul-

⁷⁹⁹ M. SENECHAL, préc., note 685, n° 505.

⁸⁰⁰ Cour de cass., 20 juin 1989, Bull. civ. , n°196, JCP E 1990, II, n°15658, obs., M. CABRILLAC et Ph. PETEL cité par C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficultés*, 9^e éd., LGDJ, 2015, n° 680

té, sauf que l'exercice de ces voies de droit est conditionné par l'obtention d'un titre exécutoire qui, de manière générale, permet au créancier de saisir n'importe quel bien du débiteur pour se faire payer. Il faut reconnaître que l'admission de ce droit de poursuite est contestable à plusieurs égards.

501. Premièrement, l'admission de ce droit d'exécution forcée déroge au principe du droit de gage général reconnu aux créanciers chirographaires sur le patrimoine de leur débiteur, c'est-à-dire qu'elle méconnaît la saisie collective exercée sur le patrimoine du débiteur dès l'ouverture des procédures collectives. En principe, l'ouverture des procédures collective rend indisponibles les biens qui se trouvent dans son patrimoine. L'idée est de préserver ces biens afin qu'ils puissent servir le paiement des créanciers dont les droits sont gelés par l'ouverture de la procédure. Elle se présente en quelque sorte comme une saisie générale opérée par les créanciers antérieurs sur le patrimoine du débiteur. Et, selon l'adage « saisie sur saisie ne vaut », aucune saisie ne devrait plus en principe prospérer sur le patrimoine du débiteur dès l'ouverture des procédures collectives. Néanmoins, la reconnaissance du droit d'exécution forcée sur le patrimoine du débiteur aux créanciers postérieurs ou de la masse en cas de non-paiement de leur dette exigible est la preuve d'une méconnaissance des principes précités, car l'admission des poursuites individuelles des créanciers postérieurs ignore l'indisponibilité qui frappe le patrimoine du débiteur dès l'ouverture des procédures collectives.

502. Deuxièmement, l'exercice de droits par les créanciers postérieurs ou de la masse perturbe l'ordre des paiements sur laquelle débouche la saisie collective des biens du débiteur dès l'ouverture des procédures collectives. Or, l'idée de l'instauration d'un ordre de paiement est la preuve que le paiement des créanciers n'est plus le prix de la course. En étant le premier à demander l'exécution forcée d'un bien du débiteur, le créancier postérieur impayé bénéficie du prix de la course⁸⁰¹. Puisque le paiement est le prix de la course⁸⁰² ou la loi de la jungle selon le professeur CABRILLAC⁸⁰³, il est ainsi payé avant tous les

⁸⁰¹ M. SENECHAL, préc., note 685, p. 583.

⁸⁰² C. SAINT-ALARY-HOUIN, préc., note 818.

⁸⁰³ Obs. sous cass. com. 13 novembre 2002, JCP E 2003. 760, n°2.

autres créanciers mêmes les créanciers bénéficiant d'un rang supérieur⁸⁰⁴. Ainsi, le créancier postérieur qui saisit et vend un bien du débiteur est prioritaire sur le prix de vente. Il se trouve de ce fait mieux payé qu'un créancier de rang supérieur. C'est pour cela qu'un auteur affirme que l'exercice du droit de poursuite des créanciers postérieurs perturbe l'ordre légal des paiements. En effet, ces créanciers sont remboursés sur les premiers fonds disponibles, nonobstant l'existence de toute autre créance⁸⁰⁵. Cette priorité de paiement place les créanciers postérieurs au-dessus de tous les autres créanciers.

503. Cependant, l'autorisation de l'exécution forcée sur le patrimoine du débiteur par les créanciers postérieurs entraîne des conséquences non-négligeables.

504. En effet, l'assiette du gage des créanciers chirographaires sera réduite comme une peau de chagrin. Le créancier postérieur, après l'obtention de son titre exécutoire, peut mettre en œuvre les voies d'exécution sur les biens du débiteur en procédure collective. De ce fait, il dispose sans aucune limite de toutes les voies d'exécution à sa disposition. Ainsi, le créancier postérieur pourra pratiquer une saisie attribution ou un avis à tiers détenteur⁸⁰⁶ sur le patrimoine de son débiteur, ce qui implique la sortie du bien du patrimoine du débiteur et la déduction de ce bien du gage général des créanciers chirographaires.

505. Par ailleurs, le paiement des créanciers postérieurs ou de la masse se fait parfois au détriment du redressement de l'entreprise. Il est remarquable de constater que l'exercice de ce droit est général, car il peut s'appliquer sur les biens meubles ou immeubles du débiteur excepté ceux qui sont assortis d'un privilège spécifique. De même, l'exercice du droit de poursuite se fait sans tenir compte du caractère important ou pas du bien pour la poursuite de l'activité du débiteur. En réalité, tous les biens meubles et immeubles du débiteur peuvent faire l'objet de saisie par le créancier postérieur. De ce fait, la saisie d'un bien important de l'entreprise peut valablement compromettre la poursuite de

⁸⁰⁴ Cass. Com., 11 février 1997, n°94-21.784 : JCP E 1997, 651, n°01, obs. M. CABRILLAC, Re. Proc. Coll., 1997, p.312, obs. p. CANET, p.457, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN, RTD com. 1998, p.210, obs. M. SERF.

⁸⁰⁵ G. BERTHELOT, « Les créanciers méritants », *Rev. pro. coll.* 2011.4.

⁸⁰⁶ M. CABRILLAC, « Créances de l'article 40, saisie attribution ou avis à tiers détenteur ; efficacité en dépit des créances d'un rang supérieur », (1997) 1-17 *JCP E* 185.

son activité et ainsi, conduire l'entreprise vers une cessation de paiements. Si par exemple, les machines servant à la production des biens de l'entreprise font l'objet d'une saisie par un de ses créanciers postérieurs non payé à l'échéance, tout ce qui reste à faire, c'est la liquidation judiciaire, car s'il ne produit plus, il ne pourra plus assurer ses commandes auprès de ses potentiels clients. La saisie de certains biens peut ainsi compromettre le sauvetage de l'entreprise si elle porte sur des biens indispensables de l'entreprise. Il est à craindre un démantèlement de l'actif social dû aux poursuites intempestives des créanciers postérieurs.

506. En revanche, la seule limite imposée à la poursuite des créanciers c'est l'insaisissabilité des sommes déposées à la caisse des dépôts et consignations. Ces sommes sont en principe réservées au paiement des créanciers antérieurs selon leur rang de paiements. Il faut noter que, même si le législateur OHADA ne règle pas la question de la saisissabilité de ces sommes, il n'en demeure pas moins vrai que, les créanciers chirographaires classés derniers dans l'ordre de paiement ont très peu de chances de profiter de ces sommes pendant sa répartition. La longue liste des créanciers primant les chirographaires ne permet pas à ces derniers d'être désintéressés dans la procédure d'ordre imposée par le législateur OHADA et français.

507. On sait que le paiement à l'échéance ou au comptant des créances privilégiées et le droit de poursuite accordé à ces derniers peuvent dans une certaine mesure compromettre le redressement tant recherché de l'entreprise. Or, la liberté de contracter que détient le débiteur lui permet de prendre du crédit même au-delà de ses capacités de remboursement, ce qui, à long ou à court terme pourrait favoriser un volume important de créances postérieures non payé. Or, on sait que le non-paiement à l'échéance ou au comptant donne le droit de poursuite au créancier postérieur. Ainsi, le créancier postérieur impayé peut exercer son droit de poursuite sur les biens meubles et immeubles du débiteur. À l'évidence, l'exercice des voies d'exécution ayant un effet attributif immédiat⁸⁰⁷ pourra conduire automatiquement à la destruction de l'actif social nécessaire au redressement de l'entreprise. L'exercice des voies d'exécution de manière intempestive n'aide pas au sauvetage de l'entreprise mais risque de

⁸⁰⁷ J. THERON, « Créances postérieures », *BJED* 2017.1.60.

compromettre son redressement. En conclusion, l'exercice des voies d'exécution pendant le déroulement des procédures collectives par les créanciers postérieurs peut déstabiliser le redressement de l'entreprise surtout si un des outils importants de l'entreprise fait l'objet d'une saisie par le créancier postérieur. Ceci nous amène à dire qu'il serait plus légitime de favoriser le paiement à l'échéance en limitant au maximum l'exercice des voies d'exécution pendant le déroulement des procédures collectives. De plus, favoriser le paiement à l'échéance plutôt que l'exercice des poursuites intempestives des créanciers contribuerait à favoriser le redressement de l'entreprise.

508.

CONCLUSION CHAPITRE II

509. Au final, lorsqu'une entreprise est en difficulté, le recouvrement des créanciers chirographaires l'est aussi. En effet, la multiplication des paiements directs et les revendications et restitutions admises, au lieu de favoriser le sauvetage de l'entreprise, peuvent contribuer à sa fragilisation. En matière de revendication, le législateur OHADA ou français ne distingue pas selon que la revendication porte sur un bien important ou pas de l'entreprise. Ainsi, la destruction de l'actif de l'entreprise due à des revendications amoindrit considérablement les chances de redressement de l'entreprise et par ricochet freine le recouvrement des créances chirographaires.

510. En revanche, l'entreprise déjà affaiblie par les créances antérieures se voit à nouveau asphyxiée par le nouveau passif né après le jugement d'ouverture de la procédure. On constate tout de même que les critères d'appréciation du passif postérieur sont assez englobants. Même si le législateur français a essayé de réduire le périmètre de ces créances en instaurant le critère d'utilité de la créance, il n'en demeure pas moins vrai qu'il ne contribue pas à une restriction efficace du périmètre des créances postérieures. Alors, le passif postérieur reste toujours important pouvant ainsi compromettre le sauvetage de l'entreprise et aussi concurrencer durablement le crédit chirographaire.

CONCLUSION TITRE I

511. Le redressement possible des entreprises en difficulté laisse apparaître la nécessité d'une implication des créanciers dans le déroulement des procédures. Mais, de manière plus efficace, elle appelle une consultation et un pouvoir réel des créanciers chirographaires pour la défense de leurs intérêts propres. C'est ainsi que, autant en droit OHADA que français, les créanciers sont consultés pour donner leur avis sur les propositions faites par le débiteur. Toutefois, nous pensons qu'il est possible, à l'instar du droit américain d'instituer une entité homogène de créanciers chirographaires capables de défendre efficacement leurs intérêts. En effet, même s'il est judicieux de réserver un quota de places aux créanciers chirographaires pour pallier l'incertitude de leur désignation par le syndic ou le juge-commissaire, encore faut-il qu'ils puissent exercer leur mission en toute quiétude. On constate que les contrôleurs exercent leur mission à titre gratuit, mais les actions qu'ils sont appelés à exercer dans l'intérêt de tous les créanciers ne sont pas gratuites. En réalité, tout procès entraîne des coûts qui au final sont supportés par la partie qui succombe au procès. De ce fait, les coûts du procès peuvent être source d'appauvrissement pour un créancier chirographaire qui agit dans l'intérêt de tous. C'est la raison pour laquelle les coûts des actions exercées par les contrôleurs pourraient être pris en charge comme des frais de procédure en cas de perte du procès, dans le but de favoriser davantage l'attractivité de la mission de contrôleur.

512. Par ailleurs, il serait souhaitable, dans le but d'éviter le vidage de l'actif social gage des créanciers chirographaires, d'attribuer un privilège aux créanciers revendiquant qui accepterait de retarder leur revendication. De même, les créanciers postérieurs pourraient bénéficier d'un rang de paiement prioritaire dans l'ordre des paiements afin de les inciter à retarder au maximum leur paiement et permettre ainsi au débiteur d'éviter les poursuites intempestives de ces derniers.

513. En définitive, l'efficacité de l'implication des créanciers chirographaires suppose l'existence d'une entité homogène capable de défendre leur intérêt propre et aussi d'éviter leur appauvrissement. Cependant, l'essentiel étant leur

paiement, il faudrait non seulement éviter le vidage de l'actif, mais aussi et surtout, limiter au maximum l'augmentation du passif de l'entreprise. Il faut dire que la clôture de la liquidation laisse un nombre important de créanciers chirographaires
impayés.

TITRE II : UN PAIEMENT ALÉATOIRE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES À LA CLÔTURE DE LA LIQUIDATION POUR INSUFFISANCE D'ACTIF

514. Il n'est point étonnant de constater que les créanciers chirographaires se trouvent très souvent sans paiement de leur créance dès lors que la procédure collective se clôture pour insuffisance d'actif. Sans garantie, ces derniers n'ont que leurs yeux pour pleurer face à un débiteur complètement insolvable. Cette situation critique pour ces créanciers ne laisse personne indemne surtout que le non-paiement de ces derniers peut être la cause de leurs propres difficultés entraînant avec eux pas mal d'entreprises.

515. Les créanciers chirographaires, n'ayant pas pris la peine de sécuriser leur créance au départ, font très souvent face au non-paiement de leur créance à la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif. Néanmoins, il faut dire qu'on ne reste pas toujours chirographaire par choix délibéré. En effet, la loi de concurrence qui règne dans le monde des affaires oblige plus d'un créancier à rester chirographaire. Sans toutefois nous appesantir sur les multiples raisons qui peuvent pousser un créancier à rester chirographaire, il faut noter que les créanciers chirographaires sont le plus souvent des chefs d'entreprise, et en tant que tels ils ont besoin d'être protégés. Le fondement d'une telle protection peut résider dans le fait que, en tant que débiteur lui-même, le créancier chirographaire impayé peut aussi faillir à ses propres engagements mettant ainsi d'autres créanciers en difficulté.

516. L'analyse laisse apparaître que le désintéressement insuffisant est dû à la procédure d'ordre (Chapitre I) et qu'il est nécessaire d'explorer des voies alternatives pour y remédier (Chapitre II).

CHAPITRE I : LE DIFFICILE RECOUVREMENT DES CRÉANCES CHIROGRAPHAIRES DÛ À LA PROCÉDURE D'ORDRE

517. Les procédures collectives ont aussi pour finalité l'apurement du passif du débiteur. Ainsi, le constat de l'impossibilité de redresser une entreprise conduit forcément à sa liquidation afin de payer les créanciers. Or, la procédure de liquidation n'a pas toujours une issue heureuse, c'est-à-dire qu'elle ne se solde pas toujours avec une extinction du passif du débiteur. Concrètement, le passif est très souvent plus élevé que l'actif restant à distribuer. Dans ce cas, la répartition de l'actif disponible se fait sur la base d'un ordre de paiement. Ainsi, autant en droit OHADA que français, lorsque la procédure se clôture par une insuffisance d'actif, une procédure d'ordre des paiements est imposée au liquidateur. Le paiement n'est plus le prix de la course mais un paiement selon le rang. Les créanciers chirographaires occupent la dernière place dans l'ordre des paiements, c'est-à-dire qu'ils ne sont payés qu'après complet désintéressement des créanciers de rang supérieur. Alors, « si l'égalité était l'âme des procédures collectives, alors elles ont perdu leur âme »⁸⁰⁸ car, l'ordre des paiements est dominé par la primauté des créanciers privilégiés sur les chirographaires. On observe bien que, si la procédure se clôture pour insuffisance d'actif, cela revient à dire que l'actif disponible ne peut couvrir tout le passif exigible. Classés derniers dans l'ordre des paiements, les créanciers chirographaires ont très peu de chances de recevoir leur paiement. On assiste donc généralement à une absorption totale de l'actif par les créanciers de rang supérieur au détriment des chirographaires (Section I).

518. Malgré ce constat alarmant pour les créanciers chirographaires, les législateurs OHADA et français sont obnubilés par un droit de rebond du débiteur défaillant, c'est-à-dire la protection du débiteur. Ainsi, la défaillance du débiteur n'est plus une fatalité. Tout au contraire, il faut l'aider à rebondir. De ce fait, il faut donner une chance au débiteur de rebondir après une défaillance. Pour permettre au débiteur défaillant de facilement recréer une autre entreprise, les deux législations font le choix de bloquer les poursuites contre le débiteur.

⁸⁰⁸ F-X LUCAS, « Rapport de synthèse », *BJED* 2012.05.336.

Ainsi, ce dernier ne pourra plus être inquiété par les poursuites de ses créanciers s'il reprend une nouvelle activité. Désormais gouverné par la non-reprise des poursuites individuelles des créanciers après la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif, le droit des entreprises en difficulté est favorable à la protection du débiteur, même après la clôture des liquidations, ce qui contribue au développement de techniques d'effacement automatique de la dette au profit du débiteur défaillant. (Section II).

SECTION I : LE RISQUE D'ABSORPTION TOTALE DE L'ACTIF PAR LES CRÉANCIERS DE RANG SUPÉRIEUR

519. D'une manière générale, dès l'ouverture d'une procédure de liquidation, le syndic ou le liquidateur est chargé de réaliser l'actif du débiteur afin d'apurer son passif. Ainsi, le syndic ou le liquidateur devient le gestionnaire de l'entreprise parce que le débiteur est dessaisi de sa gestion. Ce dessaisissement prive le débiteur de l'accomplissement des actes d'administration ou de disposition. C'est pourquoi tout est désormais confié au syndic ou au liquidateur dont la mission consiste à préserver les intérêts des créanciers. On remarque alors que le syndic ou le liquidateur se substitue au débiteur, en ce sens qu'il est habilité à accomplir tous les actes de procédure. En effet, la réalisation de l'actif du débiteur est la plus importante en ce sens qu'elle permet d'apurer le passif du débiteur. De ce fait, le syndic est non seulement chargé de vendre les biens meubles et immeubles du débiteur, mais aussi et surtout du recouvrement des créances du débiteur. Cependant, conscient du fait que l'exercice d'une action en responsabilité peut procurer aux créanciers une indemnisation pouvant couvrir une partie de leur créance, la responsabilité de ceux ou celles qui ont contribué de quelque manière que ce soit à l'insuffisance d'actif peut être engagée. De ce fait, le syndic est aussi chargé d'exercer de telles actions dans l'intérêt et pour le compte des créanciers. Malheureusement, le partage des produits de la réalisation de l'actif du débiteur et des actions en insuffisance d'actif ne sont pas soumis au même régime. Même si les produits de la réalisation de l'actif du débiteur sont gouvernés par une procédure d'ordre, il n'en demeure pas moins que les créanciers chirographaires occupent une position inconfortable car classés derniers dans l'ordre des paiements (§I). Néanmoins,

on observe une position ambiguë des créanciers chirographaires dans la répartition des fruits des actions en responsabilité pour insuffisance d'actif (§II).

§I : UNE POSITION INCONFORTABLE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES LORS DE LA RÉPARTITION DES PRODUITS DÉCOULANT DE LA RÉALISATION DE L'ACTIF DU DÉBITEUR

520. Lorsque l'insuffisance d'actif est avérée, dans ce cas comme son nom l'indique, les produits de la répartition de l'actif du débiteur ne permettent plus de désintéresser, même partiellement, les créanciers⁸⁰⁹. À titre illustratif, ce critère avait été interprété de manière extensive par une cour d'appel. Heureusement, cette décision sera censurée par les hauts magistrats de la Cour de cassation pour qui les difficultés de réalisation ou la perspective d'un faible prix de cession ne constituent pas l'impossibilité de poursuivre les opérations de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif⁸¹⁰. De ce fait, dès lors que l'insuffisance d'actif est avérée et que les opérations de réalisation de l'actif sont clôturées, tous les créanciers ne peuvent être désintéressés que selon une procédure d'ordre établie par les législateurs. Or, force est de constater que le prétendu apurement du passif se traduit en réalité presque toujours par une véritable épuration des créanciers, plus ou moins tragique selon les circonstances⁸¹¹. La procédure d'ordre de paiement, telle qu'instaurée dans les deux législations, range le créancier chirographaire au dernier rang des paiements. Ainsi, on observe que le créancier chirographaire est classé dernier dans l'ordre des paiements (A) mais aussi et surtout, les créanciers privilégiés sont en concours avec ces derniers pour le restant de leur dû (B).

A : un créancier chirographaire classé dernier dans l'ordre des paiements

521. Avant le paiement des créanciers chirographaires, il existe une pléthore de créanciers privilégiés à désintéresser. Il s'agit des créanciers privilégiés et généraux des frais et dépens de la liquidation tels que les honoraires du syndic ou du notaire, des subsides accordés au chef d'entreprise ou au dirigeant ou à

⁸⁰⁹ Article R 643-16 du Code de commerce

⁸¹⁰ J. P. SORTAIS, « La notion d'insuffisance d'actif, cause de la clôture de la procédure », *LPA* 2008.110.24.

⁸¹¹ B. BERGER-PERRIN, « Que reste-t-il de la finalité traditionnelle des règlements du passif ? », *Rev. pro. coll.* 2012.3.86.

leur famille et des sommes payées aux créanciers privilégiés⁸¹². Deux catégories de créance sont traitées à part, dont le montant nécessaire à leur paiement doit être "distrait" de l'actif avant toute répartition aux autres créanciers : celles correspondant aux frais et dépens de la liquidation judiciaire et aux subsides accordés au débiteur personne physique ou aux dirigeants ou à leur famille⁸¹³. Ces prélèvements viennent minorer l'actif⁸¹⁴. De plus, certaines sommes correspondantes aux créances non encore entièrement admises et aux rémunérations des dirigeants sont prélevées et mises en réserve⁸¹⁵. Ces multiples prélèvements sur l'actif réalisé diminuent considérablement sa consistance avant la répartition effective.

522. En revanche, le périmètre des frais et dépend de la liquidation visée par l'article L.622-8 du code de commerce n'a pas manqué de soulever quelques interrogations au sein de la doctrine et de la jurisprudence. En effet, s'agit-il de tous les frais de la liquidation ou seulement d'une partie ? La lecture de l'article ne nous donne pas plus de précision. Mais un arrêt de la Cour de cassation⁸¹⁶ vient préciser les conditions dans lesquelles les frais de justice sont prélevés prioritairement sur le prix de vente d'un immeuble hypothéqué. Pour la Cour de cassation, seuls les frais de justice antérieurs au jugement priment les créances hypothécaires. En statuant ainsi, la Cour fait une distinction entre frais de justice nés avant l'ouverture de la procédure et ceux nés après l'ouverture de la procédure. En adoptant une acceptation restrictive des frais et dépens de la liquidation judiciaire, les hauts magistrats de la Cour de cassation adoptent une solution qui avait déjà été anticipée et préconisée chacun à sa façon, par les Professeurs Pierre-Michel LE-CORRE et Françoise PEROCHON⁸¹⁷. Il en résulte que cette solution, bien qu'intéressante à plusieurs égards, ne l'est que pour le créancier hypothécaire, car elle n'aura aucune incidence sur les créanciers chirographaires qui restent primés par les créanciers postérieurs.

⁸¹² Article L.643-8 du Code de commerce

⁸¹³ A. JACQUEMONT et R. VABRES, préc., note 438.

⁸¹⁴ P.-M. LE CORRE, préc., note 44, n° 591.43.

⁸¹⁵ Article L.643-8 du Code de commerce.

⁸¹⁶ Cass. Com., 11 juin 2014, n°13-17.997

⁸¹⁷ A. LIENHARD, « Liquidation judiciaire : paiement prioritaire des créanciers privilégiés et subrogation de l'AGS », *D.* 2014.1270.

523. Ce n'est en principe qu'après désintéressement des créanciers postérieurs que l'ordre de paiement ordinaire est respecté. En effet, aux termes de l'article L.641-13 du Code de commerce, : "Sont payés à échéance les créanciers nés régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire: -si elles sont nées pour les besoins du déroulement de la procédure ou du maintien provisoire de l'activité ; -si elles sont nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant le maintien de l'activité⁸¹⁸ ou en exécution d'un contrat en cours décidée par le liquidateur; -ou si elles sont nées des besoins de la vie courante du débiteur personne physique..." il ressort de cette disposition que ces créances sont payées dès qu'elles arrivent à échéance. Elles sont payées par privilège à toutes les autres créances, sans préjudice des droits de rétention opposables à la procédure collective⁸¹⁹. Cette priorité des paiements à l'échéance des créances postérieures contribue à l'amoindrissement de l'actif social avant sa distribution effective.

524. Après distraction de ces sommes, la répartition des fruits de la réalisation de l'actif social se fait selon une procédure d'ordre ordinaire imposée qui, dans ses grandes lignes, est très similaire en droit OHADA et français des procédures collectives, les créanciers de rang inférieur n'étant payés qu'une fois les créanciers de rang supérieur intégralement remboursés⁸²⁰. Les créanciers chirographaires ne sont payés qu'après complet paiement des créanciers munis de sûretés et privilège. Le classement se fait selon l'ordre prescrit par les articles L.641.13 du Code de commerce français et 166 et 167 de l'AUPCAP. Toutefois l'ordre est distinct selon qu'on se trouve face à la répartition des produits provenant d'un meuble ou d'un immeuble. Cependant, la multiplicité des privilèges spéciaux et l'existence des sûretés assorties d'un droit de rétention rendent encore plus complexe qu'en matière mobilière le classement selon la procédure d'ordre⁸²¹.

525. L'organisation collective qui soutient la procédure collective continue à produire ses effets même lors de la répartition des produits de l'actif du débiteur. De ce fait, tous les créanciers sont en concours sur les produits de la réali-

⁸¹⁸ P. M. LE CORRE, « Les créances postérieures et l'ordonnance du 12 mars 2014 », *BJED* 2014.191.

⁸¹⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, préc., note 721.

⁸²⁰ D. BORCAN, préc., note 620.

⁸²¹ A. JACQUEMONT et R. VABRES, préc., note 438, n° 1045.

sation de l'actif du débiteur. Mais seulement, ils ne sont pas égaux face aux produits de la réalisation, la primauté des privilèges et garantie restant de mise, ce qui reste une aubaine pour les créanciers titulaires de privilèges car même certains créanciers antérieurs titulaires de privilèges généraux priment les créanciers chirographaires. Il s'agit par exemple des créances bénéficiant du privilège de la sécurité sociale entre autres l'Urssaf, la caisse de retraite, le trésor public... ces créances bénéficiant d'un privilège général, les institutions fiscales et de prévoyance absorbent souvent une grande partie de l'actif et laissent impayés les créanciers chirographaires⁸²². Malheureusement, ces derniers sont tenus d'attendre impatiemment toutefois en espérant qu'il reste quelque chose.

526. En réalité, le classement des créanciers fondé sur les principes régissant l'ordre des sûretés est celui du droit commun⁸²³. Contrairement au législateur français qui fait passer les créances salariales, garanties par le super-privilège des salaires⁸²⁴ avant toutes les autres créances, ces dernières passent au troisième rang dans le classement OHADA, supplantées par les créanciers bénéficiant du privilège de l'argent frais accordé aux créanciers qui, pendant la procédure de conciliation, de règlement préventif ou de redressement judiciaire a fait un nouvel apport de trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité. À cet égard, le liquidateur prélève d'abord la part réservée aux créanciers bénéficiant du privilège de l'argent frais pour ce qui est du droit OHADA et ceux de créanciers salariés pour ce qui est du droit français avant toute distribution de l'actif.

527. Il sied de mentionner que les créanciers chirographaires ne sont payés qu'après le paiement de tous les créanciers bénéficiant de privilèges spéciaux et généraux. Le paiement de tous ces créanciers s'impute donc sur le produit de l'actif. Face à une entreprise déjà fragilisée, le produit de l'actif est très souvent dérisoire et ne peut très souvent pas désintéresser tous les créanciers du débiteur surtout lorsque la liquidation a été clôturée pour insuffisance d'actif. Hormis le fait qu'il y a une priorité de paiement des créanciers privilégiés par rap-

⁸²² C. SAINT-ALARY-HOUIN, préc., note 721, n° 669.

⁸²³ *Id.*, n° 1345.

⁸²⁴ P. M. LE CORRE, « Cotisation sociale de retraite dues par un professionnel libéral et super-privilège des salaires », *LPA* 2012.52.3.

port aux créanciers chirographaires, les créanciers privilégiés impayés sont admis à titre chirographaire pour le restant de leur dû.

B : un créancier chirographaire en concours avec les privilégiés pour le solde de leur créance

528. Lorsqu'au cours de la répartition des produits de la réalisation de l'actif du débiteur, certains créanciers privilégiés n'ont pas reçu la totalité de leur créance sur la réalisation des actifs grevés, ils deviennent des créanciers chirographaires pour le solde de leur créance et sont placés sur un pied d'égalité avec les créanciers chirographaires d'origine. Ils sont donc appelés à partager avec les créanciers chirographaires la masse chirographaire restante. Si le créancier privilégié, après avoir perçu ce qui lui revient au titre des répartitions du prix des actifs grevés à son profit, n'est pas complètement désintéressé, l'article L.622-27 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi de sauvegarde des entreprises, reprenant une solution du droit commun des sûretés, énonce que: «Les créanciers privilégiés ou hypothécaires, non remplis sur le prix des immeubles, concourent avec les créanciers chirographaires pour ce qui leur reste dû" et l'article L.643-4 du code de commerce de renchérir: «Si une ou plusieurs distributions de sommes précèdent la répartition du prix des immeubles, les créanciers privilégiés et hypothécaires admis concourent aux répartitions dans la proportion de leurs créances totales". Il résulte de ce dernier article que les créanciers privilégiés n'ayant encore rien reçu sur le prix de la vente des biens grevés à leur profit participeront avec les créanciers chirographaires à la répartition du produit de la masse chirographaire pour la totalité de leur créance. Cette règle a pour objet de garantir le paiement des créanciers privilégiés au détriment des chirographaires parce que, tant qu'ils n'ont pas reçu l'intégralité de leur créance, ils deviennent chirographaires pour le restant de leur dû. Ce renforcement de la protection des créanciers privilégiés même au moment de la répartition des produits de l'actif affecte les droits des créanciers chirographaires en améliorant sensiblement la situation des créanciers titulaires de sûretés spéciales⁸²⁵. Cette participation partielle des créanciers privilégiés pour le restant de créance vient ainsi augmenter la masse des créanciers chirographaires en diminuant ainsi les parts qui pourraient être payées au marc le

⁸²⁵ P.-M. LE CORRE, préc., note 44, n^{os} 591-45.

franc au créancier chirographaire. Cette solution inéquitable à notre sens mérite d'être corrigée. En effet, les créanciers chirographaires n'ont, dans l'immense majorité des procédures, que peu d'espoir d'obtenir un paiement significatif (en moyenne 5%)⁸²⁶. Il est de ce fait logique que, afin d'améliorer leur situation et de rééquilibrer un peu les rapports entre créanciers privilégiés et chirographaires, les créanciers privilégiés qui ont au moins pu obtenir un paiement partiel de leur créance, ne puissent plus être considérés comme chirographaires pour le restant de leur dû. En effet, l'organisation collective qui gouverne les procédures collectives ne doit pas seulement imposer des sacrifices aux créanciers chirographaires mais aussi certains sacrifices doivent être imposés aux créanciers privilégiés, par exemple celui d'être désintéressés seulement sur le prix de vente des biens grevés à leur profit et, si jamais la vente de ce bien est insuffisante pour son désintéressement complet, qu'ils puissent supporter la perte. Cette solution est à notre sens équitable. Chaque créancier supporte ainsi une partie des pertes. Ce n'est qu'en ce sens qu'on peut préserver le reste de l'actif dédié au créancier chirographaire en augmentant les chances de paiement de ces derniers. Cette solution favorise le partage des risques de l'entreprise entre les créanciers.

529. La clôture pour insuffisance d'actif, qui est de très loin l'issue la plus fréquente des procédures de liquidation⁸²⁷, est décidée lorsque la poursuite des opérations de liquidation est rendue impossible en raison de l'insuffisance d'actif⁸²⁸. Le taux de désintéressement des créanciers chirographaires étant extrêmement faible de l'ordre 3 à 5%⁸²⁹, les statistiques dans les autres pays font état du même constat. Aux États-Unis par exemple, le produit de la réalisation des actifs est absorbé par le passif postérieur et privilégié, de telle sorte qu'il est effectivement rare que les créanciers chirographaires perçoivent quelque chose.

⁸²⁶ A. JACQUEMONT et R. VABRES, préc., note 438, n° 1045.

⁸²⁷ *Id.*, n° 1056.

⁸²⁸ Aux termes de l'article L.643.11 du code de commerce, il est tout de même important de noter que depuis l'ordonnance du 12 mars 2014 en France, la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif peut intervenir alors que le débiteur détient encore certains actifs dès lors que l'intérêt de poursuivre les opérations de liquidation judiciaire est disproportionné par rapport aux difficultés de réalisation des actifs résiduels. Par ailleurs, la même ordonnance autorise la clôture de la liquidation judiciaire en cas d'instance en cours.

⁸²⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, préc., note 721, n° 1376.

De même, sous le régime de l'ancien droit allemand de la faillite qui accordait une position forte aux créanciers garantis et privilégié, le taux de remboursement des chirographaires, variait selon les études à 3,5 à 7%⁸³⁰. Vu le faible taux de remboursement des créanciers chirographaires, certaines législations ont annulé partiellement ou totalement le privilège des salariés du débiteur et du fisc. En Allemagne, par exemple, ces privilèges ont été totalement supprimés avec l'entrée en vigueur du nouveau code d'insolvabilité. En République Tchèque, après le paiement intégral des créanciers postérieurs, les sommes à distribuer sont divisées en deux parties: 30% sont réservées au paiement des créances salariales échues durant les trois années précédant l'ouverture et 70% au remboursement des autres créances, le passif fiscal ayant été totalement supprimé. Ces modifications sont soutenues par l'idée selon laquelle la protection des intérêts des salariés et du budget de l'État ne repose pas sur les sacrifices des créanciers dans la masse, mais sur une socialisation des risques de l'insolvabilité⁸³¹. Les créanciers chirographaires ont ainsi des chances d'être remboursés partiellement. Par exemple, sans supprimer complètement les privilèges des créanciers, le législateur OHADA et français pourrait opter, en s'inspirant du législateur Tchèque, de réserver un pourcentage des produits de la réalisation de l'actif du débiteur au paiement des créanciers chirographaires. La répartition de l'actif de la société devrait se faire en tenant compte des créanciers chirographaires. Ainsi par exemple, avant toute distribution des produits de l'actif 10% devraient être réservés au paiement au marc le franc des créances chirographaires. Et les 90% restant devraient être répartis entre les créanciers selon l'ordre des paiements. L'objectif ici est d'améliorer la situation des créanciers chirographaires qui puissent obtenir ne serait-ce qu'une partie, aussi minime soit-elle de leur créance. Cette solution nous semble équitable dans la mesure où le créancier chirographaire ne sera plus le seul à subir le risque de l'insolvabilité du débiteur, mais ce risque sera supporté par l'ensemble des créanciers. Même si ce pourcentage réservé aux créanciers ne couvre pas toutes les créances chirographaires, il n'en demeure pas moins vrai que ces derniers seront rassurés de recevoir au moins quelque chose, aussi minime soit la

⁸³⁰ D. BORCAN, préc., note 620.

⁸³¹ *Id.*

somme, à la clôture de la liquidation judiciaire surtout en cas d'insuffisance d'actif.

530. On pourrait même être tenté de se demander si l'instauration de la procédure d'ordre des paiements dans les procédures collectives n'est pas un frein supplémentaire pour le paiement des créanciers chirographaires lorsque la procédure se solde par une insuffisance d'actif. Compte tenu du rang qu'ils occupent autant en droit OHADA que français des entreprises en difficulté, il n'est pas étonnant de constater la prolifération des garanties permettant d'échapper à la loi du concours lors des procédures collectives, d'autant plus que, même lors de la répartition des produits des actions en insuffisance d'actif, il n'est pas certain que les créanciers chirographaires reçoivent une partie de leur règlement.

§II : LA PROBLÉMATIQUE DE LA RÉPARTITION DES FRUITS DÉCOULANT DES ACTIONS EN RESPONSABILITÉ POUR INSUFFISANCE D'ACTIF

531. Dès l'ouverture des procédures collectives, il est souvent décevant de constater que des fautes commises par certaines personnes sont à l'origine de l'insuffisance d'actif. Conscient du fait que l'insuffisance d'actif causant un défaut de paiement porte nécessairement préjudice aux créanciers en général et aux créanciers chirographaires en particulier, il est donc légitime que des personnes ayant de par leurs agissements contribué à l'insuffisance d'actif puissent répondre de certaines dettes sociales. C'est en ce sens que l'on a institué, tant dans la législation africaine que française, les actions en responsabilité pour insuffisance d'actif qui peuvent aussi bien concerner le dirigeant de la société que certains tiers à la société. (A). Cependant, le résultat positif de ces actions profite-il vraiment au créancier chirographaire ? D'où l'intérêt de l'analyse de la problématique des fruits de l'action en insuffisance d'actif (B).

A : Les actions en responsabilité pour insuffisance d'actif

532. Il s'agit des actions dirigées contre le dirigeant (1) et contre certains tiers (2).

1 : l'action en responsabilité contre le dirigeant de l'entreprise en faillite

533. L'évolution de l'action en responsabilité contre le dirigeant d'une entreprise en faillite remonte à l'article 487 alinéa 3 du Code de commerce de 1804 comme suit: «En cas de faillite d'une société, la faillite pourra être déclarée

commune à toute personne qui, sous le couvert de cette société masquant ses agissements, a fait dans son intérêt personnel des actes de commerce et disposé en fait des capitaux sociaux comme des siens propres"⁸³² Cet article pose les bases de la responsabilité des dirigeants. Avec le temps, il subira plusieurs aménagements dont celui intervenu par la loi du 26 juillet 2005 qui, bien que ne touchant pas à ses modalités, lui donne le nom d'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, rompant ainsi avec le caractère sanctionnateur de l'ancienne action en comblement du passif pour devenir une obligation aux dettes sociales. Bien que l'évolution en droit OHADA remonte aussi au Code de commerce de 1807, il n'en demeure pas moins vrai que le législateur africain a conservé le nom d'action en comblement du passif pour désigner l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Ainsi, la philosophie du nouveau texte diffère totalement de la législation antérieure (...) le changement de cap est clair : le législateur opte pour une logique réparatrice qui prime la logique sanctionnatrice⁸³³. Même si la terminologie a changé en droit français, le fondement de l'action reste l'obligation aux dettes des dirigeants en cas de fautes ayant contribué à l'insuffisance d'actif dans les deux législations.

534. De ce fait, il ressort des dispositions de l'article 651-2 du Code de commerce et 183 de l'AUPCAP que : « Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables". L'action en comblement du passif ou en insuffisance d'actif selon les législations s'analyse en une action en responsabilité. De ce fait les dirigeants fautifs doivent répondre sur leur patrimoine de tout ou partie des dettes de la société. Mais pour qu'une telle action puisse aboutir, il faut une faute, un préjudice et un lien de causalité entre eux. Les conditions de la responsabilité du droit civil doivent ainsi être respectées.

⁸³² M. GERMAIN, « L'action en comblement du passif social, entre droit commun et droit spécial », dans *Le Code de commerce de 1807-2007 : livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007.

⁸³³ C. MASCALA, « L'amélioration de la situation du chef d'entreprise », *Rev. pro. coll.* 2005.370.

535. Il est donc nécessaire de prouver l'existence d'une faute de gestion, que le législateur ne daigne pas définir, laissant le soin au juge d'apprécier⁸³⁴. De façon générale, la faute de gestion est retenue envers les dirigeants qui ont « Poursuivi abusivement de façon consciente et volontairement une activité déficitaire ayant pour but de permettre la poursuite du pillage de l'actif social dans leur intérêt personnel" c'est la définition qui ressort d'une décision de la Cour de cassation⁸³⁵. Malgré cette définition assez généraliste de la faute de gestion, il existe une diversité de fautes pouvant être constitutives de faute de gestion. Par exemple, la faute de gestion peut être constituée par un acte d'abstention du dirigeant⁸³⁶ ou constituée par un retard dans la déclaration de la cessation des paiements⁸³⁷ ou encore par l'imprévoyance du dirigeant⁸³⁸. À cause de cette multiplicité de fautes pouvant être qualifiées de fautes de gestion par le juge, le pouvoir d'appréciation du juge reste assez large, ce qui est une belle aubaine pour les créanciers dans la mesure où, plus la responsabilité du dirigeant est retenue, plus le patrimoine du débiteur s'enrichit des sommes destinées à combler l'insuffisance d'actif. Le retour des sommes ainsi récupérées peut servir au paiement des créanciers chirographaires.

536. L'autre condition exigée est la preuve de l'insuffisance d'actif. En effet, l'insuffisance d'actif correspond à la fraction des créances qui ne peut être payée sur les fonds provenant de la liquidation du patrimoine de la personne morale⁸³⁹. C'est en fait la partie de la dette non supportée par le patrimoine du débiteur en faillite. Tout compte fait, sans le constat du reliquat de dette, l'action en insuffisance d'actif n'est pas possible. Ce qui revient à noter que cette action n'est valable que lorsque la société est déjà en phase de liquidation car dans les procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le constat de l'insuffisance d'actif n'est pas encore avéré.

⁸³⁴ CH. LEGUEVAQUES, « Les sanctions civiles et pénales à l'encontre du dirigeant dans la loi de sauvegardes ou l'allègement du fardeau de l'homme en col blanc », *Rev. pro. coll.* 2006.246.

⁸³⁵ Cass. Com., 20 octobre 1992, n°90-17.916.

⁸³⁶ Cass. Com., 20 octobre 1992, n°90-17.916.

⁸³⁷ Cass. Com., 08 décembre 1998 : *RTD com.* 1999, p. 983

⁸³⁸ CA Paris, 29 mars 1996 : *RJDA* 1997, n°281

⁸³⁹ D. DEMEYERE, « La faute de gestion dans la responsabilité pour insuffisance d'actif des dirigeants sociaux », *Gaz. Pal.* 2013.95.13.

537. Quant au lien de causalité, il est important de dire qu'il faut un lien entre la faute et l'insuffisance d'actif. C'est-à-dire que c'est cette faute du dirigeant qui doit être à l'origine de l'insuffisance de l'actif. Cependant, la loi n'exige pas de lien de causalité entre la faute de gestion et le préjudice de l'insuffisance d'actif, mais un lien beaucoup plus distendu, celui de la contribution de la faute de gestion à l'insuffisance d'actif de la personne morale⁸⁴⁰. Donc, dès lors que la faute du dirigeant a, de quelque manière que ce soit, eu une incidence sur l'insuffisance d'actif de la personne morale, sa responsabilité peut être retenue. Ainsi, la faute de gestion du dirigeant dans la responsabilité pour insuffisance d'actif peut ne pas être la seule cause de l'insuffisance d'actif. C'est ce qui ressort d'une décision de la Cour de cassation qui pour retenir la responsabilité d'un dirigeant a jugé que la responsabilité du dirigeant peut être retenue si la faute de gestion constatée n'est pas la cause exclusive du dommage subi⁸⁴¹. Cependant, le juge n'est pas tenu d'apprécier la gravité de la faute de gestion ou le degré de préjudice causé par le dirigeant pour fixer le montant de l'indemnité à l'égard de ce dernier, ce qui à notre sens n'est pas équitable. Si un dirigeant, de par ses agissements, est la cause principale de l'insuffisance d'actif du débiteur, il est normal qu'il soit responsable à concurrence du préjudice subi. Donc pour notre part, la gravité de la faute du dirigeant devrait avoir une incidence sur sa responsabilité pécuniaire. Mieux encore, il serait judicieux autant en droit OHADA que français que la responsabilité du dirigeant soit proportionnelle au préjudice subi par les créanciers, car plus l'indemnité est élevée en fonction du préjudice, plus le patrimoine du débiteur est enrichi pour la satisfaction de ses créanciers.

538. Cependant, depuis la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, la responsabilité pour insuffisance d'actif ne peut plus être engagée en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait⁸⁴². Ainsi, ériger la simple négligence en une cause d'irresponsabilité du dirigeant revient à réduire le champ d'application du régime des indemnités. En réalité, l'action en

⁸⁴⁰ *Id.*

⁸⁴¹ Cass. Com., 30 novembre 1993, n°91-20554: Bull. Civ. IV, n°440/ Cass. Com., 19 mars 1996, n°93-13468 : Bull. Joly 1996, p.526, note P. Le CANNU.

⁸⁴² Article L.651-2 du code de commerce.

responsabilité procure au créancier impayé une indemnité pouvant compenser sa créance. De plus, la morale des affaires commande que le dirigeant incompetent ou malhonnête assume les conséquences de ses fautes⁸⁴³. Eriger la simple négligence en une cause d'irrecevabilité de l'action en insuffisance d'actif serait rendre plus complexe une procédure qui l'est déjà. En réalité, la notion de simple négligence peut dire tout et rien en même temps, car comment qualifier la simple négligence du dirigeant ? Pour notre part, il sera plus facile pour le dirigeant de justifier sa simple négligence que pour le demandeur à l'action de le prouver. Comme le fait si bien remarquer G. TEBOUL, le demandeur sera obligé de vérifier le caractère simple ou pas de la négligence du dirigeant⁸⁴⁴, ce qui à notre sens ne sera pas facile à vérifier pour le demandeur à l'action et limiterait davantage la recevabilité des actions en insuffisance d'actif. Au lieu de simplifier les conditions de recevabilité de l'action en insuffisance d'actif, le législateur par l'introduction de la notion de simple négligence contribue à la limitation des actions en responsabilité à l'égard des dirigeants, ce qui à notre avis peut contribuer à une sorte de déresponsabilisation des dirigeants qui, sous le sceau de la simple négligence, peuvent se décharger de leur responsabilité.

2 : l'action en responsabilité contre les tiers

539. Les responsabilités des hommes et des femmes entourant le débiteur peuvent être retenues lorsque les fautes de ces derniers ont contribué à la cessation des paiements ayant conduit à la liquidation de la personne morale. Il est alors reconnu au créancier la possibilité d'engager la responsabilité de ces personnes pour que des dommages et intérêts leur soient versés. En droit OHADA, les tiers, créanciers ou non, qui de 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 l'action du syndic agissant dans l'intérêt collectif des créanciers. La juridiction choisit, pour la réparation, la solution la plus appropriée, soit le paiement de dommages et intérêts, soit la déchéance de leurs sûretés pour les créanciers ti-

⁸⁴³ F-X LUCAS, « Coupable, indulgent d'un législateur ingénu », *BJED* 2017.5.305.

⁸⁴⁴ G. TEBOUL, « Droit des entreprises en difficultés : les nouveaux arrivages », *Gaz. Pal.* 2017.12.30.

tulaires de telles garanties⁸⁴⁵. Le législateur OHADA prévoit de sanctionner toute personne, créancière ou non de l'entreprise, qui par sa faute ou son agissement a contribué à l'insuffisance d'actif de la personne morale. La responsabilité de ces personnes est une aubaine pour le créancier chirographaire dans la mesure où l'action en responsabilité intentée contre un tiers qui aurait contribué à la cessation des paiements ou à son insuffisance d'actif contribue à accroître le patrimoine du débiteur et augmente par la même occasion les chances de paiement des créanciers chirographaires. Le syndic où le liquidateur agissant pour le compte et dans l'intérêt des créanciers, il agirait alors en réparation du préjudice subi par la collectivité des créanciers dont certains membres sont dans l'impossibilité d'obtenir leur paiement. Mais un problème se pose toute de même, si c'est un des créanciers de la masse qui est à la base du préjudice subi par la masse. Dans ce cas, le syndic n'agira que dans l'intérêt d'une partie de la masse puisque le créancier fautif bien que faisant partie de la masse se trouve être le fautif. Dès lors, le syndic n'agit plus pour l'intérêt de l'ensemble des créanciers, ce qui reste tout de même problématique. Ici, l'intérêt n'est plus collectif. En effet, sous l'empire de la loi de 1967, la Cour de cassation avait été amenée à se prononcer, non sans hésiter, sur la notion d'intérêt collectif des créanciers. La question qui lui était posée était celle de savoir si le syndic pouvait, au nom de la masse des créanciers, engager une action en responsabilité contre un banquier qui, de par son soutien financier excessif, avait prolongé l'activité du débiteur et accru le passif de celui-ci, étant donné que le préjudice subi par les créanciers était l'impossibilité d'obtenir le paiement de leur créance en raison de la mise en redressement judiciaire ou en liquidation des biens du débiteur. Après avoir longtemps dénié toute qualité pour agir au syndic au motif que le banquier était lui-même créancier dans la masse, la chambre commerciale a fini par admettre dans un célèbre arrêt Laroche du 7 janvier 1976⁸⁴⁶ la recevabilité de l'action en dommages-intérêts intentée par le syndic au nom de la masse contre toute personne, fût-elle créancière de la masse⁸⁴⁷. La solu-

⁸⁴⁵ Article 118 AUPCAP.

⁸⁴⁶ D.1976, 277, note F. Derrida et J.P. SORTAIS ; JCP, 1976, II, 18327, note C. GAVALDA et J. STOUFFLET ; Re. Sociétés, 1976, 126, note A. Honorat.

⁸⁴⁷ A. MARTIN-SERF, « L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse », dans *Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, Frison-Roche, 2000, p. 143.

tion ainsi retenue peut être transposable dans le contexte africain si jamais un tel problème venait à se poser, car la qualité de créancier ne doit pas bloquer la réparation d'un préjudice causé à la masse des créanciers.

540. Contrairement au législateur OHADA, en droit français où la masse des créanciers n'existe plus, lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsable des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. Pour les cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ces concours peuvent être annulées ou réduites par le juge⁸⁴⁸. Il s'agit ici de l'affirmation du principe de l'irresponsabilité des créanciers sauf dans les cas limitativement énumérés. Malgré les critiques apportées à cette règle au regard de l'article 1240 du Code civil, il n'en demeure pas moins qu'elle reste applicable au motif qu'elle ne supprime pas totalement la responsabilité des prêteurs, justifiée par la protection d'un intérêt supérieur, dans la mesure où son objectif est "de lever un obstacle à l'octroi des apports financiers nécessaire à la pérennité des entreprises"⁸⁴⁹. Donc, selon Le Professeur Saint ALARY-HOUIN, le texte a pour objet d'inciter les banques à se montrer moins réticentes dans la distribution du crédit, ce qui est "de l'intérêt général". Certes, la survie de l'entreprise est supérieure à l'intérêt individuel d'un créancier. Mais il faudrait aussi noter qu'en limitant ainsi la liberté d'action des créanciers contre des tiers ayant contribué à l'insuffisance d'actif, ce dernier se trouve privé d'un mode de recouvrement de sa créance. Nous sommes d'accord qu'il faille inciter les banques à accorder le crédit aux entreprises. Toutefois, n'était-il pas judicieux de permettre de poursuivre les autres tiers responsables, autres que les banquiers et fournisseurs de crédits ? Au regard de ce qui précède, on remarque une grande différence entre le droit OHADA, qui est favorable à une liberté totale de poursuite de tous ceux qui, d'une manière ou d'une autre, ont contribué à l'insuffisance d'actif et un droit français qui milite davantage pour la restriction des libertés d'action des créan-

⁸⁴⁸ Article L.650-1 du Code de commerce.

⁸⁴⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, préc., note 721, n° 842.

ciers agissant en responsabilité contre des tiers qui par leur faute ont entraîné la défaillance du débiteur ou contribué à aggraver son passif.

541. La protection des créanciers chirographaires dépend aussi des actions qu'ils peuvent intenter afin que le patrimoine de leur débiteur puisse être renfloué. Donc, la liberté laissée au créancier en droit OHADA contribue à l'augmentation de leur chance de paiement contrairement au droit français. Encore faut-il que les fruits de ces actions profitent aux créanciers chirographaires.

B : les fruits de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif

542. La collectivisation des actions en responsabilité pour insuffisance d'actif, lorsqu'elles aboutissent, fait rentrer les sommes ainsi recouvrées dans le patrimoine du débiteur. Si l'exercice de ces actions peut produire des fruits, la question de savoir à qui appartiennent ces fruits et les critères de partage nécessitent qu'on s'y attarde. Alors que le droit français opte pour le partage égalitaire des fruits de ces actions (2) le droit OHADA quant à lui préfère plutôt un partage inégalitaire entre les créanciers de la masse (1).

1 : l'inégalité dans le partage des fruits en droit OHADA

543. Si l'on considère que l'action en comblement du passif ou l'exercice de l'action contre des tiers responsables de l'insuffisance d'actif peut dans certains cas produire des fruits, il est tout de même important de dire qu'en droit OHADA le produit de cette action retombe dans le patrimoine du débiteur. Il est clair que l'existence de la masse des créanciers fait que le produit des actions exercées par le syndic dans l'intérêt des créanciers de la masse retombe dans le patrimoine du débiteur et sert les intérêts des créanciers appartenant à cette masse. Ainsi, lorsque le syndic exerce l'action en comblement du passif par exemple, il demande la réparation du préjudice subi par les créanciers formant la masse, qu'il représente. En cas de succès, les sommes obtenues entrent dans le patrimoine de la masse avant d'être réparties entre ses membres⁸⁵⁰. Il en résulte que les fruits appartiennent seulement aux créanciers appartenant à la masse. Même si certaines critiques se sont fait entendre sur le fait que le syndic représente à la fois la masse des créanciers et le débiteur, il est tout de même important de noter que, lorsqu'il agit dans l'intérêt des créanciers, le fruit de

⁸⁵⁰F. ZENATI, « Le produit de l'action en comblement du passif et la masse des créanciers », *Chron.* 37 1983.214.

cette action ne peut que revenir à la masse qu'il représente. Même si le syndic exerce l'action dans l'intérêt de la masse, les créanciers ne peuvent être bénéficiaires directs des fruits de cette action que lorsque l'entreprise est en liquidation. Dans le cas contraire, les fruits de cette action profitent à l'entreprise.

544. Mais le problème qui nous interpelle à ce niveau est celui du partage de ces fruits entre les créanciers lorsque l'entreprise ne peut plus être sauvée. Sur ce point, le législateur OHADA reste muet. Nous pensons que le paiement des créanciers se faisant suivant une procédure d'ordre dans le cadre d'une liquidation, la répartition des fruits de l'action en comblement suivra le même sort. C'est dire, concrètement, que le paiement des créanciers se fera suivant l'ordre des paiements prévu aux articles 166 et 167 AUPCAP. Dans cet ordre de paiement, les créanciers chirographaires occupent le dernier rang, alors il est fort probable qu'ils ne profitent pas des fruits de cette action. Il convient de dire que les créanciers privilégiés seront d'abord désintéressés et si jamais il y a un reliquat, les créanciers chirographaires auront des chances de recueillir les miettes. Si jamais ce n'est pas le cas, ils resteront impayés. Ce qui n'est pas une solution avantageuse pour eux. Comme le fait remarquer un auteur : « La répartition des fruits de l'action en comblement du passif fait jouer les privilèges et obéit à un classement des créanciers compte tenu de leur rang »⁸⁵¹. Par contre, si la masse n'était constituée que de créanciers chirographaires, le problème ne se poserait pas, car ils seront traités de manière équitable et, chacun recevra une part, aussi minime soit-elle. C'est en ce sens que nous parlons d'inégalité dans la répartition des fruits des actions en insuffisance d'actif.

545. Il est vrai que le mécanisme de l'action en responsabilité peut permettre de faire rentrer des sommes dans le patrimoine du débiteur, mais il est aussi vrai que le produit de ces actions ne profite pas qu'aux créanciers chirographaires. Ce qui dans la pratique est presque impossible, car ce que le dirigeant payera pour combler l'insuffisance d'actif n'est en réalité qu'une partie de la dette et non sa totalité. Donc, il est impossible de penser que les fruits de ces actions combleront tous des dettes du débiteur. C'est une raison de plus pour dire qu'il serait plus judicieux que, le fruit de ces actions étant la résultante

⁸⁵¹ H. TSAGUE DONKENG, *Le traitement de l'insuffisance d'actif en droit des procédures collectives ohada*, Mémoire de D.E.A, Université de Yaoundé II, 2005, n° 76.

d'une action exercée dans l'intérêt de tous les créanciers, chacun de ces créanciers peut en profiter de manière égale et équitable. Par exemple, il serait judicieux que la distribution des fruits des actions en responsabilité soit partagée comme si tous les créanciers étaient sur un pied d'égalité, sans tenir compte des privilèges. En fait, les créanciers ne perdent pas leurs privilèges, mais il est fait abstraction de ces privilèges au moment du partage des fruits des actions découlant des actions en responsabilité pour insuffisance d'actif, par exemple, en prônant un partage au marc le franc comme c'est le cas en droit français.

2: une égalité dans le partage des fruits de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif en droit français

546. Aux termes de l'article L.651-2 alinéa 3 du Code de commerce : "les sommes versées par les dirigeants ou l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée entrent dans le patrimoine du débiteur. Elles sont réparties au marc le franc entre tous les créanciers". Il ressort de cette disposition que les sommes entrent dans le patrimoine du débiteur. Et comme le dit un auteur, le patrimoine de la personne morale doit être entendu dans son sens exécutoire, c'est-à-dire comme l'entité sur laquelle est mis en œuvre le droit de gage général des créanciers sociaux⁸⁵². En tant que telle, l'action en insuffisance d'actif vient enrichir le patrimoine du débiteur. Mais ce qui est important de retenir ici est que les sommes ainsi versées sont réparties entre les créanciers au marc le franc. En effet, l'essentiel n'est pas la reconstitution du gage commun des créanciers, mais c'est leur répartition qui est importante pour le créancier chirographaire, première victime de l'insuffisance d'actif. Cette solution nous semble plus équitable. Désormais dans une action en responsabilité pour insuffisance d'actif, tous les créanciers profitent des fruits de l'action, c'est-à-dire de l'indemnité versée par toute personne fautive.

547. Cette solution française est le fruit d'une conception lointaine de la faillite et a fait l'objet de beaucoup de débats au sein de la doctrine. En effet, pendant longtemps, l'organisation collective des poursuites avait été conçue dans l'intérêt des créanciers chirographaires qui seuls composaient la masse des créanciers. À cette époque, la masse n'était composée que de créanciers chirographaires, il existait donc une uniformisation des créanciers de la masse et de

⁸⁵² M. SENECHAL, préc., note 685, n° 661.

ce fait, il était logique que les fruits de l'action en comblement du passif soient partagés au marc le franc entre les créanciers composant la masse. Mais, sous la loi du 13 juillet 1967, les créanciers titulaires de sûretés réelles ont intégré l'organisation collective des poursuites. La loi du 25 janvier 1985 vient aligner le sort des créanciers titulaires de sûretés sur celui des créanciers chirographaires. De ce fait, l'intérêt collectif ne concerne plus seulement les créanciers chirographaires mais aussi ceux titulaires de sûretés. Cette globalisation de tous les créanciers dans les procédures collectives entraîne donc une globalisation de leur intérêt. La répartition des fruits de l'action en comblement du passif se faisait en tenant compte des privilèges. Pour certains auteurs, la répartition au marc le franc, n'avait plus sa place⁸⁵³. Donc, le produit de l'action était désormais réparti entre les créanciers en tenant compte de leurs privilèges respectifs. Toutefois, après la suppression de la masse, la suppression du patrimoine de la masse était inévitable. La question qui se posait était désormais celle de savoir comment gérer les sommes obtenues grâce à l'action en comblement du passif puisque le patrimoine de la masse n'existait plus. Cette question a suscité aussi beaucoup de débats sur lesquels nous ne reviendrons pas. Toujours est-il que le patrimoine du débiteur est le gage commun de ses créanciers, ces sommes devraient être versées dans le patrimoine du débiteur. Mais ce qui fut plus étonnant est que, malgré la suppression de la masse, le législateur français fait renaître le partage au marc le franc des sommes versées entre les créanciers. Une fois de plus, la question des créanciers bénéficiaires des fruits de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif s'est posée mais ces sommes sont réparties entre les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture de la liquidation puisque, pour certains auteurs, les créanciers postérieurs n'ont pas subi les préjudices de la faute de gestion du dirigeant fautif⁸⁵⁴. Donc, au final, et malgré les critiques, les sommes sont désormais versées dans le patrimoine du débiteur et réparties au marc le franc. Ce partage au marc le franc a été réaffirmé par une jurisprudence récente.

548. En l'espèce, la société Perpignan football club (la société PFC) a été mise en liquidation judiciaire le [...] 1997, cette procédure étant étendue à la société Promofoot et aux associations Club des supporters du PFC et Perpignan

⁸⁵³ F. ZENATI, préc., note 882 ; A. MARTIN-SERF, préc., note 879.

⁸⁵⁴ M. SENECHAL, préc., note 685, n° 666.

football club. En exécution d'une décision la déclarant pénalement responsable de complicité de la banqueroute de ces personnes morales et la condamnant à des dommages-intérêts envers le liquidateur, la Caisse régionale de crédit agricole mutuel Sud Méditerranée a versé à celui-ci la somme de 3 975 557,41 euros et des intérêts courus depuis son paiement. Il résulte que selon l'arrêt attaqué le montant de l'actif, distraction faite des frais et dépens de la liquidation judiciaire et des subsides accordés au chef d'entreprise ou aux dirigeants ou à leur famille, est réparti entre les créanciers en tenant compte de leur rang⁸⁵⁵. Mais, la société Banque Courtois et MM. Y..., Z... et A... sont intervenus à l'instance pour dire que, la répartition de la somme versée doit se faire entre tous les créanciers au marc le franc. Pour cette raison, la Cour de cassation casse et annule la décision de la cour d'appel pour violation de l'article L.629-8 du Code de commerce⁸⁵⁶. Cet arrêt réaffirme la solution selon laquelle, la répartition des produits issus de la liquidation judiciaire se fait au marc le franc entre tous les créanciers, ce qui favorise le paiement partiel des créanciers chirographaires. Il n'est pas choquant que cette faveur soit étendue aux produits des autres actions tendant à reconstituer le gage commun comme le dit un auteur⁸⁵⁷, puisque le changement de paradigme conduit au développement de techniques d'effacement de la dette du débiteur après la clôture des liquidations.

⁸⁵⁵ V. article L. 622-29 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

⁸⁵⁶ Com., 11 juin 2014, n°13-12.658, note A. Lienhard, D.2014, p.1260.

⁸⁵⁷ M. SENECHAL, préc., note 685.

SECTION II : LE DÉVELOPPEMENT DE TECHNIQUE D'EFFACEMENT DE LA DETTE AU DÉTRIMENT DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES

549. L'impossibilité pour les créanciers en général et pour le créancier chirographaire en particulier de recouvrer sa créance à la clôture de la procédure de liquidation pour insuffisance d'actif est une réalité, autant en droit OHADA que français des procédures collectives.

550. Si autrefois le droit imposait de payer ses dettes, tel n'est plus le cas aujourd'hui⁸⁵⁸. La clôture de la liquidation des biens pour insuffisance d'actif entraîne l'impossibilité pour le créancier de poursuivre le débiteur pour le paiement de sa dette. Certes protectrice du débiteur, la suppression des droits de poursuite des créanciers aboutit à la consécration du droit au non-paiement des créances. Si le droit d'exiger le paiement de la créance est une exigence du droit commun, la particularité des procédures de traitement collectif de la dette rend légitime le non-paiement de la créance en cas de clôture de la procédure pour insuffisance d'actif.

551. L'hésitation qui a longtemps gouverné l'admission de la non-reprise des poursuites individuelles des créanciers à la clôture d'une liquidation judiciaire ne fait plus l'ombre d'aucun doute. Désormais consacrée en droit français et OHADA, la suppression du droit de poursuite des créanciers à la clôture de la liquidation des biens est admise. Concrètement, le créancier resté impayé à la clôture de la procédure de liquidation pour insuffisance d'actif ne peut plus poursuivre le débiteur pour le paiement de sa créance. Il perd de ce fait définitivement le droit de poursuivre son débiteur. C'est dire que la force obligatoire du contrat est malmenée par l'envie de donner une deuxième chance au débiteur qui a failli à ses engagements envers ses créanciers. L'effacement de la dette du débiteur ainsi consacré par les deux législations contribue-t-il effectivement au rebond du débiteur ? Ou alors n'est-il qu'une autre voie ouverte au laminage des droits des créanciers ? Faut-il envisager la non-reprise des poursuites individuelles comme une nouvelle voie ouverte au laminage des droits

⁸⁵⁸ F. LINDITCH, « Faut-il encore payer ses dettes : l'exemple des collectivités locales », *Acte Colloq. Sci. Soc. 18 Mai 2005 Univ. Sud Toulon-Var* 2006.3.

des créanciers en général ? Le maintien de ce droit de poursuite individuelle à la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif est-il d'un intérêt pratique pour le créancier ? Pratiquement est ce que la reprise des poursuites aurait permis au créancier de se faire payer ? Il faudra envisager ici la consécration théorique de l'effacement des dettes du débiteur à la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif (§I) avant de se pencher sur les difficultés pratiques du recouvrement de la créance du créancier chirographaire après la clôture de la procédure de liquidation pour insuffisance d'actif (§II).

§I : LA CONSÉCRATION DE L'EFFACEMENT DE LA DETTE DU DÉBITEUR APRÈS LA CLÔTURE DE LA LIQUIDATION POUR INSUFFISANCE D'ACTIF

552. Après analyse du fondement juridique de l'effacement de la dette du débiteur (A), il convient de prendre en compte sa conséquence : le droit de ne pas payer sa dette(B).

A : fondement juridique de l'effacement de la dette du débiteur

553. La règle de l'interdiction de reprise des poursuites individuelles après la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif est désormais un principe phare des procédures collectives. Consacrée pour permettre au débiteur d'échapper aux poursuites des créanciers, cette règle est généreuse pour le débiteur qui se trouve déchargé de l'obligation de payer ses dettes, autorisant ainsi une reconstitution de sa virginité patrimoniale⁸⁵⁹. Les créanciers en général sont dans l'impossibilité de recouvrer leur créance après la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif. L'extinction de leur droit de recours libère le débiteur qui peut désormais reprendre une autre activité sans crainte de recours intempestif de ses anciens créanciers. D'inspiration anglo-saxonne⁸⁶⁰, l'institution de la non-reprise des poursuites individuelles des créanciers, surtout chirographaires parce que c'est d'eux qu'il est question, est prévu à l'article L.643-11-1 du Code de commerce comme suit : « le jugement de clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur ». Pareillement la lecture de l'article 174 AUPCAP dispose que : « la décision de clôture pour in-

⁸⁵⁹ P.-M. LE CORRE, préc., note 44, n^{os} 592-52.

⁸⁶⁰ B. DUTREUIL, « La "purge" des dettes par l'article 169 de la loi du 25 janvier 1985 », *Rev. pro. coll.* 1989.389.

suffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur... ». En posant ainsi la règle de l'interdiction de la reprise des poursuites individuelles et en renforçant la protection autour du seul débiteur, ces textes rompent avec l'ancien régime hérité de la *venditio bonorum* romaine dans laquelle le débiteur déchargé de dette se mettait à l'abri des poursuites de ses créanciers mais devait, à cette occasion, prêter le serment que, s'il revenait à meilleure fortune, il leur paierait le reliquat de leurs créances⁸⁶¹. Aujourd'hui, le droit OHADA et français optent plutôt pour une libération totale du débiteur car il n'est nulle part mentionné qu'en cas de retour à meilleure fortune le débiteur pourra être appelé à rembourser ses créanciers. En rompant totalement avec la fonction d'origine de la faillite, qui consistait à éliminer du circuit commercial le commerçant qui avait fait de mauvaises affaires parce qu'il avait trahi la confiance de ses créanciers et perdu tout crédit auprès de ses pairs⁸⁶², le sort des créanciers est définitivement scellé à la clôture pour insuffisance d'actif. Il est admis, sauf cas particuliers limitativement énumérés par les deux législations⁸⁶³, la perte du droit de poursuite des créanciers. Le débiteur est ainsi libéré de sa dette, il ne pourra plus être inquiété.

554. La règle de l'interdiction de la reprise des poursuites individuelles des créanciers à la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif est tellement rigoureuse qu'aucun texte n'admet la possibilité de l'admission de la clause de retour à meilleure fortune. Il n'existe même pas un devoir moral si le débiteur recrée une activité excédentaire de payer les créanciers de la liquidation précédente⁸⁶⁴. Bien sûr, un débiteur peut décider de rembourser spontanément les créanciers de la liquidation car rien ne l'interdit. Mais combien de débiteurs seront tentés de le faire ?

555. Au demeurant, il est important de noter que seule l'action du créancier est paralysée, il conserve tout de même sa créance contre son débiteur, ce qui à

⁸⁶¹ *Id.*

⁸⁶² C. SAINT-ALARY-HOUIN, « “Le rebond” du débiteur en liquidation : vrai ou faux départ ? », dans *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Dalloz, 2011, p. 579.

⁸⁶³ F. PEROCHON, « Controverse amicale sur la notion de reprise des poursuites après clôture de la liquidation judiciaire pour extinction du passif », dans *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Dalloz, 2011, p. 559.

⁸⁶⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, préc., note 893.

notre sens est une aubaine pour le créancier chirographaire⁸⁶⁵ puisqu'à cause de la subsistance de sa créance, il peut se faire payer par un tiers, notamment par la caution. Ainsi par exemple, celui qui s'est porté caution d'une dette ne peut pas se fonder sur la non-reprise des poursuites individuelles du créancier pour ne pas payer sa créance. La caution sera tenue de payer malgré la clôture de la procédure⁸⁶⁶. Toutefois, la caution qui a payé en lieu et place du débiteur recouvre son droit de poursuite contre ce dernier. Tout au moins, le créancier chirographaire conserve le droit d'action contre la caution. Mais ce droit d'action contre la caution est soumis à la solvabilité de la caution. Si cette dernière est solvable, tant mieux pour le créancier. Par contre, contre une caution insolvable, la situation devient compliquée. Par exemple, si la caution est soumise à son tour à une procédure collective, le créancier conserve son rang chirographaire dans la procédure collective ouverte contre la caution. Au final, même s'il conserve son droit d'action contre la caution, ce droit d'action reste inefficace lorsque la caution est soumise elle-même à une procédure collective. Alors le paiement des créanciers chirographaires ne peut être effectif et efficace que lorsque la caution est solvable. L'admission de la règle de l'interdiction des poursuites après la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif a pour conséquence le droit de ne pas payer sa dette.

B : la consécration du droit de ne pas payer sa dette

556. Payer sa dette découle d'une obligation contractuelle. Imposé en droit commun comme un principe phare du droit des contrats, payer sa dette devient une exception dès lors qu'on fait face à une clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif. Longtemps ignoré du droit OHADA et du droit français, payer ses dettes est devenu au fil du temps une exception. Désormais, il est fait inter-

⁸⁶⁵ La non-reprise des poursuites individuelles à la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif n'est pas une cause d'extinction de la créance.

⁸⁶⁶ Cass. Com., 8 juin 1995, Bull. Civ. IV, n°230, RTD civ. 1994, p.36, obs. J. Mestre, JCP E 1993. I. 275, obs. Ph. Pétel, JCP E 1993. II. 525, obs. M. Lecène-Marénaud, RTD com. 1993, p.583, obs. A. Martin Serf, Bull. Joly 1993. 911, n°265, obs. Jeantin, JCP G 1993.I. 3717, obs. ph. Simler, JCP G 1993. I. 22074, obs. Ginestet, Défrénois 1994. 577, obs. J.P Sénéchal, Quot. Jur. Du 28 octobre 1993. IV, obs. P.M ; Cass. Com., Dr. Sociétés 1994, n°155, obs. Y. Chaput ; 28 mars 1995, Rev. Proc. Coll. 1995,329, n°6, obs. E. Kerckhove.

diction aux créanciers d'agir en paiement contre leur débiteur dès lors que la procédure de liquidation se solde par une insuffisance d'actif. Cet effacement de la dette sans apurement du passif du débiteur offre une parfaite illustration de ce que la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif vise à libérer de manière définitive le débiteur. Cette libération du débiteur sans paiement des créanciers en général contribue à la perte des moyens de contrainte des créanciers chirographaires contre leur débiteur. Désormais, le recouvrement de leur créance devient impossible. Cette technique juridique permettant au débiteur d'échapper à ses créanciers renforce la protection autour du débiteur. Une fois de plus, les créanciers se trouvent privés d'un droit d'action.

557. Néanmoins, l'admission de cette règle a fait l'objet de vives critiques au sein de la doctrine. Certains auteurs se fondent sur l'atteinte du droit au contrat de l'article 1103 du code civil pour dénoncer l'admission de la règle de l'interdiction de la reprise des poursuites du créancier. Ainsi, c'est tuer le contrat que de libérer légalement le débiteur chaque fois qu'il éprouve une difficulté de paiement. « La disparition du crédit ne manque pas de suivre de telles mesures »⁸⁶⁷ et, la règle n'est pas justifiée par la survie de l'entreprise⁸⁶⁸. D'autres y voient même une expropriation sans nécessité publique des créanciers⁸⁶⁹. Toutefois, taxée de mesure anticonstitutionnelle⁸⁷⁰, la règle de l'interdiction de la reprise des poursuites individuelles pour insuffisance d'actif à la clôture de la liquidation est une consécration à grande échelle du « droit de ne pas payer ses dettes »⁸⁷¹. Pire, encore, elle pourrait être la source d'une faille en chaîne. Car, les créanciers sont souvent des entreprises et risquent de se trouver eux-mêmes en difficulté. Malgré la pertinence de tels arguments, d'autres auteurs voient en la règle une aubaine pour le débiteur. Pour le professeur Bernard SOINNE la disposition nouvelle que constitue la purge, n'est aucunement choquante⁸⁷². De plus, la pratique observe que la reprise des pour-

⁸⁶⁷ G RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes », *D.* 1936.57.

⁸⁶⁸ D. MARTIN, « La sécurité contractuelle à l'épreuve du redressement judiciaire », *J C P* 1986.180.

⁸⁶⁹ CH. MOULY, « La situation des créanciers antérieurs », *Rjcom.* 1987.139.

⁸⁷⁰ DERRIDA, GODE et SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises*, 3^e éd., coll. Dalloz, 1991, n^o 567.

⁸⁷¹ F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, instrument de crédit et de paiement*, 5^e éd., coll. Manuel, LGDJ, 2001, n^o 413.

⁸⁷² B. DUTREUIL, préc., note 891.

suites individuelles après clôture a toujours été rare : peu nombreux sont les créanciers assez patients pour conserver à l'actif de leur bilan des créances qu'ils savent irrécouvrable, dans l'attente d'un retour de leur débiteur à meilleure fortune⁸⁷³.

558. Malgré cette controverse doctrinale, l'idée de la consécration de la règle de l'interdiction de la reprise des poursuites individuelles des créanciers, certes critiquée à plusieurs égards, ne manque pas de justificatifs. Socialement, il s'agit de donner une chance au débiteur pour l'avenir, en lui permettant de ne pas traîner, sa vie durant, le fardeau de ses dettes⁸⁷⁴. Économiquement, en libérant ainsi le débiteur du poids de sa dette antérieure, il est de nouveau encouragé à entreprendre les démarches pour la création d'une nouvelle entreprise, sans crainte de poursuite de ses anciens créanciers. Mais si la menace des poursuites était le principal frein à la création d'entreprise⁸⁷⁵, la libération du débiteur aurait été l'idéal pour favoriser la création d'entreprise. En outre, l'idée que le sacrifice des créanciers permettra de relancer la création d'entreprise est absolument irréaliste⁸⁷⁶. Certes, les poursuites des créanciers peuvent décourager un débiteur mais les poursuites des créanciers ne sont pas toujours un frein à la création d'entreprise. Cependant, à admettre que la libération du débiteur pourra le pousser à la création d'entreprise, rien ne nous dit que ce débiteur doit rebondir et créer une autre entreprise. Cette idée de libérer le débiteur serait vraiment justifiée si le débiteur défaillant pouvait bénéficier de l'interdiction de la reprise des poursuites de ses créanciers que lorsqu'il prouve qu'il a entamé des démarches pour la création d'une nouvelle entreprise. Car, comme le dit Georges RIPERT, il s'agit presque de redresser par anticipation son entreprise, de lui permettre de redémarrer l'esprit tranquille⁸⁷⁷. S'il s'agit donc d'une mesure de prévention, encore faudra-il que le débiteur recrée effectivement une entreprise. Sinon, l'objectif qui sous-tend cette libération ne sera que pure utopie.

⁸⁷³ *Id.*

⁸⁷⁴ J.L. VALLENS, « L'effacement des dettes du débiteur en liquidation judiciaire », *LPA* 1997.113.5.

⁸⁷⁵ F. PEROCHON et R. BONHOMME, préc., note 902, n° 414.

⁸⁷⁶ Yves GUYON, *Droit des affaires Tome 2 Entreprises en difficultés, redressement judiciaire, faillite*, 5e éd., coll. Collection Droit des affaires et de l'entreprise, Paris, Economica, 1995, n° 1368.

⁸⁷⁷ B. DUTREUIL, préc., note 891.

§II : L'INEFFICACITÉ PRATIQUE DU RECOURS DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES CONTRE UNE SOCIÉTÉ DÉFAILLANTE

559. Le souci d'équité justifierait l'admission de la règle de l'interdiction de la reprise des poursuites individuelles à la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif. Ainsi, le traitement différencié du sort des commerçants personnes physiques et personne morale a longtemps fait l'objet de critique. On ne comprenait pas pourquoi le débiteur personne physique restait tenu sur la totalité de son patrimoine alors que la dette de la personne morale s'éteignait à la clôture de la liquidation. Donc, l'idée a été d'aligner le sort des commerçants personnes physiques⁸⁷⁸ sur celui des personnes morales Pour certains auteurs, à

⁸⁷⁸ Dès lors que la liquidation se clôture pour insuffisance d'actif, la probabilité que le créancier chirographaire recouvre sa créance devient vraiment mince. Mais, contrairement à la personne morale, les personnes physiques subsistent à la dissolution de leur entreprise. Donc, contre une personne physique, les chances de paiement bien que minces sont encore possible. Toutefois, si du moins dans les sociétés de capitaux les actionnaires ne sont tenus qu'à concurrence de leurs apports, dans certaines sociétés de personnes, les associés sont tenus solidairement et indéfiniment des dettes de la personne morale. Donc, si la personne morale venait à disparaître, les créanciers pourront orienter leurs poursuites vers l'un quelconque des associés pour le paiement de leurs créances. Seulement, il ne suffit pas de pouvoir exercer un droit encore faut-il que ce droit de poursuite puisse permettre le paiement du créancier chirographaire. Il est clair que, si la liquidation a été clôturée pour insuffisance d'actif, c'est qu'il n'y avait plus d'actif. Donc, le débiteur est désormais insolvable. Cependant, le débiteur exsangue d'aujourd'hui peut gagner au loto ou bien revenir à meilleure fortune. Dans ce cas, à cause du principe de l'interdiction de la reprise des poursuites individuelles, les créanciers se trouvent démunis de leur droit de faire recours à leur débiteur. C'est en sens que, la généralisation de la règle de l'interdiction de la reprise des poursuites, prive le créancier d'une chance de recouvrer leur dû. Certes, la possibilité de pouvoir obtenir paiement est mince, mais, non négligeable. L'admission d'une clause de retour à meilleur fortune peut être un espoir de paiement pour les créanciers chirographaires. Malheureusement, elle n'est pas admise en droit OHADA et français. Il convient de relever au final que, la règle de l'interdiction de la reprise des poursuites après la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif entraîne un blocage du droit de poursuites individuelles des créanciers. Cette règle généreuse pour le débiteur est alimentée par l'idée de permettre au débiteur défaillant de rebondir. Ne pouvant plus être inquiété par les poursuites de ses créanciers, le débiteur est libéré de sa dette. Seulement, même en maintenant la possibilité pour les créanciers chirographaires de poursuivre leur débiteur, le constat est que, lorsque le débiteur est une personne morale, la disparition de la personne morale après la clôture des liquidations entraîne automatiquement l'impossibilité pour le créancier d'engager des recours contre une personne qui

vouloir à tout prix assimiler ces situations juridiquement distinctes, on arrive à méconnaître l'idée que le commerçant personne physique peut créer une personne, qui est juridiquement une personne distincte, mais dont il a la maîtrise absolue⁸⁷⁹. La personne physique existe par elle-même, elle n'est pas une création juridique. Par contre, la personne morale qui est une création juridique est créée pour un temps défini à l'avance par la personne ou les personnes physiques qui décident de son existence. Alors « chercher à aligner le sort des personnes physiques sur celui des personnes morales ne peut être qu'une vue de l'esprit car, en réalité la personne morale recèle une grande part d'artificialité »⁸⁸⁰.

560. Il est important de dire que la personnalité morale ne survit que pour les besoins de la liquidation. C'est dire qu'après la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif, la personne morale disparaît. Elle n'existe plus en principe. Alors, même si un créancier engageait des poursuites individuelles contre la personne morale, elles n'aboutiraient pas. En effet, dans les sociétés de capitaux, le patrimoine des associés est bien distinct de celui de la personne morale. Vu qu'ils ne sont tenus qu'à concurrence de leurs droits sociaux, la disparition de la personne morale emporte extinction de la dette. En optant pour la création d'une société à responsabilité limitée, les associés optent pour la protection de leur patrimoine personnel qui, de ce fait échappe à toutes poursuites des créanciers contre les dettes sociales. La séparation entre le patrimoine des associés et celui de la personne morale est ainsi très claire.

561. Leur responsabilité étant limitée à leur apport, la disparition de la personne morale libère automatiquement les associés des dettes sociales. Aucun créancier ne peut donc orienter son recours contre un associé. Le recours des créanciers étant dirigé contre la personne morale, sa disparition rend le recours caduc. En fait, si le recours contre une personne qui n'existe plus juridiquement ne vaut rien, le maintien du recours des créanciers après clôture de la liquida-

n'existe plus. De ce fait, l'insolvabilité du débiteur étant avérée, même le recours contre une personne physique serait presque vain sauf cas de retour à meilleur fortune. Ainsi, que ce soit le maintien ou pas des recours individuels des créanciers, le créancier fait face à un insolvable. Est-il encore légitime voire nécessaire de dépenser de l'argent et du temps pour engager des poursuites lorsqu'on est presque sûr de ne rien avoir au final ?

⁸⁷⁹ F. PEROCHON et R. BONHOMME, préc., note 902, n° 414.

⁸⁸⁰ H. TSAGUE DONKENG, préc., note 883, p. 35.

tion pour insuffisance d'actif contre une personne morale reste vain. Mais le recours contre les personnes qui ont contribué à cette insuffisance d'actif reste valable. Comme nous l'avons mentionné plus haut, même si, en droit français, l'exercice des actions en responsabilité pour insuffisance d'actif est de plus en plus limité contre les personnes qui, de près ou de loin, ont contribué à l'insuffisance d'actif, le fruit de ces actions profite plus aux créanciers chirographaires en droit français qu'en droit OHADA où il est réparti en tenant compte des privilèges.

562. Il convient de dire que, concernant l'extension de la procédure collective au dirigeant en droit OHADA, peut être déclaré personnellement en redressement judiciaire ou en liquidation des biens tout dirigeant qui a, sans être en cessation des paiements lui-même : -exercé une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole soit par personne interposée, soit sous couvert de la personne morale masquant ses agissements ; - disposé du crédit ou des biens de la personne morale comme les siens propres ; - poursuivi abusivement, dans l'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 dette⁸⁸¹. L'extension de la procédure au dirigeant d'une personne morale contre laquelle une procédure collective a été ouverte est le fait de la juridiction compétente qui a prononcé le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire de la personne morale⁸⁸². Et les créanciers admis dans la procédure collective ouverte contre la personne morale sont admis de plein droit, dans le redressement judiciaire ou la liquidation des biens du dirigeant, le passif comprend outre le passif personnel du dirigeant, celui de la personne morale⁸⁸³. Il résulte de cet article que, le dirigeant devient du fait de l'extension de la procédure collective à son égard tenu personnellement des dettes du débiteur. Ce qui permet aux créanciers d'obtenir un titre exécutoire contre lui. Ainsi, en l'absence d'extension de la procédure, les dirigeants ne peuvent être tenus personnelle-

⁸⁸¹ Article 189 AUPCAP.

⁸⁸² Article 190 AUPACAP.

⁸⁸³ Article 191 AUPACAP.

ment des dettes du débiteur. En effet, seule la juridiction compétente qui a prononcé le redressement judiciaire ou la liquidation de la personne morale est habilitée à 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 ne s'acquittent pas de cette dette⁸⁸⁴. Il revient à dire qu'un créancier ne pourrait donc pas intervenir dans ce contexte. Mais au moins, il pourra solliciter et obtenir un titre exécutoire à l'égard du dirigeant fautif puisqu'il est tenu, en place et lieu du débiteur, des dettes de la personne morale. Donc, l'action du créancier contre le dirigeant peut légalement prospérer. Un créancier resté impayé peut légalement diriger son action vers un dirigeant fautif. Même si le pouvoir d'initiative de l'extension de la procédure collective n'appartient pas aux créanciers, il n'en demeure pas moins vrai qu'en cas d'extension de la procédure collective au dirigeant, les créanciers sont admis directement dans la procédure collective ouverte à son égard. Donc, il existe un intérêt pour le créancier que son droit de poursuite puisse s'exercer dans le patrimoine du dirigeant.

563. Cependant, la situation est tout autre en droit français depuis la suppression de l'obligation personnelle aux dettes des dirigeants de la personne morale. Désormais, lorsque la liquidation judiciaire fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants. Le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables⁸⁸⁵. En conséquence, le dirigeant ne supporte plus personnellement la dette de la personne morale, mais le montant en tout ou en partie de l'insuffisance d'actif⁸⁸⁶. Ne supportant plus personnellement la dette de la personne morale, les créanciers ne peuvent plus poursuivre directement le dirigeant pour le paiement de la dette de la personne morale. Cette solution française est justifiée par le fait qu'elle ne paraît guère conforme à l'objectif de la séparation de l'homme et de l'entreprise et aussi par le fait qu'elle contribue à soumettre de force une personne in bonis à la procé-

⁸⁸⁴ Article 189 AUPCAP.

⁸⁸⁵ Article L.651-2 du Code de commerce.

⁸⁸⁶ J.P. SORTAIS, « Reprise exceptionnelle des poursuites individuelles et titre exécutoire », 2013.4.

deure collective, ce qui pourrait provoquer quelques réticences des dirigeants à solliciter l'ouverture de la procédure de sauvegarde⁸⁸⁷. Certes justifiée, cette solution profite au dirigeant et non au créancier. Le dirigeant se trouve ainsi déchargé d'une lourde responsabilité. Bien que partant d'objectifs louables, cette solution prive les créanciers chirographaires d'un moyen de recouvrement de leur créance car ils ne peuvent plus s'en prendre directement au dirigeant, fut-il fautif.

564. On sait que, que ce soit l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ou en obligation aux dettes, l'initiative appartient au tribunal qui prononce la liquidation judiciaire en droit OHADA. Puisqu'aucune précision n'est faite sur l'initiative du créancier, on ne saurait dire que le créancier peut solliciter auprès du tribunal compétent l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ou en obligation aux dettes. Si aucune précision n'est faite, le tribunal se saisit d'office⁸⁸⁸.

565. Contrairement au droit OHADA, où seul le tribunal compétent peut se saisir d'office, le droit français soumet l'initiative de la demande au mandataire judiciaire, au ministère public, au liquidateur judiciaire et également aux contrôleurs⁸⁸⁹. Même si les créanciers contrôleurs ont la possibilité de solliciter l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, leur action n'est valable qu'en cas d'inertie du mandataire judiciaire, et encore faut-il atteindre la majorité requise, car l'action des contrôleurs n'est admise que si la majorité des créanciers contrôleurs accepte d'initier l'action. De ce fait, l'action des créanciers agissant individuellement⁸⁹⁰ ne peut prospérer. Il s'agit donc de la majorité des créanciers contrôleurs et non d'un créancier isolé, ce qui veut dire qu'un créancier chirographaire ne peut tenter seul une action en insuffisance d'actif.

⁸⁸⁷ I. PARACHKEVORA, « Les nouvelles responsabilités des dirigeants dans les procédures collectives : révolution ou évolution ? », *LPA* 2006.252.4.

⁸⁸⁸ A. KENMEGNE SIMO, *La protection des établissements bancaires contre la défaillance dans les pays africains de la zone franc*, Yaoundé, Université de Yaoundé II, 2003, n° 58.

⁸⁸⁹ F. REILLE et J.C. ESCARRAS, « Les conditions de l'extension de procédure collectives », *Gaz. Pal.* 2016.03.80.

⁸⁹⁰ Cass. Com., 19 février 2001, n°99.12776. D. cass. Com., 15 mai 2001, n°9-14560; Bull. Civ. IV. N°91 : BJS octobre 2001. P.979. N°223, note P. Pétel ; D.2001. P.3425. Obs. A. Honorat ; D. 2001 P.1949 obs. A; Lienhard, Cass. Com. 16 mars 1999 n°96-19537; Bull. Civ. IV. N°67 Défrénois, octobre 1999, p.865 ; n°37023, obs. J.P. Sénéchal.

C'est-dire a contrario qu'aucun créancier ne peut solliciter et obtenir un titre exécutoire à l'encontre du dirigeant fautif. Cette action est réservée aux organes de la procédure et en particulier aux créanciers contrôleurs. Il faut donc dire que la nécessité du maintien du droit de poursuite des créanciers chirographaires n'a pas d'importance, car même contre un dirigeant fautif, leur action est irrecevable pour défaut de qualité à agir. Il serait tout de même plus judicieux pour les créanciers chirographaires en cas de non-paiement de leur créance, de rechercher la responsabilité des mandataires judiciaires qui se seraient abstenus d'intenter les actions visées⁸⁹¹.

⁸⁹¹ A. KENMEGNE SIMO, préc., note 919.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

566. Il est évident que lorsqu'une entreprise connaît des difficultés au point que la procédure collective ouverte à son égard se solde par une insuffisance d'actif, les créanciers chirographaires ont très peu de chances d'échapper à ces conséquences dramatiques. En effet, dès lors que la procédure est clôturée pour insuffisance d'actif, les créanciers chirographaires se trouvent dans une situation extrêmement particulière, ils ne reçoivent plus leur paiement, ils ne pourront plus exercer de voie de droit contre leur débiteur, leur paiement devient hypothétique. Classés derniers dans l'ordre des paiements par le législateur OHADA et français, ils ne reçoivent très souvent rien de leur créance. Cette situation est due au fait qu'ils ne sont payés qu'après les autres créanciers titulaires de privilèges généraux et spéciaux. Mais aussi, les privilégiés rentrent en concours avec les créanciers chirographaires pour le reliquat de leur créance. Ce qui nous amène à penser qu'il serait plus judicieux, surtout pour les créanciers classés derniers dans l'ordre de paiement, de passer rapidement à la liquidation judiciaire afin de préserver le peu d'actif que l'entreprise possède encore, car laisser perdurer une sauvegarde ou un redressement, c'est favoriser la dilapidation de l'actif social.

567. On se rend compte par ailleurs que, l'acharnement thérapeutique contribue à l'augmentation du passif de l'entreprise. En effet, le passif finit par dépasser largement l'actif. La clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif est inévitable, les créanciers perdent ainsi leur droit de poursuite à l'égard du débiteur défaillant, le droit du débiteur de ne pas payer ses dettes s'impose au créancier. Alors, on se demande s'il n'est pas temps pour le créancier chirographaire de chercher une protection hors des procédures collectives ?

CHAPITRE II : LA NÉCESSITÉ DU RECOURS À UN MODE ALTERNATIF DE PAIEMENT : L'ASSURANCE COMME MOYEN DE PAIE- MENT DES CRÉANCIERS CHIROGRA- PHAIRES ?

568. Conscient que le recouvrement d'un crédit octroyé peut être compromis par des événements divers, l'idée d'assurer la dette apparaît au début du XVIIIe siècle⁸⁹². En effet, le recours à l'assurance pour garantir le crédit se situe entre les années 1820 et 1840⁸⁹³. Fondé par Sanguinetti, qui, ulcéré par la faillite de son entreprise, se livra à une profonde réflexion sur le moyen de prémunir les créanciers contre le phénomène de la faillite⁸⁹⁴. Pour cela en tant qu'assureur, il proposa la mutualisation du risque d'impayé par la création d'une mutuelle dans chaque chambre de commerce⁸⁹⁵. Et, une police était alors souscrite par chaque firme industrielle ou commerciale au profit des créanciers pour garantir leur propre faillite⁸⁹⁶. La première société apparaîtra en 1848, malgré les échecs dont elle a fait l'objet à ses débuts à cause de l'insuffisance des services de renseignements⁸⁹⁷ et la mauvaise connaissance du risque⁸⁹⁸. La France est devenue au fil du temps le pays où la protection contre la défaillance de paiement s'est le plus développée tant par la multiplicité des organismes qui y concourent que par le volume des primes ou cotisations qu'ils génèrent. Cependant, en Afrique notamment au sein des pays membre de l'OHADA, la plus ancienne organisation pour garantir les exportations fut fondée en 1982. Au Cameroun, c'est le centre national du commerce extérieur qui avait en charge cette activité⁸⁹⁹. Ayant disparu aujourd'hui, ce sont des compagnies privées

⁸⁹² M. FONTAINE, *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, Buy-lant, coll. Centre universitaire de droit comparé, Bruxelles, 1966, p. 6.

⁸⁹³ J. BASTIN, *La défaillance de paiement et sa protection : l'assurance-crédit*, Paris, 1993, p. 51.

⁸⁹⁴ *Id.*, p. 54.

⁸⁹⁵ N. LEBLON, préc., note 19, n° 862.

⁸⁹⁶ M. DENIS LINTON, *L'assurance-crédit en droit interne*, Science social de GRENOBLE, 1978, p. 41.

⁸⁹⁷ *Id.*, p. 42.

⁸⁹⁸ N. LEBLON, préc., note 19, n° 863.

⁸⁹⁹ Sur l'histoire de ces compagnies d'assurances J. Bastien précité.

telle que COFACE et AXA qui proposent aujourd'hui la branche crédit au sein de leur entreprise⁹⁰⁰.

569. Couramment appelée assurance de crédit, elle peut se définir comme un système d'assurance qui permet à une personne, moyennant le paiement d'une prime, de se couvrir contre le non-paiement ou l'insolvabilité. Aux termes des articles R.321-1 alinéa 14 du code des assurances français et 328 du Code CIMA⁹⁰¹, l'assurance-crédit couvre plusieurs domaines notamment l'insolvabilité générale. Ainsi, l'assurance-crédit telle que conçu par le code de commerce français et le code CIMA ne propose en couverture que le risque d'insolvabilité⁹⁰². Or, en examinant la situation du créancier chirographaire, on se rend compte qu'il fait crédit sur la base de la confiance. De ce fait, il n'est pas exclu qu'il soit confronté à un non-paiement de sa créance. Puisque, l'assurance a pour finalité la garantie de la bonne fin des opérations de crédit, le non-paiement ne peut-il pas être pris en charge par l'assurance ? Nous envisagerons successivement l'adaptabilité de la technique d'assurance au non-paiement des créanciers chirographaires (section I) et les potentiels enjeux d'une telle assurance (section II).

SECTION I : L'ADAPTABILITÉ DE LA TECHNIQUE D'ASSURANCE AU NON-PAIEMENT DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES

570. Le créancier chirographaire fait crédit à son débiteur sur la base de la confiance. Le vocabulaire juridique de Gérard CORNU⁹⁰³, définit le crédit comme la confiance qu'une personne inspire sur sa solvabilité. La notion de confiance est donc au cœur de la définition du mot crédit. Seulement toutes les manifestations de la confiance ne sont pas constitutives de crédit⁹⁰⁴. La conception réduisant le crédit à la confiance n'est suffisante pour appréhender la notion de crédit. Cependant, constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une

⁹⁰⁰<http://www.financialafrik.com/2016/06/30/coface-et-axa-cameroun-vulgarisent-lassurance-credit/#.WKwbeTvhDIU>

⁹⁰¹ Conférence interafricaine du marché des assurances

⁹⁰² Voir branche 14 du code des assurances

⁹⁰³ G. CORNU, préc., note 7, p. 286.

⁹⁰⁴ M. FONTAINE, préc., note 923, n° 147.

autre personne⁹⁰⁵. Selon M. DENIS-LINTON : « faire crédit c'est effectuer une prestation immédiate en échange d'une autre qui sera exécutée ultérieurement »⁹⁰⁶. À cause d'un manque d'unanimité sur la définition de la notion de crédit, la doctrine dominante fait ressortir le rôle du temps. Et, selon une présentation synthétique, faire crédit, implique la confiance du créancier envers celui qui s'oblige à terme. Ainsi, celui qui fournit la prestation est confiant qu'à terme le débiteur doit s'exécuter. Cependant, la confiance n'exclut pas la méfiance.

571. Le besoin de sécurité⁹⁰⁷ est le fondement de toute assurance. Lorsque le créancier chirographaire fait crédit à son débiteur, son remboursement n'est pas instantané mais reporté dans un temps plus ou moins long selon la volonté des parties. Néanmoins, un débiteur en très bonne santé financière au moment du contrat peut être très vite frappé par de nombreux événements qui compromettent le paiement de ses créanciers. Ces derniers sont donc confrontés à la perte de leur créance soit parce que leur débiteur ne paie plus soit parce qu'il est dans l'impossibilité de payer. C'est très souvent le cas des créanciers chirographaires à la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif. Cependant, le créancier chirographaire peut anticiper sur ce non-paiement en prenant une assurance. Néanmoins même si le risque de non-paiement est un risque assurable (§I), il est nécessaire qu'une compagnie d'assurances accepte de le prendre en charge (§II).

§I : LE RISQUE DE NON-PAIEMENT : UN RISQUE ASSURABLE

572. Comme tout risque assurable, le risque de non-paiement est un événement aléatoire (§I) et dommageable (§II) pour le créancier chirographaire.

⁹⁰⁵ S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 24^e éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 308.

⁹⁰⁶ M. DENIS LINTON, préc., note 927, n° 17.

⁹⁰⁷ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, 14^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2017, n° 1.

A : le risque de non-paiement un évènement aléatoire pour les créanciers chirographaires

573. En principe, seul un risque aléatoire peut faire l'objet d'un contrat d'assurance⁹⁰⁸. Un risque est aléatoire lorsque sa réalisation dépend du fait du hasard, d'un évènement incertain.

574. En matière d'assurance en général l'incertitude réside dans le fait que, les parties ignorent au moment de formation du contrat, le moment de la réalisation de l'évènement redoutable. En réalité, on ne sait même pas s'il va se réaliser. Comme le fait si bien remarquer un auteur⁹⁰⁹ : « l'exécution de la prestation de l'assureur dépend d'un évènement incertain soit dans sa survenance, soit dans son étendue soit dans sa date de survenance ». La même observation peut être faite pour l'assurance de non-paiement du créancier chirographaire. En effet, lorsque le créancier emprunte ou fournit une prestation qui sera prise en charge ultérieurement par son débiteur, il ignore par exemple que ce dernier peut faire face à un dépôt de bilan pouvant le conduire à une insuffisance d'actif. Donc la survenance du risque de non-paiement dépend d'un évènement aléatoire car rien ne permet au moment de la conclusion du contrat avec son débiteur qu'il ne sera pas payé. Car, en contractant, le créancier chirographaire vigilant prend toujours la peine de s'informer sur son débiteur.

575. Ainsi, au moment de la formation du contrat les parties n'ont pas connaissance de la réalisation ou non du non-paiement. Le créancier chirographaire ne doit pas savoir par avance qu'il ne sera pas payé. Pareillement, le débiteur ne doit pas savoir qu'il ne pourra pas payer son créancier à la date convenue. Concrètement, débiteur et créancier ne doivent pas être au courant de tout fait de nature à compromettre le paiement de la créance à l'échéance. Par exemple, le créancier ne doit pas contracter alors qu'il sait pertinemment que dans un futur proche ou lointain le débiteur ne sera plus capable de payer ses dettes peut-être à cause d'une situation de trésorerie déjà affaiblie ou d'un risque de dépôt de bilan. Le non-paiement ne pouvant être contrôlé au moment de la conclusion du contrat, l'assurance contre le non-paiement garde son ca-

⁹⁰⁸ *Id.*, n° 246.

⁹⁰⁹ J. BIGOT, *Traité de droit des assurances : le contrat d'assurance*, 3, LGDJ, 2002, n° 101.

ractère aléatoire. L'aléa dans le risque de non-paiement réside alors dans l'incertitude de la survenance du moment du non-paiement.

576. De plus, l'incertitude du risque de non-paiement réside aussi dans le fait qu'il ne doit pas être déjà réalisé au moment de la formation du contrat. Un risque déjà réalisé au moment de la conclusion du contrat d'assurance ou susceptible de l'être dans un bref délai perd son caractère aléatoire. À l'évidence, lorsque le débiteur est déjà soumis à une procédure collective, compte tenu des circonstances, le risque de non-paiement devient inassurable pour défaut d'aléa. En effet, le défaut d'assurabilité vient du fait que, certes, le risque de non-paiement n'est pas encore réalisé, mais sa réalisation est très probable. Alors, le caractère aléatoire ne subsiste que tant que, le risque n'est pas encore réalisé. Même si, le risque doit être susceptible de se réaliser, il doit l'être dans un futur incertain. Ce qui, exclut l'assurabilité des risques dont la certitude de leur réalisation est possible. Pour ce qui est de la méconnaissance de l'évènement dommageable, le créancier chirographaire ne doit avoir connaissance de circonstance ou d'information négative sur son débiteur pouvant conduire à son non-paiement. C'est dire qu'au moment de la conclusion du contrat d'assurance le débiteur doit être en bonne santé financière. Le non-paiement serait donc un risque pour le créancier chirographaire en cas de clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif du débiteur.

B: le risque de non-paiement un évènement dommageable pour les créanciers chirographaires

577. Le risque de non-paiement provient du défaut de paiement de la créance du créancier chirographaire. Lorsqu'il devient effectif, cela entraîne une perte dans son propre patrimoine. Cette perte est considérée comme l'intérêt pour lequel l'assuré cherche à se prémunir. Aux termes des articles L.121, alinéa 2 du Code des assurances et 37 du Code CIMA relatif à l'assurance de dommage, « tout intérêt, direct ou indirect à la non-réalisation d'un risque, peut faire l'objet d'une assurance ». Il est important de noter qu'en posant le principe que tout intérêt, direct ou indirect à la non-réalisation d'un risque peut faire l'objet d'assurance, la loi laisse libre cours aux applications les plus di-

verses et les plus souples de l'assurance⁹¹⁰. La particularité de l'assurance contre le non-paiement est qu'elle porte sur une chose incorporelle. Ici, c'est le rapport du créancier à sa créance qui est prise en compte. Le lien à prendre en considération pour justifier de la perte étant l'attachement de l'assuré à la valeur de sa créance exposée au risque⁹¹¹. Il convient de dire que, c'est la créance du créancier chirographaire qui est exposée au risque. Le risque de la perte de cette créance peut être préjudiciable pour lui. En ce sens que, le fait de se retrouver sans le paiement de sa créance est constitutif d'une perte pécuniaire pouvant conduire à son appauvrissement ou à un déséquilibre budgétaire dans ses affaires. Le non-paiement d'une créance intéresse au premier chef le créancier, car, c'est son patrimoine qui est en danger.

578. La réalisation du risque de non-paiement est donc économiquement défavorable pour les créanciers chirographaires en cas d'insuffisance d'actif du débiteur. Parce que, d'une part, la perte de la créance donne lieu à un dommage financier définitif pour le créancier chirographaire. En cas de non-recouvrement de sa créance à la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif, le créancier ne dispose plus de recours contre son débiteur. Il perd définitivement le droit de poursuite contre ce dernier. Toutes les voies de contrainte sont bloquées à l'égard du débiteur défaillant. Si le créancier perd ainsi définitivement le droit à l'exécution forcée contre son débiteur, cela revient à dire qu'il ne peut plus exercer une voie de droit pour récupérer sa créance. Or, on sait que, lorsqu'on emprunte par exemple on puise des fonds dans son patrimoine, et si, on ne peut plus obliger le débiteur à un quelconque remboursement cela crée un manque à gagner énorme. En fait, le vide laissé par la sortie de la créance ne sera pas comblé. Alors que, le créancier compte parfois sur cette créance pour honorer ses propres engagements envers ses créanciers. D'autre part, cette perte de créance entraîne une méfiance à l'égard du créancier chirographaire qui, du fait de la perte de sa créance se trouve lui-même dans l'impossibilité d'honorer ses propres engagements. Ce qui, à notre avis pourra affecter négativement leurs rapports futurs. De même, du fait de ce non-paiement, l'actif social du créancier chirographaire s'amointrit pouvant ainsi

⁹¹⁰Cour de Cassation 2^e chambre civil, octobre 2011, n°10-24309, X c/ Axa France IARD, note J. Bigot.

⁹¹¹ M. DENIS LINTON, préc., note 927, p. 84.

engendrer des retards de paiement ou alors de sérieux problème de trésorerie qui, s'ils ne sont pas résolus assez rapidement pourront conduire le créancier chirographaire vers un dépôt de bilan. En réalité, le non-paiement engendre un déséquilibre dans les affaires du créancier chirographaire. On constate alors que, le caractère dommageable du risque se retrouve bien dans l'assurance contre le non-paiement des créanciers chirographaires. La créance présente donc pour le créancier chirographaire une valeur économique importante dont la perte est préjudiciable pour lui.

579. En revanche, le non-paiement de la créance ne doit pas être justifié par un comportement ou une attitude voulu de l'assuré ou de la négligence de celui-ci. En effet, l'assurance ne doit pas être une décharge de responsabilité de la part de l'assuré. Ainsi, le créancier est tenu de prendre tous les renseignements nécessaires possibles sur la solvabilité de son débiteur, il se doit de prendre suffisamment d'informations sur son débiteur non seulement avant de contracter mais aussi, il devrait pouvoir continuer à prendre des informations sur l'évolution de la situation de ce dernier. Car, toute faute de sa part pourra lui être opposable. C'est dire qu'au moment de la réparation du dommage par l'assureur, ce dernier peut lui opposer son attitude fautive pour ne pas l'indemniser. Il faut donc, appeler le créancier chirographaire à plus de prudence et de vigilance. Car, la souscription d'un contrat d'assurance n'est pas synonyme de négligence ou d'imprudence. Il en résulte que, la réalisation du risque ne doit pas provenir de la volonté d'une partie au contrat, elle doit être le fait du hasard. Si « le non-paiement est un risque dommageable, l'assurance et lui devraient donc avoir à entretenir une relation »⁹¹². Au final, la réalisation du risque doit être indépendante de la volonté du créancier et du débiteur pour que l'assuré puisse bénéficier de l'indemnité d'assurance.

580. Selon le principe indemnitaire qui fonde les assurances de dommage : « le bénéficiaire de l'assurance ne doit en aucun cas s'enrichir en recevant des indemnités supérieures à son préjudice »⁹¹³. C'est dire que, l'indemnité doit être proportionnelle au préjudice subi par l'assuré. Dans le cadre de l'assurance contre le non-paiement, l'indemnité de l'assureur devrait correspondre au montant de la créance perdue et non au montant de la créance

⁹¹² N. LEBLON, préc., note 19, p. 1.

⁹¹³ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, préc., note 938, n° 66.

prévu dans le contrat d'assurance. C'est au moment de la réalisation du risque qu'on peut mesurer avec efficacité la perte réelle de l'assuré. Dans le cadre des entreprises en difficulté, on ne saurait à l'avance connaître avec exactitude la perte que pourra subir un créancier chirographaire. En effet, la perte peut être totale ou partielle. Il peut arriver que malgré l'insuffisance d'actif, il reste une quote-part à partager au créancier chirographaire. Dans ce cas, l'assureur indemnifiera déduction faite des sommes déjà perçues lors de la répartition de l'actif chirographaire restant. Néanmoins, en cas de perte totale, l'indemnité pourra correspondre au montant effectif de la créance. Ce paiement compensatoire vient combler le vide créé par la perte définitive de la créance du créancier chirographaire. Du fait de cette compensation, le créancier évite un dommage qui pouvait entraîner un déséquilibre dans sa trésorerie. La réalité d'un tel dommage étant incontestable, l'assurance contre le non-paiement est un mode de garantie particulièrement efficace. L'indemnisation très voisine du paiement escompté élimine l'effet de cette perte de valeur. Une valeur équivalente vient ainsi se substituer à la perte qu'il aurait subie en cas d'absence d'assurance. La simultanéité de l'indemnisation du dommage permet à l'assuré d'échapper au sinistre.

§II : UN RISQUE DE NON-PAIEMENT POUVANT ÊTRE PRIS EN CHARGE PAR UNE COMPAGNIE D'ASSURANCES

581. Pour que le risque de non-paiement puisse être pris en charge par une compagnie d'assurances, encore faut-il qu'il existe un contrat d'assurance garantissant le non-paiement des créanciers chirographaires à la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif (A) mais aussi et surtout que la réalisation du risque de non-paiement soit indépendante de la volonté des parties (B).

A : la possibilité d'un contrat d'assurance garantissant le non-paiement des créanciers chirographaires à la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif

582. Le contrat d'assurance est une convention entre l'assureur⁹¹⁴ et l'assuré⁹¹⁵ qui, moyennant le paiement d'une prime est garanti contre la surve-

⁹¹⁴ L'assureur doit forcément être un organisme ou une compagnie d'assurances.

nance d'un risque. Pour cela, l'assureur devrait être forcément une compagnie d'assurances agréée. Il faut dire que l'assuré peut être le créancier chirographaire ou son débiteur. Dans le premier cas, c'est le créancier chirographaire qui anticipe sur le non-paiement de sa créance en souscrivant un contrat d'assurance. Cela revient à dire que le créancier chirographaire prend les devants en se protégeant lui-même. Dans ce cas, il sera tenu de payer une prime proportionnelle à sa créance. En réalité, le coût de la prime risquerait de décourager plus d'un créancier chirographaire. Malgré son coût, il est important de noter est que « la vie économique se développe dans un marché d'acheteur. La concurrence est telle que le flux des demandes se détournerait d'un vendeur trop exigeant »⁹¹⁵. Cela reviendrait à dire que lorsque le créancier chirographaire est dans l'impossibilité de faire pression sur son débiteur de quelque manière que ce soit, il vaut mieux pour lui de prendre une assurance pour le cas où il ne rentrerait pas dans ses fonds. Encore faudrait-il pour le créancier chirographaire juger de l'importance de sa transaction avec son débiteur. À l'inverse, si l'assurance est souscrite par le débiteur pour le cas où il viendrait à être liquidé pour insuffisance d'actif, la difficulté majeure résidera dans son acceptation par les compagnies d'assurances. Pour autant, sa prise en charge par l'assurance réduirait davantage le risque de non-paiement pour les créanciers chirographaires. Et, lorsque le débiteur souscrit une assurance pour le compte de ces derniers, cela va non seulement renforcer la confiance entre-eux mais aussi pourra réduire le coût de leur transaction. En effet, rassurés qu'ils pourront être payés quelle que soit la situation de son débiteur, les créanciers chirographaires seront de plus en plus nombreux et du même coup fera économiser au débiteur les frais et formalités rigoureuses de constitution d'une sûreté par exemple. Du côté des créanciers aussi, les frais de réalisation des sûretés seront économisés.

583. En revanche qu'elle soit souscrite par le créancier chirographaire ou par son débiteur, l'assuré a l'obligation de déterminer et de décrire avec précision le risque garanti dans un contrat d'assurance. Le risque pour le créancier chirographaire sera le risque de non-paiement de sa créance. Ainsi, la déclaration du

⁹¹⁵ C'est toute personne physique ou morale sur la tête de laquelle pèse un risque assurable.

⁹¹⁶ M. DENIS LINTON, préc., note 927, p. 19.

risque consiste à répondre au questionnaire rédigé par l'assureur⁹¹⁷. Celui-ci contient généralement, les informations concernant l'assuré, l'objet, la cause du contrat et les circonstances de sa réalisation. Toutefois, l'assuré est tenu de préciser les circonstances possibles de réalisation de son risque, l'élément déclencheur du risque. Dans le cas spécifique de l'assurance contre le non-paiement, l'assuré⁹¹⁸ sera tenu de fournir les informations sur le débiteur notamment : la situation de sa trésorerie, son domaine d'activité. Pour cela, l'assuré est tenu de répondre de bonne foi afin de permettre à l'assureur de bien apprécier le risque afin de mieux le prendre en charge. Car, l'assureur ne prend en charge que le risque et seulement le risque contenu et prévu dans le contrat d'assurance. D'où l'intérêt d'une détermination précise du risque pour l'assuré.

584. Il sied de mentionner que, lorsque le souscripteur de l'assurance est le débiteur, on parle d'assurance pour le compte d'autrui. L'assureur garantit le risque de non-paiement du créancier chirographaire. La problématique de la nature de ce contrat remonte aux années 1930. La doctrine s'est fondée sur l'absence de tout risque assurable et sur la faculté reconnue à l'assureur d'exercer le recours contre un débiteur assuré pour refuser à l'assurance-crédit souscrite par le débiteur la nature d'assurance. Pour la doctrine « l'assurance-crédit souscrite par le débiteur n'a pas la nature d'assurance parce que le risque pris par l'assureur n'est pas de nature véritablement aléatoire. Alors que l'aléa étant l'essence même du contrat d'assurance⁹¹⁹. Celui-ci est par nature aléatoire. Et, est défini comme celui ou l'équivalent dépendant, soit pour toutes les parties, soit pour l'une d'entre ou plusieurs d'entre elles, d'un événement incertain, le résultat quant aux avantages et aux pertes dépend, pour chacune des parties, de cet événement incertain⁹²⁰. Dès lors que la survenance de l'évènement dépend d'une des parties au contrat d'assurance, le contrat ne peut

⁹¹⁷La déclaration spontanée a été remplacée par un questionnaire rédigé par l'assureur.

⁹¹⁸ Il faut noter tout de même qu'il sera difficile pour les créanciers chirographaires de donner toutes les informations sur leur débiteur. Néanmoins, la compagnie d'assurance, en tant que professionnel devra chercher à mieux s'informer sur le débiteur avant tout contrat.

⁹¹⁹ Cass. Civ. 1^{er} 11 octobre 1994, Bull. Civ. I, n°277.

⁹²⁰ B. BEIGNIER et S. BEN YAHIA, préc., note 524, n° 170.

pas être qualifié de contrat d'assurance. Alors, pas d'aléa pas d'assurance⁹²¹. Le débiteur ayant la qualité de souscripteur de la police d'assurance et celle d'assuré dans le contrat d'assurance contre le non-paiement, le risque assuré peut dépendre de la volonté du débiteur. Le risque ici dépend de la volonté de l'une des parties au contrat. Le risque présente donc un caractère potestatif⁹²². À cause du caractère purement potestatif, l'assurance-crédit contre le non-paiement n'est pas une assurance car, la réalisation du risque dépend de la volonté du débiteur. Néanmoins, il faut noter que dans le cadre de l'assurance contre le non-paiement pour insuffisance d'actif, l'ouverture d'une procédure collective ne dépend pas de la seule volonté du débiteur. En effet la seule volonté du débiteur ne suffit pas, car les procédures collectives sont des procédures judiciaires. Donc, il faut forcément l'intervention du juge dans ce domaine. Ce qui retire à l'assurance du non-paiement pour insuffisance d'actif son caractère potestatif.

585. De plus, le fait pour l'assureur de pouvoir exercer un recours contre le débiteur après le paiement de l'indemnité d'assurance au créancier éloigne une fois de plus la qualification d'assurance à l'assurance-crédit souscrite par le débiteur. En fait, le principe de l'assurance s'oppose à ce qu'un assureur successivement offre une garantie à l'assuré, puis se retourne ensuite contre lui afin de recouvrer l'équivalent de son versement⁹²³. Ces arguments tendant au rejet de la qualification d'assurance à l'assurance-crédit souscrite par le débiteur, bien que pertinents, n'ont pas reçu la faveur de toute la doctrine. Car, bien que la souscription soit du fait du débiteur dans l'assurance-crédit souscrite par le débiteur, l'initiative intellectuelle en revient le plus souvent à l'auteur du crédit, lequel pose comme condition à sa propre prestation la constitution d'une garantie⁹²⁴. Donc, celui qui a un intérêt à cette assurance c'est finalement le créancier et non le débiteur. En cherchant à qui appartient l'intérêt d'assurance dans l'assurance-crédit souscrite par le débiteur, on se rend compte que, le débiteur ne souscrit pas cette assurance pour son propre compte mais pour celui de son créancier. Il s'agit d'une assurance pour le compte d'autrui. L'intérêt

⁹²¹ Cass. Civ. 1^{er}, 26 octobre 2006, n°04-17865 ; cass. Civ. 1^{er}, Novembre 2003, n°01-14942, Bull. Civ. I; n°220.

⁹²² N. LEBLON, préc., note 19, n° 135.

⁹²³ M. DENIS LINTON, préc., note 927, p. 136.

⁹²⁴ *Id.*, p. 131.

d'assurance doit donc être apprécié en la personne du créancier. La finalité poursuivie par le débiteur au moment de la souscription du contrat d'assurance-crédit, réside dans la couverture par l'assureur du risque de non-recouvrement définitif de la créance du créancier qui en est bénéficiaire. Donc, finalement, le débiteur ne garantit pas un risque ou une perte propre à son patrimoine, mais une perte liée à un patrimoine autre qui est celui de son créancier. Même s'il est souscripteur et assuré, l'intérêt d'assurance réside dans la perte d'un élément dans le patrimoine du créancier. Le débiteur garantit le risque que court son créancier. On peut donc dire que le contrat d'assurance-crédit souscrit par le débiteur pour le compte de ses créanciers chirographaires est un contrat d'assurance original.

586. Cependant, un rapprochement peut être fait entre le régime juridique de l'assurance caution direct et indirect qui est référencé par la branche 15 du Code français des assurances et à l'article 328 alinéas 15 du Code CIMA avec de l'assurance contre le non-paiement des créanciers chirographaires. Mais, à la différence de l'assurance contre le non-paiement qui a pour objet la garantie du non-paiement de la créance, l'assurance caution indirecte garantit l'obligation de payer du débiteur. De plus dans l'assurance caution indirecte, c'est le patrimoine de la caution qui est protégé. Donc, c'est lui qui profite de l'indemnité d'assurance. Cependant, le rapprochement peut être fait entre l'assurance caution et l'assurance contre le non-paiement. En effet, tous les deux couvrent la carence de paiement du débiteur. Mais, tandis que, l'objet unique de l'assurance contre le non-paiement est le paiement en cas de clôture pour insuffisance d'actif, l'assurance caution couvre un domaine beaucoup plus étendu notamment, l'engagement pris par le débiteur d'exécuter un ouvrage ou l'obligation négative à laquelle est tenu un professionnel de ne pas détourner des fonds à lui confié⁹²⁵.

587. Toutefois, la souscription d'un contrat d'assurance pour le compte des créanciers chirographaires présente un risque notamment le risque de déresponsabilisation du débiteur. Il est tout de même important de relever que, les problèmes de trésorerie au sein des entreprises résultent très souvent des erreurs commises par les dirigeants ou le débiteur lui-même. De plus, la facilita-

⁹²⁵ *Id.*, p. 132.

tion du recours à l'emprunt dû à la prise d'une assurance par le débiteur risquerait d'augmenter le nombre de créanciers non-payés. La multiplication des assurances contre le non-paiement pourrait avoir pour conséquence la multiplication des cas de non-paiement⁹²⁶. Il n'en est rien car, la souscription d'une police d'assurance est soumise non seulement à une possibilité de résiliation de l'assureur mais aussi et surtout, la réalisation du risque ne doit provenir d'aucune faute intentionnelle de l'assuré. En dépit de ces risques potentiels, l'assurance souscrite par le débiteur au profit de ses créanciers chirographaires présente un intérêt dans les deux zones d'étude.

588. Malgré ce risque, il s'agit d'une technique d'assurance permettant de se prémunir contre le risque de non-paiement. Mais seulement, à la différence de l'assurance prise par le créancier chirographaire pour son propre compte, la charge de la prime appartient au débiteur. Importante pour le débiteur, cette technique lui permet de continuer à emprunter même s'il n'a plus de sûretés personnelle ou réelle à proposer à son créancier. Ainsi, elle permet de vaincre la méfiance du créancier⁹²⁷. Toutefois, sa limite véritable vient du fait qu'il ne peut être proposé qu'aux créanciers chirographaires détenteurs d'une créance importante.

589. Qu'il soit souscrit par le créancier ou son débiteur, le contrat d'assurance est par essence un contrat onéreux, l'assuré est tenu de payer un prix correspondant à la sécurité fournie par l'assureur. Ce prix est appelé prime⁹²⁸ : « La prime qui est, le prix de l'assurance représente techniquement le coût de la garantie du risque : juridiquement elle est la contrepartie de la sécurité vendue à l'assureur »⁹²⁹. À l'évidence, l'assuré est l'acheteur de la garantie et l'assureur le vendeur. Le prix doit de ce fait être proportionnel au risque. Le calcul de la prime est établi selon la fréquence du sinistre, le coût moyen d'un sinistre et les différents chargements⁹³⁰. Lorsqu'elle est établie et acceptée par l'assuré, celui-ci est tenu de payer au lieu et moment convenu dans le contrat par l'assureur.

⁹²⁶ N. LEBLON, préc., note 19, p. 723.

⁹²⁷ M. DENIS LINTON, préc., note 927, p. 129.

⁹²⁸ Pour les contrats d'assurance délivrés par les sociétés anonymes, on parle de prime. Néanmoins, pour ceux délivrés par les sociétés d'assurance mutuelle, on parle de cotisation d'assurance.

⁹²⁹ Y. LAMBERT-FAIVRE, *Risque et assurances des entreprises*, 3^e éd., Dalloz, 1991, n° 478.

⁹³⁰ Les chargements commerciaux et le chargement fiscal.

Dès lors que l'assuré, pour quelque raison que ce soit, arrête le paiement de la prime, l'assureur a la possibilité de résilier le contrat à condition de respecter la procédure de mise en demeure suivie de la procédure de suspension de trente jours. Ce n'est que dix jours après l'expiration du délai de trente jours que l'assureur peut procéder à la résiliation du contrat⁹³¹. L'assuré contre le non-paiement doit payer la prime en fonction du montant de la créance qu'il demande à l'assureur de garantir. Sur la base de cette créance, l'assureur détermine en fonction des probabilités de réalisation du risque le montant de la prime. Cependant, l'assuré reste libre d'accepter le prix proposé par l'assureur. En tant que vendeur d'assurance, le coût de la prime doit pouvoir couvrir le risque si jamais il venait à se réaliser. Le paiement de cette prime emporte transfert du risque de non-paiement dans le patrimoine de l'assureur. Ce dernier devient de ce fait un débiteur accessoire, qui ne paiera qu'en cas de non-paiement du débiteur d'origine. Toutefois, la souscription du contrat d'assurance n'empêche pas le débiteur de remplir son obligation envers son créancier. L'obligation de l'assureur est donc conditionnelle. Même si le débiteur fait défaut, le paiement de l'indemnité est soumis à la réalisation du risque.

B : un non-paiement indépendant de la volonté des parties

590. « Le risque constitue la raison pour laquelle toutes les parties à un contrat d'assurance contractent »⁹³². Au sens large, le risque est un danger, un inconvénient plus ou moins probable auquel on est exposé⁹³³. Toute exposition à un danger est redoutable soit pour la personne, soit pour son patrimoine. C'est parce qu'on craint le danger qu'on se préserve. Omniprésent dans les relations sociales et juridiques⁹³⁴, le non-paiement peut être défini simplement comme ce qui n'a pas été payé. C'est-à-dire « l'inexécution d'une obligation de somme d'argent »⁹³⁵. Mais pour autant, il ne doit pas dépendre de la volonté des parties au contrat.

591. Ainsi, le contrat manque d'aléa si l'évènement incertain dépend de la volonté d'une partie au contrat. C'est dire que le non-paiement doit dépendre

⁹³¹ Article 113-3 du code des assurances.

⁹³² N. LEBLON, préc., note 19, n° 743.

⁹³³ Larousse français.

⁹³⁴ E. PERRU, préc., note 47, n° 1.

⁹³⁵ *Id.*, p. PREFACE.

d'un évènement externe aux parties. Ce n'est pas parce qu'on a souscrit un contrat qu'on ne doit plus surveiller sa créance. Et, les fautes d'imprudence et de négligence de l'assuré peuvent détruire le caractère aléatoire du risque. Par exemple, un créancier chirographaire qui ne réclamerait pas sa créance à terme peut se voir refuser l'indemnisation pour faute. Pour que l'aléa puisse exister, il faut que la survenance de l'évènement échappe totalement à l'assuré. Il va pour cela, prouver qu'il a fait toutes les diligences nécessaires et que l'arrivée du non-paiement est évènement redoutable relevant du hasard. Au final, l'aléa est présent lorsque le sinistre ne doit pas être connu des parties au moment de la conclusion du contrat, c'est-à-dire que l'assuré autant que l'assureur devraient ignorer l'existence du sinistre au moment de la conclusion du contrat. En effet, rien ne doit démontrer pendant la conclusion du contrat que le débiteur ne paiera pas la créance.

592. L'aléa existe donc dans l'assurance contre le non-paiement car, l'assuré ne doit pas savoir que le débiteur ne va pas payer sa créance et de plus, il ne doit avoir d'information pouvant justifier la clôture pour insuffisance d'actif du débiteur à court ou à long terme. En réalité, le risque étant inhérent à toute entreprise, la situation du débiteur peut très vite se dégrader. Le risque de non-paiement devient de ce fait un risque réalisable et non impossible.

SECTION II : LES POTENTIELS ENJEUX DE L'ASSURANCE CONTRE LE NON-PAIEMENT DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES

593. Même si des difficultés pratiques de l'assurance contre le non-paiement sont réelles (§II), il n'en demeure pas moins qu'elle recèle d'énormes avantages pour les créanciers chirographaires (§II)

§I : LES DIFFICULTÉS PRATIQUES DE L'ASSURANCE CONTRE LE NON-PAIEMENT

594. La première difficulté réside dans l'accueil de l'assurance dans le contexte africain et français. Ainsi, si le déclin de la solidarité familiale a favorisé le développement de l'individualisme et a contribué à l'expansion de l'assurance en France, ce n'est pas toujours le cas dans l'espace CIMA. Le taux de pénétration de l'assurance demeure bas. Il est de ce fait classé dernier avec un taux de marché de l'ordre de 1,3% par rapport à l'Amérique devant

l'Asie (31,6% et l'Europe (31%)⁹³⁶. Ce faible taux est justifié par le sous-développement qui prévaut en Afrique mais aussi le manque de culture assurantielle. En effet, en Afrique, « le partage des risques et les ressources pour aider les personnes en difficulté une pratique courante »⁹³⁷. En effet, le mode de vie familiale à l'africaine permet une sorte de communautarisation. Dans le système des tontines par exemple, chacun supporte partiellement le risque que court l'autre. Cette solidarité qui s'étend de nos jours hors du cercle familial entraîne une protection mutuelle. Cette solidarité encore présente dans le contexte africain cumulée avec les contraintes socio-économiques de crise, tend à retarder l'extension de l'assurance en Afrique. Comme le démontre un auteur, « en Afrique, le faible pouvoir d'achat des populations et l'absence de la culture de l'assurance ont retardé le développement de l'assurance »⁹³⁸. Ainsi, la consommation de l'assurance reste faible en Afrique. Par ailleurs, « la place des pays de la zone franc sur le marché mondial est en déclin, et la part de l'assurance dans la richesse nationale de chacun de ces pays demeure réduite »⁹³⁹. Si l'assurance a autant du mal à prendre son envol en Afrique, ce n'est pas le cas de la France pour qui l'assurance présente une importance sociale et économique considérable. D'un point de vue économique, l'assurance française occupe le 4^e rang mondial derrière les États-Unis, le Japon et le Royaume uni⁹⁴⁰. Raison pour laquelle l'assurance contre le non-paiement aura des chances d'être mieux accueillie en France.

595. En outre, dans l'assurance contre le non-paiement, la difficulté peut résider dans l'appréciation du risque par l'assureur. En réalité, l'assurance repose sur la loi de la probabilité mathématique qui est le rapport du nombre de chances de réalisation d'un évènement sur le nombre de cas possible⁹⁴¹.

⁹³⁶http://fanaf.org/article_ressources/file/AG-2018-KIGALI/Statistiques/Brochure_sur_les_marches_2012-2016-VF.pdf.

⁹³⁷ G. WATTEZ-RICHARD, « L'assurance en Afrique, un levier de développement économique ? », *Revue secteur privé et développement* 2017.

⁹³⁸ M. SIGUELE, *Comment renforcer les compagnies d'assurances africaine de la zone CIMA*, Capafrique, 2008, en ligne : <http://fanaf.org/article_ressources/file/AG_2008_interventions_Faiblesses-actuelles-des-compagnies-assurances-zone-CIMA-par-Adolphe-OUEDRAOGO.pdf>.

⁹³⁹ *Id.*

⁹⁴⁰ M. CHAGNY, « Droit des assurances », 2014.1 vol. (528 p.), n° 24.

⁹⁴¹ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, préc., note 938, n° 46.

L'assureur doit compenser une multitude de risques selon les lois statistiques. Pour un calcul de probabilité aussi exact que possible, l'actuaire recense une multitude de cas homogènes. Cependant, l'assurance contre le non-paiement, n'offre pas cette homogénéité indispensable au calcul de probabilité du risque. En effet, la prise en charge de l'assurance contre le non-paiement sera fonction de la situation du débiteur, de ses antécédents, de son activité, du montant de la créance, du nombre de ses créanciers, de la situation économique dans laquelle il évolue, des risques de troubles politiques. Concrètement, les risques de non-paiement varient en fonction de chaque débiteur. De plus, la situation du débiteur évolue parfois tellement vite qu'un risque est très vite arrivé. En présence de ces diversités, il est difficile d'établir et de fixer de manière équitable la prime de chaque assuré. Si l'on apprécie individuellement le risque de non-paiement pour chaque créancier chirographaire en fonction de la situation de son débiteur, l'appréciation individuelle est substituée à la loi des statistiques⁹⁴² sur laquelle repose la technique d'assurance. En assurance, le calcul de probabilité se fait sur un grand nombre de cas. Même si l'assurance contre le non-paiement ne répond pas aux critères de classification homogène, l'assureur dispose d'un certain nombre d'informations pouvant lui permettre d'avoir une évaluation approximative de la probabilité de réalisation du risque. Par exemple, le débiteur, ses antécédents, la situation de sa trésorerie, le montant de ses emprunts, son domaine d'activité...etc.

596. Il faut noter que, pour favoriser l'acceptation d'une telle assurance, l'assuré peut opter pour une police d'assurance globale. Ce qui le met à l'abri du risque d'anti-sélection de la part de l'assureur. Or, en prenant une police d'assurance pour chaque créance, ce dernier court le risque d'anti-sélection de la part de l'assureur. Le risque d'anti-sélection est le fait par exemple pour un assureur d'accepter de garantir telle créance et non pas telle autre. Par contre en optant pour l'assurance globale comme ce qui est le cas de l'assurance-crédit à l'exportation⁹⁴³, l'assureur peut réussir à équilibrer prime et indemnisation. Car, en prenant en charge toutes les créances découlant de l'activité du créancier chirographaire, ou alors toutes les créances chirographaires d'un débiteur précis, l'assureur peut arriver à dégager une marge d'indemnisation suffisante

⁹⁴² M. FONTAINE, préc., note 923, n° 92.

⁹⁴³ *Id.*, n° 96.

permettant de prendre en charge le risque. En préférant prendre une assurance globale pour toutes les créances découlant d'une activité, l'assureur a une vision globale du risque qu'il garantit et peut par la même occasion adapter la prime au risque. Toutefois, les assureurs sont beaucoup plus sensibles à la police d'assurance globale. Du fait de la répartition du risque qu'elle permet, l'assurance globale est moins onéreuse. En effet, « coûteuse en frais généraux, susceptible d'être viciée par l'anti-sélection, les compagnies d'assurances sont moins friandes des assurances individuelles et, sont forcées de majorer les taux de prime en conséquence »⁹⁴⁴.

597. Il est aussi possible de craindre que, le coût élevé de cette assurance pourra limiter son efficacité. Car, le paiement de la prime a un coût pour l'assuré qui, n'est pas négligeable. En effet, cette crainte peut être corrigée. Contrairement aux sûretés, l'inflation de la souscription des contrats d'assurance contre le non-paiement n'a pas un effet pervers sur l'indemnité d'assurance ; tout au contraire elle pourra conduire à long terme à la réduction du coût de la prime d'assurance. Ceci peut s'expliquer par le fait que, la multiplication des assurances contre le non-paiement des créances, aura pour conséquence du fait de la mutualisation plus importante des risques de non-paiement, une dilution du risque dans un ensemble plus vaste. Cela conduira à ce que le risque de chaque créancier soit supporté par une communauté plus étendue⁹⁴⁵. Alors, si chaque créancier chirographaire souscrit une assurance contre le non-paiement de sa créance en cas d'insuffisance d'actif de son débiteur à la clôture des liquidations, plus ils seront nombreux à recourir à la technique de l'assurance, plus le coût de la prime d'assurance sera revu à la baisse. C'est la raison pour laquelle, il est toujours important pour un créancier chirographaire de mesurer les risques du non-paiement d'une de ses créances sur son patrimoine. En accordant leur confiance, elles prennent un risque que le recours à l'assurance peut permettre de minimiser⁹⁴⁶. « Cette assurance convient donc parfaitement à un créancier soucieux de sauvegarder la bonne fin d'un crédit sans imposer des sûretés réelles ou personnelles à ses partenaires sociaux⁹⁴⁷.

⁹⁴⁴ J. BASTIN, préc., note 924, p. 170.

⁹⁴⁵ N. LEBLON, préc., note 19, n° 722.

⁹⁴⁶ *Id.*, n° 8.

⁹⁴⁷ M. DENIS LINTON, préc., note 927, p. 22.

598. Cependant, la mutualisation du risque étant un des principes majeurs du droit des assurances, le développement de l'assurance-crédit contre le non-paiement pourra contribuer au renforcement de son efficacité. En réalité, plus le coût restera élevé, moins les créanciers seront motivés à y recourir. Donc, l'amélioration de l'efficacité de cette assurance résidera non seulement dans le nombre d'assuré intéressé aussi et surtout par le développement des compagnies d'assurances capables d'accepter en garantie un tel risque. Ainsi, plus leur nombre sera élevé moins la prime sera importante. Car, leur augmentation permet diluer le risque dans un nombre important de personnes. En favorisant la diminution de la prime, le paiement d'une somme modique serait une source d'encouragement pour les créanciers chirographaires et même leurs débiteurs.

§II : L'IMPORTANCE DE L'ASSURANCE CONTRE LE NON-PAIEMENT POUR LES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES

599. L'assurance est non seulement une technique souple d'application (A) mais aussi, le créancier chirographaire est réservataire de l'indemnité (B).

A : l'assurance : technique souple d'application

600. La conclusion d'un contrat d'assurance est relativement facile contrairement à la rigueur à laquelle est soumise la constitution des sûretés. Dès lors qu'il y a eu rencontre des volontés et que les parties se sont mises d'accord sur la prime, le sinistre garanti et les éléments déclencheurs de l'indemnité d'assurance, le contrat d'assurance est désormais valable.

601. En effet, l'assurance comme la sûreté sont deux techniques de sécurisation des créances. Elles permettent au créancier de diminuer les conséquences du non-paiement de leur créance à l'échéance. En outre, elles contribuent à la satisfaction du créancier lorsque le débiteur ne s'exécute pas. Si le fait de ne pas recevoir son paiement est un risque pour tout créancier en particulier le créancier chirographaire, l'assurance comme la sûreté peuvent être utilisées afin de prévenir le non-paiement. S'il est un trait caractéristique des assurances et des sûretés qui n'est pas discuté, c'est qu'elles sont toutes les deux des outils juridiques qui répondent au même besoin de sécurité⁹⁴⁸. Le besoin de sécurité qui est la finalité des deux notions, doit s'anticiper. C'est dire que, le créancier

⁹⁴⁸ Y. LAMBERT-FAIVRE, préc., note 960.

ne devrait pas attendre la réalisation de l'événement dommageable pour réclamer la sécurité. Comme la sûreté, l'assurance doit être prise bien avant. C'est donc à chaque créancier de mesurer les conséquences d'un éventuel non-paiement de sa créance pour ses propres affaires et, de prendre les mesures appropriées. On peut convenir que les assurances comme les sûretés sont des conséquences d'un risque qui leur préexiste puisque celui-ci, dans son sens courant est un "danger éventuel plus ou moins prévisible" ⁹⁴⁹.

602. Il en résulte que l'assurance comme la sûreté ont pour finalité la satisfaction du créancier. L'octroi d'un supplément de protection du créancier est donc, l'idée force qui soutient ces techniques. Si l'octroi de la sécurité participe de l'essence des assurances et des sûretés, cette idée doit être au centre de leur intérêt ⁹⁵⁰. L'assurance ou la sûreté permettent donc à son bénéficiaire de limiter la perte totale ou partielle d'un élément de son patrimoine. En cela, elles favorisent la préservation du patrimoine de son bénéficiaire. Donc, l'assurance comme la sûreté évite l'appauvrissement du patrimoine du bénéficiaire. De par leur résultat, l'assurance et les sûretés permettent de conserver la valeur du patrimoine du bénéficiaire ⁹⁵¹.

603. En revanche, certains arguments militent en faveur des assurances par rapport aux sûretés. Contrairement à la souscription d'un contrat d'assurance, la constitution des sûretés ainsi que leur réalisation sont soumises au respect de certaines formalités et procédures très souvent contraignantes pour les créanciers. Ainsi, l'article 2428 alinéa 1 dispose par exemple que, l'inscription de l'hypothèque est conditionnée par le dépôt de deux bordereaux datés, signés et certifiés conformes au service chargé de la publicité foncière. Toutefois, pour l'inscription des sûretés et hypothèques judiciaires, le créancier doit en outre présenter l'original, d'une expédition authentique ou d'un extrait littéral de la décision judiciaire donnant naissance à l'hypothèque. L'obligation du respect de ces formalités rend le recours aux sûretés plus difficile et plus coûteux pour le créancier. Par ailleurs, la réalisation des sûretés reste aussi compliquée que leur établissement. Le créancier peut faire pratiquer une saisie, qu'il soit chirographaire ou titulaire d'un privilège. Pour agir, le créancier doit obtenir un titre

⁹⁴⁹ *Id.*, n° 681.

⁹⁵⁰ N. LEBLON, préc., note 19, n° 3.

⁹⁵¹ *Id.*, n° 6.

exécutoire au cas contraire être bénéficiaire d'une hypothèque ou d'une antichrèse valant titre exécutoire qui lui permet de saisie et de vendre des biens du débiteur. Mais, le créancier ne peut pas procéder lui-même aux opérations de saisie, il est tenu de faire appel aux services d'un huissier de justice. Car, seuls peuvent procéder à l'exécution forcée et aux saisies conservatoires les huissiers de justice chargés de l'exécution⁹⁵². Ainsi, la procédure de saisie commence par l'envoi d'un commandement de payer délivré par l'huissier au débiteur ou à son représentant. Cet exploit d'huissier comporte sous peine de nullité des mentions obligatoires et doit être délivré dans un délai de deux mois sous peine de nullité. Une fois le commandement signifié, les services d'un expert peuvent être sollicités pour faire ressortir la valeur du bien. C'est après ces différentes étapes que le juge de l'exécution intervient pour faire procéder à la vente effective du bien. Hormis les irrégularités qui peuvent alourdir la procédure, l'exécution forcée est une procédure longue, fastidieuse et coûteuse. Même si, le coût est finalement supporté par le débiteur, il n'en demeure pas que, la lourdeur et la longueur des procédures peuvent non seulement décourager le débiteur mais aussi et surtout son coût augmente le coût du crédit. Pour cela, le débiteur n'en sort pas gagnant et les créanciers non plus.

604. Par ailleurs, la multiplicité des formes de sûreté sur le patrimoine du débiteur a contribué à leur inefficacité. En effet, le nombre de sûretés qu'un débiteur peut constituer sur son patrimoine n'est pas limité. Il peut même donner tout son patrimoine en garantie de ses créances. En effet, trop de sûretés tuent les sûretés. Plus la prise de sûreté est importante sur un patrimoine, moins le patrimoine sera à même de satisfaire tous les créanciers qui en sont munis. C'est dire que l'inflation des sûretés a un effet pervers sur les créanciers qui en sont titulaires⁹⁵³. De plus, Même si, l'assurance et les sûretés sont liées au droit de crédit⁹⁵⁴, il n'en demeure pas moins que, l'ouverture d'une procédure collective n'a pas les mêmes effets sur elles. L'ouverture d'une procédure collective en neutralisant les effets des sûretés traditionnelles soumet tous les créanciers qui en sont titulaires à la discipline collective. De ce fait, les créanciers ti-

⁹⁵² Article L.121-1 du code de procédure civile d'exécution.

⁹⁵³ N. LEBLON, préc., note 19, n° 797.

⁹⁵⁴ L. AYNES et P. CROCQ, « les sûretés, la publicité foncière », n° 1.

tulaires de sûretés peuvent se trouver en concours avec des créanciers bénéficiant d'un traitement meilleur.

605. Plus loin, on observe que, pour jouer efficacement leur rôle de garantie, les sûretés devraient être faciles à constituer et surtout être rapidement et facilement réalisables. Par ailleurs, elles devraient résister aux avatars de la procédure collective. Ce qu'aucune sûreté n'a encore réussi à faire jusqu'à nos jours. D'où l'utilité de l'assurance pour les créanciers chirographaires.

B : un créancier chirographaire bénéficiaire unique de l'indemnité d'assurance

606. La technique d'assurance permet au créancier chirographaire d'être le bénéficiaire de l'indemnité d'assurance qui lui est réservé dès la conclusion du contrat d'assurance. Dès sa conclusion, l'indemnité d'assurance est réservée au créancier qui en est bénéficiaire seul son paiement est retardé. En effet, si le débiteur opte pour une assurance globale, s'il n'y a pas de limitation de garantie, les créanciers seront sûrs d'être complètement indemnisés indépendamment de leur nombre.

607. Ainsi, dès que l'évènement redoutable se réalise, l'indemnité d'assurance est automatiquement due au créancier sous condition de déclaration du sinistre à l'assureur⁹⁵⁵. Le créancier chirographaire devient de ce fait le créancier personnel de l'assureur. Ce dernier doit donc payer sans toutefois opposer au créancier bénéficiaire l'ouverture de la procédure collective à l'égard de son débiteur. Il bénéficie de l'indemnité d'assurance en compensation de sa créance. L'essentiel pour le créancier étant de compenser la perte due au non-paiement de sa créance, le règlement de l'indemnité suppose l'établissement de la perte. Dès lors que la perte est constatée, l'assureur est tenu de verser l'indemnité.

608. Le recours à l'assurance permet au créancier de bénéficier de l'indemnité d'assurance. Le règlement de l'indemnité due au créancier chirographaire aura pour base sa créance. La garantie portant sur la créance, l'indemnité d'assurance devrait être proportionnelle à la créance perdue. C'est-à-dire que le montant de l'indemnité ne peut dépasser le montant de la créance de base. Le

⁹⁵⁵En droit CIMA et en droit français, le délai de déclaration du sinistre ne peut être inférieur à cinq jours ouvrés. Mais, ce délai est ramené à deux jours ouvrés en cas de vol.

créancier chirographaire reçoit alors une indemnité compensatrice de sa créance. Il n'est plus à craindre, pour qui recourt à l'assurance pour garantir le non-paiement de sa créance de devoir faire face à une neutralisation de son droit à l'indemnisation telle que définie par le contrat d'assurance par l'ouverture des procédures collectives. Car, la prime d'assurance ne tombe plus dans le patrimoine du débiteur pour servir les intérêts de tous les créanciers du débiteur. Sur ce point, le créancier bénéficiaire de l'indemnité d'assurance échappe au concours avec les autres créanciers du débiteur.

609. En effet, l'ouverture de la procédure collective à l'égard de l'assureur n'impacte pas le paiement de l'indemnité d'assurance. Tout au contraire, l'ouverture de la procédure collective peut être le déclencheur du paiement automatique de l'indemnité d'assurance au créancier. Il convient de noter que le moment du versement de l'indemnité d'assurance peut faire problème lorsque l'entreprise est soumise à une procédure collective. Le terme de la dette peut être pris en compte pour fixer le moment de la réalisation du sinistre. Toutefois, en tant que contrat consensuel, les parties peuvent prévoir dans le contrat d'assurance que, non seulement l'arrivée du terme peut déclencher le paiement de l'indemnité ou alors que, c'est la constatation de l'insuffisance d'actif par les organes de la procédure collective qui sera l'élément déclencheur du paiement de l'indemnité d'assurance. Car, c'est à ce moment que, le créancier chirographaire se trouve privé de toute voie de contrainte contre son débiteur. En plus, c'est à ce moment que se réalise la perte définitive de sa créance.

610. Il faut se dire que, en tant que, seul bénéficiaire de l'indemnité d'assurance, cette dernière intègre directement le patrimoine du créancier chirographaire bénéficiaire. C'est en cela que se mesure l'efficacité de la souscription d'une police d'assurance pour le créancier chirographaire. Car, lorsque s'ouvre une procédure collective contre le débiteur, l'indemnité d'assurance conserve toute son efficacité. Car contrairement aux sûretés traditionnelles qui trouvent leur efficacité amoindrie par les procédures collectives, l'indemnité d'assurance subsiste aux procédures collectives et ne peut être versée qu'au créancier bénéficiaire sans transiter par le patrimoine du débiteur. Les autres créanciers n'ont aucun droit de réclamer cette indemnité encore moins d'être en concours avec le créancier bénéficiaire sur l'indemnité versée. Le créancier

chirographaire qui opte pour l'assurance a donc la certitude qu'il ne sera pas en concours avec les autres créanciers de son débiteur sur l'indemnité d'assurance. Le recours à l'assurance donne donc une exclusivité au créancier sur l'indemnité d'assurance surtout que, l'assureur présente des gages de solvabilité solide.

C : une solvabilité quasi-évidente de l'assureur

611. L'assureur présente les plus grandes garanties du fait de la réglementation à laquelle toutes les sociétés d'assurance sont soumises. En fait, la loi impose aux entreprises d'assurance le respect d'une marge de solvabilité qui, par décision de l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution peut exiger de l'entreprise une marge de solvabilité supplémentaire⁹⁵⁶. Pour une meilleure protection des assurés, la marge de solvabilité serait élevée à 4 % pour les assurances vie et de 16 % pour les cotisations brutes et de 23 % pour les sinistres bruts pour les assurances non-vie. L'exigence de cette marge de solvabilité permet de garantir un minimum de solvabilité aux entreprises et permet de garantir le paiement des indemnités d'assurance aux assurés. La marge de solvabilité consiste à ce que, les entreprises détiennent un surplus minimum d'actif par rapport à ceux représentant leur engagement. En cela, elle est un important outil de protection des preneurs d'assurance⁹⁵⁷ ou alors une deuxième ligne de défense⁹⁵⁸. Conscient du contexte de sous-développement dans lequel, les entreprises d'assurance Africaines évoluent, la garantie de cette marge de solvabilité reste peu fiable. Il faut souligner que la faiblesse du chiffre d'affaires des compagnies d'assurances dans la zone CIMA réduit du même coup leur taux de rentabilité⁹⁵⁹. De plus, dans la zone CIMA, la partie la plus importante de la prime sert au paiement des frais généraux qu'à l'indemnisation de la victime. L'essentiel de la prime servant alors au paiement des frais généraux au détriment de l'indemnisation du sinistre, il est déplorable de constater un faible taux

⁹⁵⁶ J. RICATE, « Panorama des principales références communautaire », *Gaz. Pal.* 2002.6.

⁹⁵⁷ *Id.*

⁹⁵⁸ P. TRAINAR, « Sécurité financière et compétitivité », *Risque* 2000.43.49; V. NICOLAS, « Société et mutuelle d'assurance », dans *Répertoire du droit des assurances*, Dalloz, 2017.

⁹⁵⁹ M. SIGUELE, préc., note 969.

d'indemnisation des victimes dans le contexte Africain⁹⁶⁰. Ce faible taux d'indemnisation des sinistrés conduit à une faible protection des preneurs d'assurance dans la zone CIMA. Ce constat négatif pour les preneurs d'assurance en Afrique, pourrait être un frein majeur à l'indemnisation du créancier chirographaire. Toujours est-il que, le conseil des ministres de la Conférences Inter-africaines des Marchés de l'Assurance a adopté depuis le 8 avril 2016 une loi d'augmentation du capital minimum des sociétés d'assurance⁹⁶¹. D'ici 2020, toutes les compagnies d'assurances devraient s'aligner sur la nouvelle législation⁹⁶². Même si le délai prévu pour revoir leur capital minimum à la hausse est assez court, l'augmentation du capital minimum des compagnies d'assurances pourra être un début de solution pour la protection des preneurs d'assurances dans la zone CIMA. Au final, il y a de l'espoir pour les preneurs d'assurances.

612. Par ailleurs, il faut noter que, le contrôle a priori et a posteriori des sociétés d'assurance accroissent la protection des intérêts des assurés. On sait que, pour exercer une activité d'assurance, il faut nécessairement demander un agrément⁹⁶³. En effet, l'agrément permet de contrôler a priori la capacité de l'entreprise à prendre des engagements d'assurance⁹⁶⁴. Ainsi, l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution⁹⁶⁵ dans l'étude d'une demande d'agrément qui lui est soumise se fonde sur différents critères parmi lesquels l'adéquation entre les moyens techniques et financiers et le programme d'activité que l'entreprise se propose de mettre en place. Cette prise en compte du critère financier a posteriori favorise la protection des consommateurs d'assurance. Toutefois comme

⁹⁶⁰M. KONE, *Protection des assuré et marge de marge opérationnelle des compagnies d'assurance : quelle complémentarité ?* 41e assemblée générale de la FANAF, Allianz, 2017.

⁹⁶¹« L'actualité de l'assurance en Afrique et au Moyen-Orient », *Atlas Magazine* 2016.131.2.

⁹⁶² Le capital minimum des compagnies d'assurance de la zone CIMA passe 1 à 5 milliards de FCFA pour les compagnies non mutualiste. Les mutuelles quant à elle doivent disposer d'un fonds d'établissement supérieur 3 milliard de FCFA. Les assureurs en activité disposent d'un délai de trois ans pour se conformer à la nouvelle législation.

⁹⁶³ Article L.321-1 du code des assurances et article 315-2 du code CIMA.

⁹⁶⁴P. G. MARTY et V. RUOL, *Droit des entreprises d'assurance*, 2011. Cité par B. BEIGNIER et S. BEN YAHIA, *Droit des assurances*, 2^e éd., 2015, n^o 88.

⁹⁶⁵ C'est l'autorité chargée du contrôle des assurances en Europe.

le contrôle continu même après l'octroi de l'agrément, l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution ou la commission régionale du contrôle des assurances⁹⁶⁶ ont en charge le contrôle sur place et sur pièces des compagnies d'assurances. L'objectif de leur contrôle est de s'assurer que, les compagnies respectent la réglementation en la matière et surtout que la marge de solvabilité est toujours respectée.

613. En revanche, la particularité des entreprises d'assurances par rapport aux autres entreprises réside aussi dans le fait que, lorsqu'elles font face à des difficultés financières, l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution ou la commission régionale du contrôle des assurances peuvent décider du transfert de portefeuille de cette entreprise à une autre⁹⁶⁷. Le transfert de portefeuille est une opération permettant à une compagnie d'assurances qui fait face à des difficultés de transférer ses contrats à une autre. Ce transfert vaut changement d'assureur pour l'assuré et permet d'éviter la liquidation d'entreprise d'assurance dans les conditions préjudiciables aux preneurs d'assurance⁹⁶⁸. En effet, qu'il soit volontaire ou d'office, le transfert de portefeuille a pour but de protéger les assurés, mais aussi le marché d'assurance tout entier⁹⁶⁹. En ceci, il est aussi un outil efficace protégeant les créanciers chirographaires preneurs d'assurance.

⁹⁶⁶ Il s'agit de l'autorité chargée du contrôle des assurances dans la zone CIMA.

⁹⁶⁷ Article R. 612-33 alinéa 13 du code des assurances et article 323 du code CIMA.

⁹⁶⁸ J. BIGOT, *Traité de droit des assurances : entreprises et organismes d'assurance*, LGDJ, 1996, n° 846.

⁹⁶⁹ J. MONNET, « Le transfert de portefeuille des contrats d'assurance et changement d'assureur : entre certitudes et incertitudes », *RGDA* 2017.114d5.6.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

614. S'il apparaît encore nécessaire de protéger les créanciers chirographaires en droit OHADA et français des entreprises en difficulté, cela peut s'expliquer par le fait que, en analysant les textes, aucun mécanisme spécifique de protection ne leur est spécifiquement dédié. Cette situation alarmante des créanciers chirographaires explique en partie le nombre des créanciers resté impayé à la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif. Le besoin croissant de sécurité des créanciers chirographaires dû à l'augmentation de leur non-paiement a suscité l'idée de chercher leur protection en dehors des procédures collectives. Après examen, l'assurance s'est révélée être un moyen alternatif de leur paiement. Ainsi, comme toute assurance, l'assurance de non-paiement est aléatoire pour le créancier chirographaire parce que non seulement le créancier ignore qu'il ne va pas être payé mais aussi le non-paiement crée une perte dans le patrimoine de ce dernier.

615. Il sied de noter que, qu'elle soit souscrite par le débiteur pour le compte de son créancier ou par le créancier chirographaire lui-même, l'assurance de non-paiement permet au créancier chirographaire qui en est bénéficiaire d'éviter le concours avec les autres créanciers sur l'indemnité d'assurance. En ceci, il est l'unique bénéficiaire de l'indemnité d'assurance. De plus, contrairement aux autres entreprises, les compagnies d'assurances jouissent d'une marge de solvabilité et d'un contrôle accru protégeant efficacement les droits des assurés.

616. Cependant et malgré son caractère assurable, la difficulté de l'assurance du non-paiement réside dans l'appréciation du risque par les compagnies d'assurances. L'hétérogénéité du risque d'assurance rend sa prise en charge compliquée par les assureurs. Mais pour pallier cette difficulté, il est important de dire que, l'assureur en tant que professionnel a les moyens non seulement de prendre des renseignements spécifiques sur le débiteur mais aussi et surtout ces informations peuvent lui permettre d'avoir une évaluation approximative de la probabilité de réalisation du risque de non-paiement de chaque débiteur. Quant au coût de la prime d'assurance qui est une autre difficulté pouvant freiner le

recours à l'assurance pour les créanciers chirographaires, il est important de dire que, contrairement aux sûretés, le recours à l'assurance par un grand nombre de créanciers chirographaires permettra d'encaisser un volume de prime assez conséquent qui, permettra d'assurer le risque de non-paiement. Donc nous exhortons les créanciers chirographaires à recourir à cette forme de protection. Car, plus ils seront nombreux, plus le coût de la prime pourra être revu à la baisse. Au final, l'assurance contre le non-paiement a de fortes chances de compenser la perte du créancier chirographaire. Le développement de cette assurance dans les deux contextes est donc à souhaiter.

CONCLUSION DEUXIÈME PARTIE

617. Un constat peut être fait : les difficultés de l'entreprise affectent le paiement de ses dettes. Accompagner le débiteur dans la recherche de solutions pour résorber la crise est donc capital pour les créanciers, y compris les chirographaires. À cette fin, ils peuvent non seulement consentir lors de leur consultation des efforts de remises de dette ou des délais de paiement, mais aussi et surtout, ils ont un pouvoir d'initiative leur permettant de s'informer et d'agir en cas de carence des mandataires judiciaires. Ces différentes manifestations de l'implication des créanciers chirographaires dans les procédures collectives sont la preuve qu'ils sont des acteurs à part entière de la procédure. Même si la nomination des créanciers en qualité de contrôleur reste à parfaire, il n'en demeure pas moins vrai que cette mission demeure lourde de conséquences financières pour le créancier chirographaire qui l'exerce.

618. Lorsque les créanciers chirographaires acceptent de consentir des remises de dette ou des délais de paiement, ils doivent être conscients que, pendant la procédure de redressement judiciaire, l'entreprise continue à fonctionner. Ceci dit, malgré l'affaiblissement des capacités de remboursement de l'entreprise, le débiteur dispose encore de son droit d'emprunter. Ces nouveaux créanciers y compris les créanciers alimentaires bénéficient d'une priorité de paiement sur l'actif social par rapport aux créanciers chirographaires antérieurs. De plus, à raison du droit de propriété réservé sur certains biens du débiteur, le droit de revendication d'un créancier permet de vider l'actif social d'une partie de sa consistance.

619. Malgré l'intérêt que peuvent représenter les nouveaux emprunts pour l'entreprise, il reste que ces efforts sont très souvent insuffisants pour pallier la crise. Dès lors que le redressement est impossible, la liquidation judiciaire s'impose. Mais elle, n'est avantageuse pour les créanciers chirographaires que si l'actif est capable de couvrir tout le passif. Au cas contraire, la répartition de l'actif social restant se fait sur la base d'une procédure d'ordre. Or dans cette procédure, les débiteurs chirographaires sont non seulement classés derniers dans l'ordre de paiement, mais aussi les créanciers titulaires de sûretés non satisfaits sont en concours avec les créanciers chirographaires sur le restant de l'actif. Cette situation est très alarmante pour les créanciers chirographaires

qui, perdent tout espoir de recouvrer leur créance. Il sied de noter que cette perte peut empêcher le créancier chirographaire d'honorer ses propres engagements. Pire encore, le non-recouvrement de créance peut conduire à une cessation des paiements de ce dernier. C'est la raison pour laquelle, le risque de non-paiement des créanciers chirographaires répondant au critère d'assurabilité peut bien être introduit dans un contrat d'assurance. Ce recours à l'assurance permet donc de transférer le risque sur la tête de l'assureur. Ainsi, en cas de clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif, le créancier chirographaire pourra compter sur l'indemnité d'assurance pour compenser sa perte. C'est finalement hors des procédures collectives que le créancier chirographaire peut anticiper sur son non-paiement.

CONCLUSION GÉNÉRALE

620. L'étude de la protection des créanciers chirographaires de la société met en exergue la précarité du recouvrement de leurs créances autant en période normale qu'en période de crise. Ce constat peut paraître brusque dans la mesure où les législateurs OHADA et français exigent la constitution d'un capital social dès la création de la société pour s'assurer qu'elle, ne se crée pas sur des bases fictives. Néanmoins, le capital social remplace certes l'engagement illimité des associés dans les sociétés de capitaux, mais il ne constitue en rien une garantie pour les créanciers. En effet, il n'est qu'un gage illusoire, car il est très souvent utilisé dès les premières semaines d'activités de la société parfois pour le paiement des charges et frais divers liés à sa constitution. Même si, il est la première source de financement des sociétés, ce sont les éléments référencés à l'actif de la société qui constitue le véritable gage des créanciers sociaux. En ceci, les biens du débiteur sont le gage commun de tous les créanciers y compris les créanciers chirographaires. Ce qui laisse comprendre que le créancier chirographaire reste en concours avec les autres créanciers sur les biens du débiteur. Par ailleurs, en tant que propriétaire de ses biens, le débiteur dispose de toutes les prérogatives du droit de propriété, c'est-à-dire l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Cette liberté du débiteur lui donne le droit de grever son patrimoine de sûretés limitant ainsi le droit d'action des créanciers chirographaires sur lesdits biens. Pire encore, l'actif social n'est pas statique, tout au contraire, il fluctue. Ce qui veut dire qu'au moment d'exercer son droit de saisie, le créancier chirographaire peut être confronté à un patrimoine amoindri voire sans valeur.

621. Même si le rôle des créanciers chirographaires a été revalorisé en cas de crise : ils peuvent non seulement s'impliquer dans la recherche de solutions amiables pour une éventuelle sortie de crise, mais aussi et surtout, ils ont désormais le pouvoir d'agir en qualité de contrôleur, il ne faut pas ignorer que, cette implication n'est pas toujours sans conséquence pour ces derniers. Premièrement, comme tout créancier, ils peuvent individuellement donner leur avis sur le plan de redressement élaboré par le débiteur. Mais ils peuvent en

aucun cas faire une proposition alternative au débiteur. Comme nous l'avons mentionné, leur implication à rang dispersé ne favorise pas l'efficacité de leur intervention dans la recherche de solutions de sortie de crise. Deuxièmement, malgré l'accroissement de leur pouvoir, lorsqu'ils agissent en qualité de contrôleur, la mission de contrôleur est gratuite. Donc, tout créancier qui intente une action en cette qualité, le fait avec ses propres dépens. Ce qui à notre avis est une mission qui peut s'avérer lourde financièrement pour un créancier chirographaire isolé.

622. Toutefois, en accordant un droit d'action aux créanciers chirographaires sur le patrimoine de leur débiteur, les législateurs OHADA, et français privilégient de plus en plus le sauvetage de l'entreprise au détriment du paiement des créanciers chirographaires. Le summum est atteint lors de la clôture de la liquidation. Ainsi, lorsqu'il y a des fruits à partager, le créancier chirographaire est classé dernier dans l'ordre de paiement. Par contre, si l'actif ne peut pas couvrir tout le passif, le droit d'action du créancier s'éteint à l'égard de son débiteur. Il perd de ce fait tout droit de poursuite à l'égard de son débiteur défaillant. Il ne s'agit plus d'aider le créancier à récupérer son dû, mais à mettre un obstacle définitif à son droit de contrainte. Nous ne pensons pas que, le droit de ne pas payer ses dettes ainsi instaurées en droit OHADA et français favorise le rebond du débiteur défaillant.

623. Face à un tel constat et compte tenu du nombre de créancier chirographaire resté impayé, il est intéressant de s'interroger sur d'éventuelles solutions. Par exemple, l'assurance en tant qu'un mode alternatif de paiement peut être un palliatif au non-paiement des créanciers chirographaires. En effet, contrairement aux sûretés, l'assurance est une technique non seulement facile à mettre en place, mais aussi facile à réaliser. De plus, la marge de solvabilité des compagnies d'assurances est quasiment plus élevée que celle des sociétés commerciales.

624. En outre, le créancier chirographaire sera seul bénéficiaire de l'indemnité d'assurance. En tant que tel, il recouvrira grâce à l'assurance une partie ou la totalité de sa créance. De ce fait, il ne court pas le risque d'être en concours avec les autres créanciers du débiteur. De manière générale, le développement de l'assurance du non-paiement en cas de clôture de la liquidation pour insuffisance permettra de réduire le coût du prime tant redouté par les preneurs

d'assurance et aussi et surtout de réduire le nombre des créanciers chirographaires
impayés.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX TRAITÉS ET MANUELS

- A. BENABENT, *Droit des obligations*, 14^e éd., LGDJ, 2015.
- A. CHARVERIAT, A. COURET et B. ZABALA, *Sociétés commerciales*, 43^e éd., 2012.
- A. DOMAS, 1972.
- A. FENEON, *Droit des sociétés en Afrique (OHADA)*, coll. LGDJ, 2015.
- A. JACQUEMONT et R. VABRES, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., coll. LexisNexis, 2015.
- B. BEIGNIER et S. BEN YAHIA, *Droit des assurances*, 2^e éd., 2015.
- BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, 11^e éd., 1913.
- C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, *Traité des sociétés*, 7^e éd., coll. SIREY, 1935.
- C. NDONGO, *Le règlement préventif O.H.A.D.A: des textes à la pratique*, Presse universitaires Européennes, 2013.
- , *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, coll. Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, LGDJ, 2018.
- C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e éd., coll. LGDJ, 2013.
- , *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., coll. LGDJ, Lextenso, 2015.
- C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficultés*, 9^e éd., LGDJ, 2015.
- C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., coll. LGDJ, Lextenso, 2016.
- D. BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Paris, 1929.
- D. KAMDEM, *Système comptable OHADA*, coll. Ecolodos, Danoia, 2004.
- D. PIIH et J. KAMGA, *OHADA : traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2016.
- DELLOITE, *L'entreprise en difficulté en France : dans l'antichambre de la reprise*, Altares, 2015.
- DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911.

- DERRIDA, GODE et SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises*, 3^e éd., coll. Dalloz, 1991.
- E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLE, *Histoire du droit des obligations*, coll. LexisNexis, 2011.
- E. MESMIN KOUMBA, *Droit de l'ohada: prévenir les difficultés des entreprises*, L'hamattan, coll. Etudes africaines, 2013.
- F. G'SELL et P. DURAND-BARTHEZ, *La protection du secret des affaires états des lieux en droit français et projet européen*, coll. Lextenso éditions, 2015.
- F. PEROCHON, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1998.
- , *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., 2014.
- , *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2016.
- F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, instrument de crédit et de paiement*, 5^e éd., coll. Manuel, LGDJ, 2001.
- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11^e édition mise à jour, coll. Quadrige, Paris, Presses universitaires de France, 2016.
- G. RIPERT, *Traité de droit commercial Tome 1 Volume 2 les sociétés commerciales*, coll. Les sociétés commerciales, Paris, LGDJ, 2002.
- G RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit des affaires : les sociétés commerciales*, 22^e éd., 2, LGDJ, 2017.
- GUYON, Y., *Droit des affaires Tome 2 Entreprises en difficultés, redressement judiciaire, faillite*, 5^e éd., coll. Collection Droit des affaires et de l'entreprise, Paris, Economica, 1995.
- H. BLAISE, *L'apport en société*, Rennes, 1955.
- J. BASTIN, *La défaillance de paiement et sa protection : l'assurance-crédit*, Paris, 1993.
- J. BIGOT, *Traité de droit des assurances : entreprises et organismes d'assurance*, LGDJ, 1996.
- , *Traité de droit des assurances : le contrat d'assurance*, 3, LGDJ, 2002.
- J. ESCARRA, *Cours de droit commercial*, Sirey, 1952.
- J. ISSA-SAYEGH, P. G. POUGOUE et F. M. SAWADOGO, *OHADA : traité, actes uniformes et règlements annotés*, 2008.

- L. NURIT PONTIER, *Le statut juridique de la monnaie étrangère*, coll. La revue banque éditeur, 1994.
- M. CABRILLAC et CH. MOULY, *Droit des sûretés*, 10^e éd., coll. Manuel, Paris LexisNexis, 2015.
- M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 29^e éd., LexisNexis, 2016.
- , *Droit des sociétés*, 30^e éd., LexisNexis, 2017.
- M. COZIAN, A. VIANDIER et FL. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 24^e éd., Litec, 2011.
- M. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie du gage commun des créanciers*, coll. Litec, 2002.
- M. STOCRCK, S. FAGOT et T. DE RAVEL D'ESCLAPON, *Les sociétés civiles immobilières*, Les intégrales, coll. LGDJ, 2016.
- M.L. BERMOND, *Droit du crédit*, 2^e éd., Economica, 1990.
- .P. CROCQ, *Propriété et garantie*, coll. Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1995.
- P. G. MARTY et V. RUOL, *Droit des entreprises d'assurance*, 2011.
- P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 6^e éd., LGDJ, 2015.
- P. M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6^e éd., coll. Dalloz, 2011.
- P. MALAURIE, L. AYNES et P. CROCQ, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, 8^e éditions, coll. Defrenois, 2014.
- P. POUGOUE et Y. R. KALIEU, *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, coll. droit Uniforme, PUA, 1999.
- P. ROUSSEL-GALLE, *Droit des entreprises en difficultés*, coll. LexisNexis, 2012.
- P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *Droit civil*, 34^e éd., coll. LGDJ, 2013.
- P.G. POUGOUE et Y. KALIEU, *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, coll. PUA, Yaoundé, 1999.
- PH. PETEL, *La réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005*, coll. LITEC, 2005.
- PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, coll. Précis Dalloz, 2004.
- P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 8^e édition, coll. Dalloz action, Paris, Dalloz, 2015.

R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, DOMAT MONCHRESTIEN, T. II, 1948.

R. MORTIER, M. GERMAIN et J.J. DAIGRE, *Opérations sur capital social : aspects juridiques et fiscaux, toutes sociétés*, Paris, France, 2010.

S. GJIDARA, *L'endettement et le droit privé*, coll. LGDJ, 1999.

S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 24^e éd., Paris, Dalloz, 2016.

V. J. ISSA-SAYEGH et J. LOHOUES-OBLE, *Harmonisation du droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

V. M. JUGLART et B. IPPOLITO, *Traité de droit commercial*, 3^e éd., Montchrestien.

Y. LAMBERT-FAIVRE, *Risque et assurances des entreprises*, 3^e éd., Dalloz, 1991.

Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, 14^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2017.

ARTICLES DE DOCTRINE

XA. AB-DER-HALDEN et P. ROUSELL-GALLE, « La conciliation améliorée », *Rev. pro. coll.* 2014.

A. BRICARD, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté », *Rev. pro. coll.* 2014.Dossier 40.2.

A. BRICARD ET C. CHARRIÈRE BOURNAZEL, « L'interprofessionnalité fonctionnelle entre experts-comptables et avocats : une dynamique au service des entreprises », *Academie des sciences techniques comptables et financières* 2012.Cahier 24.

A. BRICARD et T. MONTERAN, « L'assurance santé entreprise : une garantie d'accès à la prévention », *Rev. pro. coll.* 2012.Alertes 16.3.

A. DUMERY, « Les risques du droit n°8 », *LPA* 2017.017.7.

A. FABRE, « Ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », *Rev. dr. tr.* 2014.259.

A. FLASAQUER, « Le nouveau statut des créances alimentaires dans les procédures collectives », *LPA* 2004.135.15.

A. JACQUEMONT, « La future procédure de conciliation : une attrttivité nouvelle pour l'entreprise en difficulté et ses créanciers », *Re.proc.coll.* 2004.4.291.

A. LIENHARD, « Liquidation judiciaire : paiement prioritaire des créanciers privilégiés et subrogation de l'AGS », *D.* 2014.1270.

A. LIENHARD, « Elaboration du projet de plan de sauvegarde », dans *Delmas procédures collectives*, coll. Dalloz, 2016.

A. MARCON, « Être chef d'entreprise est un beau métier, mais un métier à risques », *Academie des sciences techniques comptables et financières* 2012.Cahier n°24.35.

A. MARTIN-SERF, « L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse », dans *Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, Frison-Roche, 2000, p. 143.

A. PIETRANCOSTA, « Capital zéro ou zéro capital », dans *Quel avenir pour le capital social ?* coll. Dalloz, 2004, p. 129.

A. PLAS, « Le capital social et l'érosion monétaire », *Gaz. Pal.* 1977.2.356.

A. SORENSEN, « Réforme des procédures collectives : le toilettage d'une institution oubliée », *LPA* 1995.102.5.

- A. TAINGUY, « Confidentialité des procédures de prévention des difficultés et liberté d'expression », *Rev. Lamy dr. aff.* 2016.
- B. AMIZER et L. FIN-LANGER, « Le particularisme des créances salariales », *BJED* 2017.1.51.
- B. BERGER-PERRIN, « Que reste-t-il de la finalité traditionnelle des règlements du passif ? », *Rev. pro. coll.* 2012.3.86.
- B. DIALLO, « Des procédures adaptées aux "petites" entreprises : les procédures simplifiées », *Dr. et patr.* 2015.253.44.
- B. DUTREUIL, « La "purge" des dettes par l'article 169 de la loi du 25 janvier 1985 », *Rev. pro. coll.* 1989.389.
- B. LYONNET, « La faillite : clause de réserve de propriété et masse des créanciers », *Gaz. Pal.* 1981.doctr. 119.
- B. OPPETIT, « L'endettement et le droit », dans *Mélanges en hommage à André BRETON et Fernand DERRIDA*, coll. Dalloz, 1991, p. 295.
- B. ROMAN, « La nature juridique de l'action paulienne », *Déf.* 2005.08.
- B. SOINNE, « Les revendications », *Rev. pro. coll.* 1991.219.
- B. SOUTUMIER, « Prévention et assurance santé entreprise : que de progrès en 25 ans ! », *Académie des sciences techniques comptables et financières* 2012.Cahier n°24.39.
- B. THULLIER, « La conciliation après l'ordonnance du 12 mars 2014 : jamais pareil mais toujours plus proche des procédures collectives », *Bulletin Joly Entreprise en difficulté* 2014.3.174-177.
- , « Accords ni constatés ni homologués ; remise en cause des accords », *Rev. pro. coll.* 2014.Dossier 12.107.
- C. DELATRE, « La prévention doit s'exercer dans le cadre légal », *Rev. pro. coll.* 2010.18.
- C. DELATTRE, « La crise économique peut-elle exonérer le dirigeant de sa responsabilité ? », *Rev. pro. coll.* 3.2012.
- , « La prévention peut-elle être un alibi pour parer à toute sanction ? », *Rev. pro. coll.* 2009.6.24.
- , « Absence de recours à la prévention et faute de gestion », *Rev. pro. coll.* 2012.5.
- , « Mandat ad hoc et conciliation- confidentialité », *Rev. pro. coll.* 2014.28.

———, « Le mandataire à l'exécution de l'accord : article L.611-8 III et R611-40 du Code de commerce », 2015.

———, « Marge de manœuvre d'un créancier dans un mandat ad hoc et confidentialité », *Rev. pro. coll.* 2015.Commentaires 174.

C. GAILHBAUD, « Ouverture du mandat ad hoc et de la conciliation : faut-il associer les salariés ? », *Actes Colloq. AJDE À Toulouse 15 Novembre 2013* 2014.1.93.

———, « Les dispositions relatives aux salariés dans l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 », *Rev. pro. coll.* 2014.98.52.

C. GAMALEU KAMENI, « Brèves observations sur le rôle du syndic en droit de l'OHADA des procédures collectives d'apurement du passif », *Penant* 2011.256.

C. KUHN, « Des patrimoines et des hommes », *Dr. et patr.* 2012.211.30.

C. LEBEL, « Etre ou ne pas être en cessation des paiements », *Gaz. Pal.* 2005.251.14.

———, « L'ordonnances n°2014-326 du 26 mars 2014 et les plans de sauvegarde et de redressement », *Gaz. Pal.* 2014.098.

C. MASCALA, « l'amélioration de la situation du chef d'entreprise », *Rev. pro. coll.* 2005.370.

C. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », dans *Etudes dédiées à René Roblot*, Paris, LGDJ, 2013, p. 529-564.

C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les privilèges de la procédure », *LPA* 2007.119.72.

———, « La loi de sauvegarde des entreprises, de nouvelles procédures, pour de nouvelles stratégies », *Rev. pro. coll.* 2007.1.13.

———, « Les privilèges de la procédure », *LPA* 2007.117.70.

———, « La composition et le fonctionnement des comités de créancier serait amélioré par l'avant-projet d'ordonnance », *RTDCom.* 2008.

C. SAINT-ALARY-HOUIN, « "Le rebond" du débiteur en liquidation : vrai ou faux départ ? », dans *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Dalloz, 2011, p. 579.

C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La réforme de la prévention et du traitement amiable des difficultés », *Dr. et patr.* 2014.40.

———, « Les avatar sde l'article 40 », *Rev. pro. coll.* 2016.1.63.

C. SCHMITT, « La conciliation aspect pratique », *Re.proc.coll.* 2006.2.180.

C. THÉVENOT, « Mandat ad hoc et conciliation : de nouveaux outils pour une meilleure prévention », *LPA* 2006.35.

C. VINCENT, « L'adoption d'un plan de cession sans poursuite de l'activité », *BJED* 2014.5.331.

C. WITZ, « article 2284 et 2285 : droit de gage général », *Fasc Unique JurisClasseur* 2016.Fasc 3-30.

CH. GAVALDA, « Le secret des affaires », dans *Mélanges offerts à René Savatier*, coll. Dalloz, Paris, France, 1965.

CH. LEGUEVAQUES, « Les pouvoirs limités des contrôleurs : surveiller sans punir ? », *LPA* 1997.68.29.

———, « Les sanctions civiles et pénales à l'encontre du dirigeant dans la loi de sauvegardes ou l'allègement du fardeau de l'homme en col blanc », *Rev. pro. coll.* 2006.246.

CH. MOULY, « La situation des créanciers antérieurs », *Rjcom.* 1987.139.

C.L.G, « L'obligation de confidentialité attachée aux procédures de prévention des difficultés des entreprises interdit la diffusion des informations les concernant par la presse », *Dr. et patr., l'hebd* 2016.1040.3.

D. BORCAN, « Les nouvelles procédures collectives d'apurement du passif en Europe centrale. De l'inspiration française, allemande et américaine et des tendances fortes régissant ces procédures », *Revue d'études comparatives Est-Ouest* 2002.4.93-123.

D. BOUSTATNI, « La nature alimentaire des créances salariales refusée par la cour de cassation », *Gaz. Pal.* 2016.36.53.

D. BUREAU, « Appréciation de la poursuite de l'objet social et la preuve de la fraude après cession d'action constituant le seul actif d'une société holding », *BJS* 2009.1.44.

D. CARAMALLI et E. CAFRITZ, « Le mythe du capital social : le bien-fondé d'une réforme », *Banque et droit* 2004.94.4.

D. DEMEYERE, « La faute de gestion dans la responsabilité pour insuffisance d'actif des dirigeants sociaux », *Gaz. Pal.* 2013.95.13.

D. LEGEAI, « la réforme des sûretés, la fiducie et les procédures collectives », *RS* 2007.687.

D. MARTIN, « La sécurité contractuelle à l'épreuve du redressement judiciaire », *J C P* 1986.180.

———, « Le secret des affaires, une notion en devenir », *LPA* 2015.152.4.

D. OUDENOT et D. MPOUKI, « Vie des entreprises », *BJS* 2014.

D. POHE, « La distinction des risques limités et sociétés à risque illimité à l'épreuve des récentes réformes de la SARL », *LPA* 2007.110.3.

- D. TRICOT, « La cessation des paiements : une notion stable », *Gaz. Pal.* 2005.120.13.
- D. VOINOT, « Les clauses d'augmentation du passif de l'entreprise », *BJED* 2017.2.143.
- DERRIDA, « Concordat préventif et droit Français », *D.* 1961.94.
- E. BROCARD, « Les stratégies de restructuration des entreprises en difficulté », *LPA* 2011.
- , « Les stratégies de restructuration des entreprises en difficulté », *LPA* 2011.93.
- E. FABRIES-LECEA, « Quels nouveaux droits pour les salariés ? », *Dr. et patr.* 2014.80.
- E. GARAUD, « Créer une société de capital médiocre n'est pas une faute de gestion », *LPA* 2015.116.16.
- E. MOUIAL BASSILANA, « Objet social », *EJS* 2015.
- E. MOUIAL-BASSILANA, « Faculté d'agir en résolution de l'accord amiable en cas de procédure collective subséquente », *L'essentiel* 2009.4.2.
- , « Le capital social non libéré n'est ni un actif disponible, ni une réserve de crédit », *BJS* 2013.
- E. SOUPGUI, « La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace OHADA », *Penant* 2016.66.
- F. ARBELLOT, « La notion de "réserves de crédit" en droit des entreprises en difficulté », *JCP E* 2012.1102.
- F. DANNENBERGER, « Capital social », *EJS* 2015.
- F. DANOS, « Sûreté pour autrui et intérêt social », *BJS* 2015.5.234.
- F. DERRIDA, « La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives », *D.* 1980.294.
- , « Le crédit et le droit des procédures collectives », dans *Etudes offertes à René RODIERE*, coll. Dalloz, 1981, p. 67.
- F. GREAU, « Pour un véritable privilège de la procédure », *LPA* 2008.118.4.
- F. H. BERNY, « L'assurance "santé d'entreprises" : rendre la prévention accessible à moindre coût », 2012.Cahier n°24.49.
- F. KUASSI DECKON, « Les pouvoirs du dirigeant de la société commerciale en droit uniforme OHADA », *RS* 2013.467.

F. LINDITCH, « Faut-il encore payer ses dettes : l'exemple des collectivités locales », *Acte Colloq. Sci. Soc. 18 Mai 2005 Univ. Sud Toulon-Var* 2006.3.

F. LUDWICZAK, F. DEKEUWER DEFOSSEZ, V. LE BLAN-DELANNOY, M. DISANT, E. LETOMBE et A. DUMERY, « Droit et risque n°7 », *LPA* 2015.217.5.

F. M. SAWADOGO, « Les procédures de prévention dans l'AUPC révisé : la conciliation et le règlement préventif », *Dr. et patr.* 2015.32.

F. MARCORIG-VENIER, « Entreprise en difficulté : prévention et règlement amiable », *RTDCom.* 2010.780-782.

———, « La réforme de la prévention par l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 », *RTDCom.* 2014.

———, « Les créanciers et leurs garanties », *Rev. pro. coll.* 2015.DOSSIER 53.53.

F. MARCORIG-VENIER, « Arrêt des poursuites individuelles », *Rev. pro. coll.* 2016.37.

F. MARCORIG-VENIER et C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises : entre transparence et confidentialité, efficacité et fragilité ! », *BJED* 2014.10.

F. PEROCHON, « Le vendeur de meuble, propriétaire », dans *la situation des créanciers d'une entreprise en difficulté*, Montchrestien, 1998, p. 77.

———, « Créances postérieures et la réformes du 26 juillet 2005 », *Gaz. Pal.* 2005.251.57.

———, « Les interdiction de paiement et le traitement des sûretés réelles », *D.* 2009.33.651.

———, « Controverse amicale sur la notion de reprise des poursuites après clôture de la liquidation judiciaire pour extinction du passif », dans *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Dalloz, 2011, p. 559.

———, « Prévention : suivi et résolution des accords amiables. Rémunérations dans les missions amiables », *BJS* 2012.6.409.

———, « Coût, transparence et confidentialité de la prévention », *Rev. pro. coll.* 2014.79.

———, « L'intérêt collectif n'est pas l'intérêt de tous les créanciers sans exception », *BJS* 2016.03.218.

———, « Réflexion sur la constitution des comités de créanciers », *BJED* 2017.6.447.

F. PEROCHON et H. BOURBOULOUX, « La procédure de sauvegarde et ses variantes », *Rev. pro. coll.* 2014.Dossier 30.

F. REILLE, « Les retouches apportées au sort des créances postérieures élus », *Gaz. Pal.* 2009.66.38.

———, « Ouverture de l'action en extension au contrôleur, pour la défense de l'intérêt collectif des créanciers », *Gaz. Pal.* 2013.272 à 274.

———, « L'instauration d'une conciliation à la française en droit des entreprises en difficulté OHADA », *LPA* 2016.49.7.

F. REILLE et J.C. ESCARRAS, « Les conditions de l'extension de procédures collectives », *Gaz. Pal.* 2016.03.80.

F. X. LUCAS, « Conflit d'intérêt et désignation d'un contrôleur », *EDED* 2015.1.

F. ZENATI, « Le produit de l'action en comblement du passif et la masse des créanciers », *Chron.* 37 1983.214.

F.X. LUCAS, « La distinction des titres de capital et des titres de créance », dans *Quel avenir pour le capital social ?* coll. Dalloz, 2004.

F-X LUCAS, « Rapport de synthèse », *BJED* 2012.05.336.

F.X. LUCAS, « Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives », *BJED* 2014.

F-X LUCAS, « Coupable, indulgent d'un législateur ingénu », *BJED* 2017.5.305.

F.-X. LUCAS, « Ordonnance de réforme : mesures de prévention des difficultés », *D.* 2014.661.

G. BERTHELOT, « Les créanciers méritants », *Rev. pro. coll.* 2011.4.

G. JAZOTTES, « La situation générale des créanciers dans la préparation du plan », *Re.proc.coll.* 2015.65.

G. LAMORIL, « De la stabilité des sociétés de personnes depuis 1807 ? », dans *D'un code à l'autre, le droit commercial en mouvement*, coll. LGDJ, 2008.

G. LOISEAU, « Observations de Grégoire LOISEAU », *LPA* 2009.31.69.

G. PIGNARRE, « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuelle) », 2013.1.251.

G RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes », *D.* 1936.57.

G. SERRA, « Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1er août 2003. Chronique d'une mort annoncée ? », *Bull. Joly Sociétés* 2004.7.915-932.

G. TEBOUL, « Faut-il encore réformer le droit des entreprises en difficultés ? », *LPA* 2007.215.4.

———, « La cessation des paiements : un critère malmené mais vivace », *Rev. pro. coll.* 2015.13.

———, « Droit des entreprises en difficultés : les nouveaux arrivages », *Gaz. Pal.* 2017.12.30.

G. WATTEZ-RICHARD, « L'assurance en Afrique, un levier de développement économique ? », *Revue secteur privé et développement* 2017.

H. BOURBOULOUX, « Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés », *BJED* 2012.183.

H. BARBIER, « Faut-il reconnaître une liberté fondamentale de prendre des risques », *Rjcom.* 2017.1.2.

H. CHRIQUI, « Prévention des difficultés de l'entreprise : peut-on encore aller plus loin ? », *Gaz. Pal.* 2004.1567.

H. HAMADI, « Doit-on payer ses dettes alimentaires ? », *LPA* 2006.63.44.

H. NABASQUE, « La fin de la connexion apport/capital ? », dans *Quel avenir pour le capital social ?* coll. Dalloz, 2004, p. 103.

H. NARANYAN FOURMENT, « Le droit de rétention dans le gage : l'arme absolu du créancier », *LPA* 2001.114.20.

I. PARACHKEVORA, « Les nouvelles responsabilités des dirigeants dans les procédures collectives : révolution ou évolution ? », *LPA* 2006.252.4.

I. PARACHKEVOVA, « Restructuration des sociétés en difficultés : le créancier nommé contrôleur peut agir en extension d'une procédure collective », *BJS* 2013.9.579.

I. RIVIERE-PAVARD, « La représentation des créanciers », *LPA* 2007.57.17.

I. ROHARD, « Situation générale des créanciers antérieurs », *Gaz. Pal.* 2012.119.

J. BADILET, « Pratiques parisiennes en matière de traitement préventif des difficultés des entreprises », *Gaz. Pal.* 2011.132.7.

J. BONNECASE, « Condition juridique du créancier chirographaire », *RTD Civ.* 1920.

J. CALAIS-AULOY, « La protection des tiers dans le droit des sociétés », *RTDCom.* 1971.29.

J. CALVO, « La notion de cessation des paiements dans les procédures collectives », 1999.4.

J. E. KUNTZ et V. NURIT, « Le paiement des dettes connexes et le principe d'égalité des créanciers : l'éternelle incompatibilité », *BJED* 2011.2.168.

- J. ERNST DEGENHART, « La hiérarchie du bec toujours renversée en procédures collectives" », *BJED* 2015.6.432.
- J. GAUDIN, « Désignation des contrôleurs et pouvoir d'appréciation du juge-commissaire », *LPA* 1997.80.33.
- J. GHESTIN et CH. JAMIN, « La protection du vendeur sous réserve de propriété et la survie de l'entreprise en difficulté », *Rev. pro. coll.* 1989.291.
- J. L. VALLENS, « L'information des créanciers », *LPA* 1995.71.16.
- J. M. CAMPANA, « L'arrêt des poursuites individuelles "manifeste le caractère à la fois égalitaire et collectif de la procédure" », *D.* 1996.147.
- J. M. GARINOT, « L'Union Européenne au secours du secret des affaires », *Dr. et patr.* 2014.232.20-24.
- J. MASSINESI, « La conciliation, ça fonctionne ! », *Entret. Avec Jean Messin. Président Trib. Commer. Paris* 2016.53.
- J. MASSIP, « Le sort des créances à caractère alimentaire lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure collective », *LPA* 2004.88.16.
- J. MESTRE et B. FAGES, « Action oblique : une définition de la carence du débiteur », *RTD Civ.* 2002.513.
- J. MONNET, « Le transfert de portefeuille des contrats d'assurance et changement d'assureur : entre certitudes et incertitudes », *RGDA* 2017.114d5.6.
- J. P. SORTAIS, « La situation des créanciers titulaires de sûretés et de privilèges dans les procédures collectives », dans *Les effets du commerce*, coll. SIREY, 1975, p. 10.
- , « La notion d'insuffisance d'actif, cause de la clôture de la procédure », *LPA* 2008.110.24.
- J. PAILLESSEAU, « Du droit de la faillite au droit des entreprises en difficultés », dans *étude offerte à Roger HOUIN*, coll. Dalloz, 1985, p. 109 et S.
- J. RICATE, « Panorama des principales références communautaire », *Gaz. Pal.* 2002.6.
- J. THERON, « L'intérêt des créanciers enfin défini », *Gaz. Pal.* 2015.265.19.
- , « Créances postérieures », *BJED* 2017.1.60.
- J. VALLANSAN, « Les anomalies procédurales de l'interruption des instances en paiement d'une somme d'argent en cours, en cas de procédure collective », dans *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 517-525.
- J. VALLANSSAN, « Le rôle du juge dans les procédures préventives », *Rev. pro. coll.* 2014.Dossier 2.76.

- J.-B. DRUMMEN, « Une certaine réorganisation de la prévention hors tribunal pourrait être utile », *Re.proc.coll.* 2010.55.
- J.F. BARBIERI, « Le choix des techniques de traitement des difficultés des entreprises; réflexions liminaires », *Re.proc.coll.* 2005.4.347.
- J.-F. MARIN, « La prévention : histoire d'une pratique consulaire », *Dr. et patr.* 1998.57.44-45.
- J.J. ANSAULT, « La date d'achèvement d'une procédure de saisie à l'aune des procédures collectives », *BJS* 2016.6.58.
- J.L. DUPLAT, « Les services des enquêtes commerciales, outil de prévention en matière de faillites, en Belgique », *Rjcom.* 1989.49.
- J.L. VALLENS, « L'effacement des dettes du débiteur en liquidation judiciaire », *LPA* 1997.113.5.
- J.L. VALLENS, « Statut et rôle du contrôleur dans les procédures de redressement judiciaire », *RTDCom.* 1998.952.
- J.M. CALENDINI, « La revalorisation du rôle des créanciers », *LPA* 1995.110.
- J.-M. DESPAQUI, « La cessation des paiements est-elle une notion stable ? », *LPA* 2012.7.
- J.M. FERNANDEZ, « Capital social manifestement insuffisant lors de la constitution de la société : une initiative économique contrôlée en droit Belge », *LPA* 2004.4.5.
- J.-M. LUCHEUX, « Les innovation dans la détection des difficultés des entreprises et dans les modalités de leur traitement amiable », dans *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, coll. Dalloz, 1995, p. 67-87.
- J.-P. MATTOUT, « La notion d'apport en nature" : peut-on rémunérer des apports sans augmentation du capital ? », dans *Le code de commerce 1087-2007 : livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 76.
- J.P. SORTAIS, « Reprise exceptionnelle des poursuites individuelles et titre exécutoire », 2013.4.
- J.-PH. DOM, « Les dispositions relatives à la libération du capital des SARL et des sociétés à capital variables:article 124 de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 », *BJS* 2001.7.
- L. AYNES et P. CROCQ, « les sûretés, la publicité foncière »,
- L. C. HENRY, « La notion de privilège de la procédure dans la loi de sauvegarde », *Rev. pro. coll.* 2008.2.20.

- L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, « Théorie général du procès », 2010.
- L. LE GUERNEVE et N. MORELLI, « Les nouveaux enjeux des comités de créanciers », 2011.4.
- L. MAYER, « Précisions sur le contrôle léger exercé par le juge homologateur d'une transaction », *Gaz. Pal.* 2015.165.1544.
- L. NURIT- PONTIER, « La détermination statutaire de capital social: enjeux et conséquences », *D.* 2003.24.1615.
- L.C. HENRY, « L'ordonnance n°2014-326 du 1 mars 2014 et l'ouverture des procédures », *Gaz. Pal.* 2014.15.
- M. A. FRISSON-ROCHE, « Le contrôleur », *LPA* 1995.71.9.
- M. BAYLE, « L'enchaînement des procédures de prévention et de traitement de la cessation des paiements », *LPA* 2008.213.3.
- M. BELLAMY, « Malaise et déséquilibre du droit du crédit en France », *JCP G* 1974.1.2650.
- M. C. HABAUZIT-DETILLEUX et P. MICHAUD, « La procédure de conciliation applicable à l'avocat en difficulté dans la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 », *Gaz. Pal.* 2006.27.3.
- M. CABRILLAC, « L'article 40 de la loi nouvelle et le nouveau privilège de procédure », *Rev. pro. coll.* 1981.1.13.
- , « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », dans *Mélanges en hommage à André BRETON et Fernand DERRIDA*, coll. Dalloz, 1991, p. 31.
- , « Créances de l'article 40, saisie attribution ou avis à tiers détenteur ; efficacité en dépit des créances d'un rang supérieur », (1997) 1-17 *JCP E* 185.
- M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », dans *Etudes offertes à Pierre Catala, droit privé français à la fin du xxe siècle*, Litec, 2001, p. 709.
- M. CAFFIN-MOI, « Sûreté consentie par une société civil et intérêt social : la troisième chambre civile s'aligne », *EDCO* 2012.10.4.
- M. CHAGNY, « Droit des assurances », 2014.1 vol. (528 p.).
- M. COZIAN, « Le charme des sociétés civiles immobilières : charme intact ou charme fané », *RJ com* 2004.64.
- M. CREMEUX, « Le secret des affaires », dans *L'information en droit privé*, 1978.

M. FOULON et Y. STRICKLER, « Accords et force exécutoire en France », *Gaz. Pal.* 2013.244.2842.

M. GERMAIN, « L'action en comblement du passif social, entre droit commun et droit spécial », dans *Le Code de commerce de 1807-2007 : livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007.

M. HERLEMONT, « Une solution au redressement d'une l'entreprise : le règlement amiable », *JCP E* 1998.676.

M. MEKKI, « Observations de Mustapha MEKKI », *LPA* 2009.31.103.

———, « Le patrimoine aujourd'hui », *JCP N* 2011.51-52.37.

M. MENJUCQ, « La contractualisation du droit des entreprises en difficultés », *Rev. pro. coll.* 2015.101.

M. MENJUCQ, F. GENTIN et C. THEVENOT, « Le secret des affaires et la confidentialité des procédures », *Re.proc.coll.* 2015.73.

M. MENJUCQ, J. B. DRUMMER, T. BELLOT et D. SWERGER, « La détection précoce des difficultés de l'entreprise », *Table Ronde* 2010.1.49.

M. MIGNOT, « La consécration de l'hypothèque judiciaire sans la saisissabilité », *Gaz. Pal.* 2014.298.10.

M. ROLAIN, « Entre contractualisation et sujétion : le brouillage des pistes dans le traitement des difficultés », *LPA* 2014.251.7.

M. ROUGER, « Le moratoire sous l'égide du juge », dans *Le contrat au secours de l'entreprise*.

M. TELLER, « L'allègement des obligations comptables des micro-entreprises et petites entreprises (ordonnance n°2014-86 du 30 janvier 2014 et décret n°2014 du 17 février 2014) », *BJS* 2014.

M. VASSEUR, « Le droit des clauses monétaires et les enseignements de l'économie politique », *RTD Civ.* 1952.431.

M. VASSEUR, « L'entreprise et l'argent », *D.* 1982.

M.DOUAOUI-CHAMSEDDINE, « Plaidoyer en faveur d'une conciliation à la majorité », *JCP E* 2013.50.16-21.

N. BORGA, « Le capital social non libéré et appréciation de la cessation des paiements », *BJED* 2013.

N. GHALIMI, « Le traitement différencié des créanciers dans les plans de sauvegarde et de redressement », *LPA* 2014.253.15.

- N. MORELLI, « L'amélioration du rôle des créanciers dans le cadre de l'adoption du plan. Le point de vue du praticien », *Re.proc.coll.* 2014.69.
- O. LUTUN, « La compensation en droit des procédures collectives : un cadre strict pour les uns, un espace de liberté pour les autres », *JCP E* 2003.230.260.
- P. BERLIOZ, « La revendication des marchandises vendues avec clause de réserve de propriété », *Re. Con.* 2014.4.754.
- , « Revendication et immobilisation », *Re. Con.* 2016.1.127.
- P. CAGNOLI, « L'obligation alimentaire est-elle une dette spécifique au regard du droit des procédures collectives d'entreprise ? », *LPA* 2010.125.37.
- , « un créancier peut-il faire appel du jugement qui le déboute de sa demande de désignation comme contrôleur ? », *EDED* 2015.10.4.
- P. CESBRON LAVAU, « Condition des délais de grâce octroyé en procédure de conciliations », *Essentiel* 2014.7.2.
- P. DARROUSEZ, « Le financement de la période d'observation : l'article 40 et les difficultés de sa mise en œuvre », *Rev. pro. coll.* 1990.329.
- P. DELBEQUE, « Il n'appartient plus au créancier de démontrer l'insolvabilité du débiteur », *D.* 2002.2836.
- P. DERMAGNE, « Pourquoi la culture de la prévention est la meilleure des protections », *www.gpomag.fr* 2013.
- P. DIDIER, « Le capital social et la protection des créanciers sociaux », dans *Le code de commerce 1807-2007 : livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 199.
- P. ETAIN, « Du zéro comme capital social », *LPA* 2011.186.
- P. GREAU, « Pour un véritable privilège de la procédure », *LPA* 2008.118.4.
- P. GYOMARC'H, « Les risques du prépack cession », *BJED* 2015.16.389.
- P. HENNION, « La compensation des dettes connexes dans les procédures collectives », *LPA* 1996.145.9.
- P. LE CANNU, « Les rides du capital social », dans *Quel avenir pour le capital social ?* Dalloz, 2004.
- P. LE CANNU et G. PARLEANI, « Le financement du capital social », *RS* 2005.I.
- P. LE MAGAT, « L'efficacité du droit de rétention du créancier gagiste dans les procédures collectives », *LPA* 1999.242.10.

P. LOKIEC, « Garantir la liberté du consentement contractuel », dans *Répertoire du droit social*, 2009, p. 127.

P. M. LE CORRE, « L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures, collectives de paiement », *D.* 2001.34.2815.

———, « La règle de l'interdiction des paiements au lendemain de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Gaz. Pal.* 2009.69.25.

———, « Cotisation sociale de retraite dues par un professionnel libéral et super-privilège des salaires », *LPA* 2012.52.3.

P. M. LE CORRE, « Les créances postérieures et l'ordonnance du 12 mars 2014 », *BJED* 2014.191.

P. MARTIN, « Le secret des affaires et la proposition de loi adoptée en première lecture le 23 janvier 2012 », *Gaz. Pal.* 2012.185.19.

P. MODAT, « Les cellules de prévention : l'efficacité n'est pas contraire à la loi », *Rev. pro. coll.* 2011.28.

P. ROUSELL-GALLE, « Prévention, dynamique de l'anticipation : mandat ad hoc et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005 », *LPA* 2006.

———, « Loyauté et impartialité dans le traitement des procédures collectives », *Gaz. Pal.* 2012.1893.

P. ROUSSEL-GALLE, « A propos du décret du 30 juin 2014 pris en application de l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté », *Rev. pro. coll.* 2014.Etudes 15.

———, « L'instrumentalisation des délais de grâce du Code civil par le droit des entreprises en difficulté », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Didier R. MARTIN*, Lextenso, coll. LGDJ, 2015, p. 543-547.

P. RUBELLIN, « Ne pas demander une procédure volontaire est-il ne faute de gestion », *BJS* 2013.74.

P. SERLOOTEN, « L'entreprise en difficulté, le trésor, la Sécurité sociale et les autres », dans *Etudes dédiées à Alex WEILL*, coll. Dalloz-Litec, 1983, p. 495.

P. TRAINAR, « Sécurité financière et compétitivité », *Risque* 2000.43.49.

PH. MERLE, « L'interprétation jurisprudentielle de la clause de réserve de propriété », *Rev. pro. coll.* 1986.2.1.

PH. PETEL, « Les créanciers postérieurs », *Rev. pro. coll.* 2006.1.

———, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II. Commentaire de l'ordonnance n°2008- 1345 du 18 décembre 2008 », *JCP E* 2009.3.

———, « L'amélioration du rôle des créanciers dans le cadre de l'adoption du plan. Le point de vue de l'universitaire », *Re.proc.coll.* 2014.67.

PH. ROUSELL-GALLE, « Le contrôleur, gardien de l'intérêt collectif », *Gaz. Pal.* 2005.253.3.

———, « N'est pas contrôleur qui veut ? À propos de trois sociétés d'un même groupe souhaitant à être désigné contrôleur », *RS* 2010.195.

P-M LE CORRE, « Nature et régime des créances postérieures », *LPA* 2009.71.4.

———, « Le remboursement des avances de l'AGS: des créances fictivement antérieur », *EDED* 2014.2.2.

———, « Le traitement en créance antérieur des avances de l'AGS sans subrogation de l'organisme », *BJED* 2014.5.303.

———, « Privilège de la conciliation questions réponses », *D.* 2014.014.44.

———, « Précisions sur le champ d'application de l'action en revendication et la charge de la preuve en matière d'incorporation du bien revendiqué », *Gaz. Pal.* 2015.125.40.

R. AKOMO ADAM, « Les clairs-obscur du régime de faveur des créanciers postérieures en droit OHADA des procédures collectives : réflexion à la lumière du droit français des entreprises en difficultés », *Penant* 2015.890.71.

R. SAVATIER, « Le droit comptable au service de l'Homme », *D.* 2005.

S. BELINGUIER, « L'assurance santé entreprise : prévention et sauvegarde de l'entreprise en difficulté par la couverture des honoraires des "experts de crise" », *Gaz. Pal.* 2013.022.

S. CAVET, « Réflexions théoriques et pratique sur la situation des créanciers en cas de résolution du plan », 19.39.2009.

S. PIEDELIEVRE, « La mise en œuvre des sûretés réelles dans les procédures collectives, LPA, n°188, p.12 », *LPA* 188.12.

S. REIFEGERSTE, « Précision relatives à la notion de cessation des paiements à la veille de la réforme des procédures collectives », 2004.5.112.

S. STANKIEWICH MURPHY, « L'influence du droit américain de la faillite et les créanciers en droit français : présent et futur », *Rev. Lamy dr. civ.* 2014.112.

S. T. KARFO, « L'identification des créances postérieures éligibles à un traitement préférentiel en droit OHADA et français », *Penant* 2016.896.387.

T. BELLOT, « La réforme, de nouvelles pistes », *Deloitte et Altares* 2008.14.

- T. FAVORIO, « La faute de gestion aux regards de l'article L.651-2 du Code de commerce », *Rev. pro. coll.* 2011.3.34.
- T. GRANIER, « La mise en œuvre du principe de l'image fidèle applicable à la présentation des comptes annuels », *BJS* 2014.30.
- T. MASSARD, « Une grande réforme à petit budget : la SARL au capital de 1 euro », *BJS* 2002.12.1361.
- T. MASTRULLO, « La suspension des poursuites individuelles : un principe d'ordre public international », *Act. Pr. Coll.* 2009.12.
- T. MONTERAN, « De l'information à la prévention », 2012.
- , « L'assurance santé entreprise : une garantie d'accès à la prévention », *Académie des sciences techniques comptables et financières* 2012.Cahier 24.
- , « Pour favoriser la prévention : l'assurance santé entreprise », *Gaz. Pal.* 2012.172.3.
- , « Pour une cause nationale : la CPI au secours des entreprises en difficulté », *BJED* 2014.121-123.
- T. MONTERAN et M. MIEULLE, « Le vade-mecum du plan de cession "prépack" », *BJED* 2015.164.
- TH. STEFANIA, « La révocation du contrôleur », *JCP E* 2013.36.
- V. DE-CARRIERE, E. MERLY, J.-P. BAUCHAMP, F. PERONCHON et B. LAGARDE, « Atelier 3: élaboration du plan, de nouveaux rapport de force, de nouvelles stratégies », 2016.63.20.
- V. MARTINAU-BOURGNINAUD, « La conciliation : droit ou obligation ? », *Rev. pro. coll.* 2014.86.
- V. NICOLAS, « Société et mutuelle d'assurance », dans *Répertoire du droit des assurances*, Dalloz, 2017.
- X. DELCROS, « L'avocat et l'expert-comptable sont les garant de la santé de l'entreprise », *Académie des sciences techniques comptables et financières* 2012.Cahier n°24.49.
- X. LAGARDE, « Observations de Xavier LAGARDE », *LPA* 2009.31.74.
- X.LEDUCQ, « Risque, prévention et assurance : une vision convergente des deux juridictions suprêmes ? », *BJED* 2012.121.
- Y. GUYON, « Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur considéré comme sûreté », *R.J. Com.* 1982.

———, « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », dans *Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 405-417.

Y. KALIEU, « Réflexions sur les nouveaux attributs du droit de propriété : à propos de la propriété utilisée aux fins de garantie des crédits », (1977) 1 203.

Z. NJUTAPVOUI, « Le droit de rétention dans le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés : sûreté active ou passive ? », *Revue de l'ERSUMA* 2016.6.

G. VIGUIER. *Cours crédit management : gestion du risque client*, UIT Valence.

H. TSAGUE DONKENG, *Le traitement de l'insuffisance d'actif en droit des procédures collectives ohada*, Mémoire de D.E.A, Université de Yaoundé II, 2005.

M. KONE, *Protection des assurés et marge de marge opérationnelle des compagnies d'assurance : quelle complémentarité ?* 41e assemblée générale de la FANAF, Allianz, 2017.

M. MERCERON, *L'effectivité du droit de gage général et la préservation du patrimoine*, Mémoire de Master, Université d'Aix Marseille, 2013.

M. SIGUELE. *Comment renforcer les compagnies d'assurances africaine de la zone CIMA*, Capafrique, 2008.

M.R. KANA KENGNI, *La distribution des dividendes en droit des sociétés commerciale OHADA*, Mémoire de Master, Université de Dschang, 2013.

THÈSES

A. BETTY KOTO-TECHEKA, *Le règlement préventif dans l'espace ohada*, Thèse de doctorat, Montpellier, 2012.

A. DIALLO, *Protection de l'entrepreneur individuel et le droit des créanciers : étude comparée droit français-droit de l'OHADA*, Université de Poitiers, 2014.

A. KENMEGNE SIMO, *La protection des établissements bancaires contre la défaillance dans les pays africains de la zone franc*, Yaoundé, Université de Yaoundé II, 2003.

A. TOH, *La prévention des difficultés des entreprises : étude comparée de droit français et droit OHADA*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2015.

B. BRIGNON, *L'actif social : plaidoyer pour la reconnaissance de la notion*, Aix Marseille III, université Paul Cézanne, 2009.

C. GAMALEU KAMENI, *L'implication du créancier dans les procédures collectives*, Université d'Aix-Marseille, 2013.

D. NEMTCHENKO, *Le droit des sûretés au prise de la faute : contribution à l'analyse de la notion de sûreté*, Université de Bordeaux, 2017.

D. RONET-YAGUE, *Les créanciers de la sécurité sociale et l'entreprise en difficulté : vers la contribution des organismes percepteurs au soutien de l'activité économique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2012.

E. PERRU, *L'impayé*, Nancy, faculté de droit de Nancy, 2005.

H. FOUCAULT, *Le capital social et la protection des créanciers de la société*, Paris 2, 1975.

H. SALEY SIDIBE, *Le sort des créances postérieures en droit français et en droit de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)*, Thèse de doctorat, Université de Nice Sophia Antipolis, 2013.

J. FAHET, *Essai sur quelques aspects juridiques de la situation du créancier chirographaire*, Toulouse, 1979.

J. MUSHAGALUSA NTAKOBAJIRA, *L'amélioration de la situation des créanciers chirographaires en cas de faillite ou liquidations des biens : une mission impossible ? Etude de la question au regard du droit Belge et des actes uniformes de l'OHADA*, Academie de Louvain, 2006.

J. VIDAL, *Essai d'une théorie général de la fraude en droit français, le principe « fraus omnia corrumpit »*, Université de Toulouse, 1956.

L. SAUTONIE LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, Université de Montesquieu-Bordeaux IV, 2006.

M. AUGUSTE FILIP, *De la nature Juridique du droit du créancier chirographaire*, Université de Paris, 1922.

M. DENIS LINTON, *L'assurance-crédit en droit interne*, Science social de GRENOBLE, 1978.

M. FONTAINE, *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, Buylant, coll. Centre universitaire de droit comparé, Bruxelles, 1966.

N. E. ITSIEMBOU MABIKA, *L'utilité du capital social : étude de droit français*, Clermont-Ferrand, France, Université d'Auvergne, Clermont-Ferrand 1, 2010.

N. LEBLON, *Assurances et sûretés*, Paris 2, Université de Panthéon-Assas, 2007.

O. M. LEBATT, *La protection du créancier chirographaire : essai d'une formulation synthétique*, Université des sciences sociales Toulouse, 1987

S. CIMAMONTI, *L'effectivité des droits du créancier chirographaire en droit contemporain*, Université de droit, d'économie et science d'Ais-Marseille, 1990.

S. DANA-DEMARET, *Le capital social*, Paris Litec, 1989.

S. DIOMANDE, *Regards sur les fonctions attribuées au capital social : (Aspects de droit comparé : droit uniforme de l'OHADA et droit français des sociétés)*, Thèse de doctorat, Université de Cocody, 2012.

Y. DECROIX, *Du capital social à la situation nette*, Université de ROUEN, 2003.

MÉMOIRE ET AUTRES DOCUMENTS

H. TSAGUE DONKENG, *Le traitement de l'insuffisance d'actif en droit des procédures collectives ohada*, Mémoire de D.E.A, Université de Yaoundé II, 2005.

M. KONE, *Protection des assurés et marge de marge opérationnelle des compagnies d'assurances : quelle complémentarité ?* 41e assemblée générale de la FANAF, Allianz, 2017.

M. MERCERON, *L'effectivité du droit de gage général et la préservation du patrimoine*, Mémoire de Master, Université d'Aix Marseille, 2013.

M. SIGUELE. *Comment renforcer les compagnies d'assurances africaines de la zone CIMA*, Capafrique, 2008.

M.R. KANA KENGNI, *La distribution des dividendes en droit des sociétés commerciale OHADA*, Mémoire de Master, Université de Dschang, 2013.

ORDRE DES EXPERTS COMPTABLES ET DES COMPTABLES AGREES, *L'inflation et l'entreprise*, coll. OECCA, 1976.

JURISPRUDENCES

Cass. 2^e civ., 28 janvier 2016, n°15-13222, F-PB, Obs. J.J. Ansault, BJS, n°6, p.58, 1 juin 2016.

Cass. 2^e civ., 19 mai 1998, Act. Pro. Coll., 1998, n°6, p.1, Obs. P. Canet.

Cass. com., 22 avril 1997, RTD com., 1998, p.208, Obs. A. Martin-Serf; Cass. com., 31 mars 1998, Rev. Proc. Coll. 1998, n°144, Obs. H. C.; 1 février 2000, RJDA 5/00, n°554; 6 mars 2001, D. 2001, p.1102, Obs. A. Lienhard.

Cass. civ., 9 mai 1995, Me Leclerc c., R.T.D Civ., 1996.

Cass. com., 3 juillet 2012, n°11-20425 société Delta c/société serop.

Cass. com., 10 mars 2015, n°13-23424.

Cass. com. 8 novembre 1988, n°87-11158.

Cass. com., 11 juin 1996, n°94-12.125RJDA 12/1996, n°1533.

Cass. Com., 9 janvier 2001, n°98-10.876 : jurisData n°2001-007803 ; RJDA 5/2001, n°602.

Cass. com., 27 novembre 2001, n°97-22.086: jurisData n°2001-011915; JCP E 2002, 763, n°3, obs. M. CABRILLAC; D. 2002, p.401, obs. A. LIENHARD.

Cass. com., 1^{er} décembre 2015, n° 14-20688.

Cass. com., 16 juin 2010, n°08-19351.

Cass. com., 22 février 2017, n°15-17166, obs. D. BOUSTANI.

Cass. com., 14 octobre 2014, n°13-24555, obs. D. BOUSTANI.

Cass. com., 11 juin 2002, n°00-19.038 : jurisData n°2002-014755 ; RJDA 11/2002, n°1171 ; JCP E 2003, chron.231, n°13, obs. CABRILLAC et PH. PETEL, D.2002,

P.2121, obs. LIENHARD.

Cass. com., 19 juin 2007, n°06-14.242 : jurisData n°2007-039661 ; RJDA 10/2007, n°987 ; D.2007, p.1878, obs. LIENHARD ; JCPE 2007.

T. Dijon, 13 septembre 1994, D .1995, TGI Paris 29 mai 1997, RJ. Com. 1998, obs. GALLET.

Cass. civ., 20 juin 1989, Bull. civ., n°196, JCP E 1990, II, n°15658, obs., M. CABRILLAC et Ph. PETEL.

Cass. com. 13 novembre 2002, JCP E 2003. 760, n°2.

Cass. com., 11 février 1997, n°94-21.784: JCP E 1997, 651, n°01, obs. M. CABRILLAC, Re. Proc. Coll., 1997, p.312, obs. p. CANET, p.457, obs C. SAINT-ALARY-HOUIN, RTD com. 1998, p.210, obs. M. SERF.

Cass. com., 11 juin 2014, n°13-17.997.

Cass. com., 20 octobre 1992, n°90-17.916.

Cass. com., 20 octobre 1992, n°90-17.916.

Cass. com., 08 décembre 1998 : RTD com. 1999, p. 983.

CA Paris, 29 mars 1996 : RJDA 1997, n°281.

Cass. Com., 30 novembre 1993, n°91-20554 : Bull. Civ. IV, n°440/ Cass. Com., 19 mars 1996, n°93-13468 : Bull. Joly 1996, p.526, note P. Le CANNU

Cass. com., 11 juin 2014, n°13-12.658, note A. Lienhard, D.2014, p.1260.

Cass. com., 8 juin 1995, Bull. Civ. IV, n°230, RTD civ. 1994, p.36, obs. J. Mestre, JCP E 1993. I. 275, obs. Ph. Pétel, JCP E 1993. II. 525, obs. M. Lecène-Marénaud, RTD com. 1993, p.583, obs. A. Martin Serf, Bull. Joly 1993. 911, n°265, obs. Jeantin, JCP G 1993.I. 3717, obs. ph. Simler, JCP G 1993. I. 22074, obs. Ginestet, Défrenois 1994. 577, obs. J.P Sénéchal, Quot. Jur. Du 28 octobre 1993. IV, obs. P.M.

Cass. com., Dr. Sociétés 1994, n°155, obs. Y. Chaput ; 28 mars 1995, Rev. Proc. Coll. 1995,329, n°6, obs. E. Kerckhove.

Cass. com., 19 février 2001, n°99.12776. D.

Cass. com., 15 mai 2001, n°9-14560; Bull. Civ. IV. N°91 : BJS octobre 2001. P.979. N°223, note P. Pétel ; D.2001. P.3425. Obs. A. Honorat; D. 2001 P.1949 obs. A; Lienhard, Cass. Com. 16 mars 1999 n°96-19537; Bull. Civ. IV. N°67 Défrenois, octobre 1999, p.865 ; n°37023, obs. J.P. Sénéchal.

Cass. 2° civ., octobre 2011, n°10-24309, X c/ Axa France IARD, note J. Bigot.

Cass. civ., 1^{er} 11 octobre 1994, Bull. Civ. I, n°277.

Cass. civ., 1^{er}, 26 octobre 2006, n°04-17865 ; cass. Civ. 1^{er}, Novembre 2003, n°01-14942, Bull. Civ. I; n°220.

Cass. com., 4 mars 2014, n°13-10.534, D. 2014, Obs. X. Delpech; Cass. com., 11 juin 2002, D. 2002, Act. Jur., p.2256, Obs. A. Lienhard; Cass. com., 8 juillet 2003, Act. Pro.

Coll. 2003, n°229, Obs. C. Ragnault-Moutier.

Cass. 2^e civ., 28 janvier 2016, n°15-13222, F-PB, Obs. J.J. Ansault, BJS, n°6, p.58, 1 juin. 2016

Cass. com., 17 novembre 2015, D.2015.2439, n°14-18.345.

Cass. com., 4 février 2014, n° 12-23.894, Groupement foncier agricole (GFA) des Barradis.

Cass. com., 9 oct. 2001, n°1653 F-D, note M. MENJUCQ; BJS 2002, § 14, p.71.

Cass. com., 13 juil. 2010, n°09-68.142, RJDA 11/2010, n°75.

Cass. 1^{er} civ., 26 avr. 2010 : LPA 20 févr. 2001, note M. BRUGGEMAN.

Cass. civ. 1^{ere}, 23 avril 1969, D. 1969, II, P.341, concl. BLONDEAU.

Cass. com., 7 octobre 2008, n°07-18635, Société civile Crystal Holding c/Y.

Cass. civ., 24 juin 1997, Bull. civ. IV, n°206, Bull. Joly 1997, P. 875, note J-J. DAIGRE; Defrénois 1997, P. 1282, obs. H. HOVASSE.

Cass. com. 10 février 2015, n°14-11760 SCI somopi F-D.

Cass. com., 13 octobre 1998, Bull. civ. IV, n°235 ; RJDA décembre 1998, n°1374, p.1031. RTD. Com., 1999, p.185, obs. F. MARCORUG-VENIER.

Cass. com., 22 septembre 2015, n°14-17.377: Act. Proc. Coll. 2015, comm. 263, obs. SAINTTOURENS ; BJE 2015, p.360, 112t3, obs. FAVORIO, JCP E 2016,1151, note STAFANIA.

Cass. civ, 2^e, 26 mai 2011, pourvoi n°06-19.527, FS-P+B.

Cass. com., 10 décembre 1991, n°90-11145 : JCP G 1992, IV, 562 et JCP E, I, 138, n°24, obs. P. PÉTEL ; RTD Com. 1992, p.686, note A. MARTIN-SERF ; Cass. Com., 9 juillet 1991, n°89-18270 : Bull. civ. IV. N°254 : JCP G 1992, IV, 562 et JCP E, I, 138, n°24, obs. P. PÉTEL.

Cass. com., 16 mars 1976, n°74-12028 : Bull. civ. IV., n°101 ; Cass. Com., 23 janvier 1979, n°77-12129 : Bull. civ. IV., n°30 ; Cass. Com., 15 juillet 1986, n°85-14855 : Bull. civ. IV. N°155, D. 1987, somm., p.440, obs. L. AYNÈS.

Cass. com., 9 juillet 1991, n°89-18270 : Bull. civ. IV. N°254 : JCP G 1992, IV, 562 et JCP E, I, 138, n°24, obs. P. PÉTEL.

Cass. com., 12 nov. 1997, Bull. Civ., IV, n°290; cass. com., 28 avril 1998, D. Aff., 1998.

Cass. com., 22 février 1994 : JCP E 1994, I, n°394, obs. Ph. Pétel ; est litigieuse une créance faisant l'objet d'une instance pendante devant les juges de fond, peu important l'existence d'une ordonnance de référé assortie d'une exécution provisoire.

Cass. com., 25 nov. 2008: D. 2009, act/ jurispr. p.17, obs. A. Lienhard.

Cass. com., 27 février 2007 : JCP E 2007, 2119, n°1, obs. Ph. Pétel.

Cass. com., 26 juin 1990: JCP E 1991, I, obs. Ph. Pétel.

CA Versailles, 14^e ch., 27 nov. 2013, n°13/00670.

CA Aix-en-Provence, «30 juin 2012, n°10/12884, Rev. Proc. Coll. 2012, comm.180, Ch. Delattre; LEDEN 2012/2, n°25, note J. Couard ; Bull. Aix 2012/1, note G. Grunder.

Cass. com., 15 déc. 2015, n°14-11.500.

Cass. com., 21 février 2012, n°11-40100 QPC, Mme Tatiana X c/ Société La Belle Epoque Paris et a.

Cass. com., décembre 2014, n°13-24405.

Cass. com., 12 octobre 2004, Act. Proc. Coll., 2004, n°230.

Cass. com., 3^e, 26 mai 2016, n°15-12.750, F-D: JuririsData n°2016-0110070.

Cass. com., 3 mai 2016, n°14-23.727, F-D: JririsData n°2016-008713.

Cass. com., 3 juin 2013, n°15010P, SAS France Immobilier Group.

Cass. com., 19 mars 1991, Rev. Proc. Coll. 1991-2, p.211, obs. C. SAINT-ALARY-

HOUIN; JCP E 1991, II, 174, obs. D. LEGEAIS.
 Cass. com., 21 février 2012, n°11-18027, D. 2012, 678, obs. A. LIENHARD.
 Cass. com., 9 mai 1995, RTD civ., 1996, p.342, obs. A. MARTIN SERF.
 T. com. Paris, 26 mars 1996, 330, n°10, obs. Soinnie.
 CA de Rouen, n°17/01579 du 13 décembre 2017.
 CA Rouen12-13- 17 :015 du 13 décembre 2017.
 Cass. com., du 8 octobre 2003 n°99-21682 ; Cour de cassation chambre commerciale du 8 octobre 2003 n°00-14760.
 Cass. com., 16 mars 2010, n°09-13.578.
 TGI de Paris, 12 février 2013, n°10/04728, ASL Alliance.
 TGI Noun (Cameroun), Odr. 19 janvier 2009, Aff. Caisse Nationale de Prévoyance sociale C/ liquidation SEFN.
 TGI Ouagadougou (Burkina faso), jugement n° 461, 16 novembre 2005, affaire Zampaligre S. Mathieu Maxence C/ la Financière du Burkina ; voir aussi (Cameroun).
 Arrêt n°211/CIV, 15 mai 2002, affaire Tagne Olivier, Mme Tchugo Adrienne, Mme Wadjaya Marie, Mme Madinko Geogette C/ la CCEI Bank.
 TPI Cotonou (Benin), 2^{ème} ch. Com., jug. 3 mai 2001, Aff. Société S.I.A.R-Bénin C/société S.I.TR.A.C.
 CA Abidjan (Côte d'Ivoire), Arr. Civ. Contr., n° 127, 16 février 2007, Aff. Société SOGEPIE C/kouakou Konan Germain.
 TPI Douala-Bonandjo (Cameroun), jug., n°135/COM, 19 octobre 2011, Aff. La société OPOC PETROLEUM SA C/Sieur Kuigoua Rene Emmanuel.
 Tribunal de commerce de Nantes 22 avril 2014, n°2014004629.
 CA Versailles, 13^e ch., 19 octobre 2006, n°06/01788, SARL Robo Distribution et a.c/SA Fortis Banque France : D.2006, AJ, p.2911, obs. A. LIENHARD ; rev proc. Coll. 2007, p.37, n°33, obs. P. ROUSSEL GALLE.
 T. com. Paris, 2 mai 1989, JCP G. 1990, II, 21575, note M. MARTEAU-PETIT.
 Cass. com., 10 mars 2015, n°12-15505, note Irina PARACKEVOVA, Bull. Joly Société, 2015.
 CA Poitiers, 21 nov. 1996 : RJF 1997, n°7
 Arrêt n°044/09 d
 Cass. com., 9 juin 1998, Bull. civ. IV, n°181

INDEX ALPHABETIQUE

A

accord de conciliation · 91, 92, 94, 98, 99, 101, 102, 110, 114, 115, 116, 121, 123, 125, 128, 131, 175, 179
accord homologué · 175, 179
actif disponible · 42, 57, 60, 83, 233, 282, 360
actif social · 11, 14, 15, 20, 26, 32, 45, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 64, 65, 66, 68, 69, 70, 71, 75, 79, 80, 82, 83, 85, 88, 89, 110, 142, 180, 183, 184, 187, 229, 230, 231, 233, 236, 244, 251, 255, 260, 269, 272, 275, 278, 286, 293, 315, 321, 345, 348, 372, 382, 383, 384, 385
action en comblement du passif · 292, 298, 299, 301, 362, 367
action oblique · 74, 75, 364
action paulienne · 70, 71, 72, 73, 357
aggravation des difficultés · 101, 133, 158, 165, 168, 170, 174, 182
aliénation · 56, 57, 58, 85
apport en nature · 23, 36, 37, 39, 43, 54, 365
assureur · 137, 139, 142, 144, 152, 154, 316, 319, 322, 323, 325, 326, 328, 330, 331, 332, 337, 338, 339, 341, 342, 346, 364, 386

B

bénéfice distribuable · 80, 82

C

capital social · 14, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 51, 53, 57, 58, 68, 88, 139, 183, 348, 355, 356, 359, 360, 362, 363, 365, 366, 367, 368, 373, 374, 382
cessation des paiements · 17, 42, 97, 98, 100, 102, 103, 106, 107, 108, 119, 155, 158, 160, 164, 165, 175, 177, 293, 295, 311, 346, 358, 360, 363, 365, 366, 367, 370
cession global · 56, 57
cession globale de l'actif · 57
cession partielle · 58, 95, 126, 127, 128, 129, 130
clauses de déchéance du terme · 123
clauses résolutoire · 102
comité de créanciers · 192, 195, 199
conciliation · 90, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 103, 104, 105, 107, 108, 110, 111, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 124, 127, 128, 129, 131, 133, 134, 138, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 169, 170, 171, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 180, 181, 184, 185, 287, 356, 357, 358, 361, 362, 364, 366, 367, 369, 370, 371
contractualisation · 90, 163, 367

contractuel · 91, 92, 99, 103, 114, 131, 369
créancier d'aliment · 228, 231, 234
créancier postérieur · 272, 273, 274, 275, 385
créanciers contrôleurs · 190, 203, 206, 208, 210, 211, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 221, 222, 223, 313, 384
créanciers de salaire · 220, 232, 233
créanciers influents · 113, 194

D

délai de grâce · 48, 118, 119, 120, 121, 122, 131
dettes · 14, 23, 26, 33, 53, 55, 63, 65, 83, 88, 93, 94, 102, 120, 167, 221, 226, 228, 230, 231, 232, 233, 234, 236, 258, 267, 270, 291, 292, 299, 303, 304, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 315, 319, 345, 349, 357, 361, 362, 363, 365, 368, 384
dirigeant · 30, 55, 56, 58, 59, 77, 104, 107, 108, 136, 138, 144, 154, 221, 284, 291, 293, 294, 299, 301, 311, 312, 314, 357, 359, 360, 382, 385
distribution des bénéfiques · 80, 83
dividendes · 32, 80, 81, 82, 372, 375
droit d'investigation · 84
droit de consultation · 188, 189, 190, 192
droit de regard · 79, 203, 260, 371
droit de revendication · 112, 248, 254, 345

E

égalité des créanciers · 11, 65, 66, 113, 196, 227, 234, 235, 250, 363
exécution de l'accord · 101, 123, 358

F

faute de gestion · 30, 106, 108, 109, 292, 293, 294, 301, 312, 357, 359, 360, 369, 371
fiduciaire · 62, 63, 64
fiducie · 62, 63, 64, 245, 359
Fluctuation · 69
force obligatoire · 93, 303

G

gage · 4, 6, 10, 11, 14, 15, 17, 19, 20, 23, 24, 37, 43, 45, 47, 50, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 63, 64, 65, 66, 67, 69, 70, 71, 73, 74, 75, 79, 80, 81, 82, 84, 85, 86, 88, 89, 101, 106, 110, 112, 113, 133, 135, 141, 142, 144, 150, 179, 180, 183, 184, 185, 187, 200, 201, 224, 226, 227, 230, 233, 235, 236, 238, 239, 241, 244, 249, 250, 251, 255, 256, 273, 274, 278, 300, 301, 302, 348, 354, 359, 363, 372, 375, 382, 383

gage général · 4, 6, 11, 53, 61, 64, 65, 66, 67, 71, 73, 241, 273, 274, 300, 359, 372, 375
garantie · 4, 5, 7, 13, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 33, 34, 35, 39, 48, 49, 51, 54, 56, 58, 59, 60, 62, 64, 67, 68, 69, 85, 88, 89, 112, 131, 134, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 144, 179, 183, 185, 216, 243, 246, 247, 249, 252, 253, 254, 261, 281, 287, 317, 323, 326, 327, 328, 334, 336, 337, 339, 348, 354, 356, 371, 372, 383

H

hypothèque · 4, 59, 66, 335, 367

I

impayé · 4, 12, 74, 105, 243, 244, 248, 273, 275, 281, 295, 303, 312, 316, 342, 349, 373
indivisibilité · 65
inflation monétaire · 43, 48, 49, 50, 382
insolvabilité · 4, 5, 8, 15, 23, 24, 26, 53, 61, 72, 74, 75, 85, 290, 310, 317, 368
intérêt général · 104, 114, 123, 153, 173, 297
intérêts personnels · 116, 193

M

mandat ad hoc · 90, 92, 93, 94, 96, 97, 103, 105, 108, 110, 113, 117, 122, 124, 126, 129, 131, 133, 134, 138, 154, 155, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 170, 171, 172, 175, 176, 180, 181, 184, 185, 357, 358, 369

N

négociation · 90, 92, 93, 96, 100, 103, 105, 106, 110, 113, 114, 120, 121, 122, 127, 129, 159, 163, 164, 165, 166, 171, 177, 179, 181, 185, 189, 193
nullité · 35, 37, 72, 73, 270, 336

O

ordre de paiement · 130, 273, 275, 282, 284, 286, 299, 315, 345, 349

P

participation · 91, 92, 93, 102, 111, 112, 113, 114, 128, 131, 152, 194, 196, 288
patrimoine · 4, 6, 7, 8, 14, 17, 20, 22, 25, 26, 42, 45, 53, 56, 57, 58, 59, 61, 62, 63, 64, 67, 68, 69, 70, 71, 73, 74, 75, 76, 79, 85, 183, 200, 203, 214, 216, 218, 221, 225, 226, 227, 236, 238, 239, 241, 243, 244, 245, 246, 248, 252, 254, 255, 256, 260, 270, 272, 273, 274, 292, 293, 294, 296, 298, 299, 300, 301, 309, 310, 312, 320, 321, 327, 329, 333, 335, 336, 338, 342, 348, 349, 367, 371, 372, 375, 383
pertes de la société · 45, 382
plan de cession · 95, 126, 128, 129, 359, 371
pouvoir · 23, 26, 29, 39, 41, 44, 48, 49, 56, 58, 67, 84, 92, 94, 96, 97, 98, 99, 104, 112, 117, 155, 163, 166, 174, 187, 188, 189, 193, 194, 195, 199, 202, 203, 204, 205, 206, 208, 209, 210, 211, 212, 214, 215, 216, 218, 220, 221, 222, 224, 234, 238, 251, 259, 271, 278, 293, 309, 312, 322, 326, 329, 331, 345, 348, 364, 383, 384
prérogatives contractuelles · 123

R

rebond du débiteur · 282, 303, 349
reconstitution de l'actif · 82, 83, 84, 236
rééquilibrage de l'actif · 80
risques · 26, 37, 53, 122, 126, 135, 140, 150, 152, 153, 154, 166, 169, 213, 221, 222, 223, 263, 269, 289, 290, 320, 328, 331, 332, 333, 356, 359, 363, 368, 383, 384

S

sanctions · 7, 36, 107, 108, 221, 293, 359
solvabilité · 2, 6, 11, 34, 43, 47, 50, 53, 78, 83, 88, 172, 252, 306, 317, 322, 339, 341, 342, 349, 386
sûreté personnelle · 5
sûreté réelle · 5, 6, 59, 191, 246

TABLES DES MATIÈRES

DÉDICACE	II
REMERCIEMENTS	III
SIGNES ET PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	IV
SOMMAIRE.....	VI
INTRODUCTION	1
PREMIÈRE PARTIE : UNE PROTECTION INDIRECTE DU CRÉANCIER CHIROGRAPHAIRES FONDÉE SUR LA PRÉVENTION ET LE TRAITEMENT PRÉCOCE DES DIFFICULTÉS DE LA SOCIÉTÉ.....	17
TITRE I : UNE PROTECTION DU CRÉANCIER CHIROGRAPHAIRES PAR LA PRÉVENTION DES DIFFICULTÉS DU DÉBITEUR	19
CHAPITRE I : L'INAPTITUDE DU CAPITAL SOCIAL COMME GARANTIE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES.....	22
SECTION I : L'INAPTITUDE THÉORIQUE DU CAPITAL SOCIAL COMME GAGE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES	22
§I : LE CARACTÈRE INSAISSISSABLE DU CAPITAL SOCIAL.....	23
A : le capital social, représentation d'une valeur	23
B : le capital social, représentation d'une créance.....	25
§II : L'EXIGENCE SYMBOLIQUE DU CAPITAL SOCIAL DANS CERTAINES SOCIÉTÉS À RESPONSABILITÉ LIMITÉE	26
A : un risque de sous-capitalisation dû à la suppression du minimum de capital social	27
B : le renforcement de la précarisation de la situation des créanciers chirographaires	31
SECTION II: L'INAPTITUDE PRATIQUE DU CAPITAL SOCIAL COMME GAGE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES	34
§I : LES ENTORSES À LA RÉALITÉ DU CAPITAL SOCIAL	34
A : les facteurs d'origine volontaire entamant la réalité du capital social	34
1 : le risque de fictivité de la souscription des apports	34
2 : un risque de surévaluation des apports en nature pouvant gonfler artificiellement le capital social	37
B : le facteur d'origine légale entamant la réalité du capital social.....	41
§II : LE MONTANT DU CAPITAL SOCIAL : MAUVAIS INDICATEUR DE LA SOLVABILITÉ DE LA SOCIÉTÉ	43
A : le capital social ne reflète pas la situation exacte de la société	43
1 : un capital social camouflant des apports temporaires.....	43
2 : un montant de capital social susceptible de dissimuler les pertes de la société.....	45
B : la résistance du montant du capital social à l'inflation monétaire	48
CONCLUSION DU CHAPITRE I	51
CHAPITRE II : L'ACTIF SOCIAL, GAGE DES CREANCIERS CHIROGRAPHAIRES	53
SECTION I : LES FACTEURS D'INSUFFISANCE DE L'ACTIF SOCIAL COMME GAGE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES	54
§I : LES FACTEURS INTERNES	54
A : l'obligation de payer les frais de constitution de la société	54
B : les pouvoirs exorbitants du dirigeant tendant à diminuer l'actif social	56
§II : LES FACTEURS EXTERNES DE L'INSUFFISANCE DE L'ACTIF SOCIAL COMME GAGE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES.....	65
A : l'actif social : un gage affecté indifféremment au désintéressement de tous les créanciers sociaux	65
B : l'influence du temps sur l'actif social	68
SECTION II : L'ÉVITEMENT DE LA DÉTÉRIORATION DE L'ACTIF SOCIAL	69
§I : LA PRÉSERVATION DE L'ACTIF SOCIAL PAR LE CRÉANCIER CHIROGRAPHAIRES.....	70
A : Les actions en défense de l'actif social exercées par le créancier chirographaire	70
1: l'exercice des actions contre les manœuvres frauduleuses du débiteur.....	70
2: l'exercice des actions contre la négligence du débiteur	74

B: la reconnaissance d'un droit d'information sur les fluctuations du patrimoine du débiteur	76
§II : LES POSSIBLES AMÉNAGEMENTS CONTRACTUELS TENDANT À FAVORISER LE PAIEMENT DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES	80
A : l'engagement de maintenir un équilibre entre actif et passif lors du partage des bénéfices	80
B : l'engagement de reconstituer l'actif social	83
CONCLUSION DU CHAPITRE II	85
CONCLUSION DU TITRE I	88
TITRE II : LA PRÉVENTION PAR LE TRAITEMENT AMIABLE DES DIFFICULTÉS DE L'ENTREPRISE	90
CHAPITRE I : LA PARTICIPATION DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES AU TRAITEMENT AMIABLE DES DIFFICULTÉS DE L'ENTREPRISE	92
SECTION I : UNE PARTICIPATION NON ENCADRÉE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES	92
§I : LA PARTICIPATION DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES À LA CONCLUSION DE L'ACCORD DE CONCILIATION	93
A : la libre détermination du contenu de l'accord par les parties	93
B : l'absence de pouvoir de contrôle du juge sur le contenu de l'accord	98
§II : UNE PARTICIPATION DOUTEUSE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES À L'ACCORD DE CONCILIATION	102
A : la liberté du débiteur d'entamer les négociations	102
B : le caractère sélectif des créanciers participants	110
SECTION II : UNE PARTICIPATION CONTRAINTE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES	114
§I : INTERRUPTION DES INITIATIVES INDIVIDUELLES DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES	114
§II : L'ALTÉRATION DES PRÉROGATIVES CONTRACTUELLES DE DROIT COMMUN DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES	123
CONCLUSION DU CHAPITRE I	131
CHAPITRE II : UN PAIEMENT DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES CONDITIONNE PAR LE RÉTABLISSEMENT EFFECTIF DE L'ENTREPRISE	133
SECTION I : L'IMPORTANCE DE LA MAÎTRISE DE L'OBSTACLE FINANCIER POUR L'ANTICIPATION DES DIFFICULTÉS DE L'ENTREPRISE	133
§I : LA FACILITATION DU RECOURS AUX DISPOSITIFS DE PRÉVENTION PAR LA MAÎTRISE DE L'OBSTACLE FINANCIER	135
A : le maintien du gage commun des créanciers chirographaires par la maîtrise de l'obstacle financier	135
1 : présentation de l'assurance santé entreprise	136
a : une prime modulable en fonction du chiffre d'affaires	137
b : la particularité du sinistre en matière d'assurance santé entreprise	138
c : les éléments déclencheurs de la garantie	138
2 : l'intérêt de l'assurance santé entreprise pour les créanciers chirographaires	141
B : le maintien du gage commun des créanciers chirographaires dû à l'information gratuite des chefs d'entreprise en droit français	144
1 : bref aperçu du centre d'information sur la prévention des difficultés de l'entreprise	145
2 : le caractère pré-préventif du centre d'information sur la prévention des difficultés de l'entreprise	147
§II : LA PROBLÉMATIQUE DE L'ASSURANCE SANTÉ ENTREPRISE DANS L'ESPACE OHADA	150
A : quelques aspects cachés de l'assurance santé entreprise	150
1 : les limites du caractère préventif de l'assurance santé entreprise	150
2 : les risques l'assurance santé entreprise	152
a : le risque de non-souscription de l'assurance santé entreprise relatif à son caractère facultatif	152
b : le risque de désresponsabilisation des chefs d'entreprise	153
B : une difficile importation de l'assurance santé entreprise dans l'espace OHADA	155
1 : une culture de la prévention encore embryonnaire en Afrique	155
2 : le coût de l'assurance santé entreprise	157

SECTION II : LA RÉDUCTION DES CAUSES D'AGGRAVATION DES DIFFICULTÉS DE L'ENTREPRISE PENDANT LE TRAITEMENT AMIABLE	158
§I : L'ÉVITEMENT DE L'ENCHAÎNEMENT DES PROCÉDURES PAR LE DÉBITEUR	159
§II: LE RENFORCEMENT DE LA CONFIDENTIALITÉ DE L'ACCORD NÉGOCIÉ	169
A : une confidentialité limitée en droit français	171
B : une confidentialité mieux préservée en droit OHADA	177
CONCLUSION DU CHAPITRE II	180
CONCLUSION DU TITRE II	181
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	183

DEUXIÈME PARTIE : UNE PROTECTION DIRECTE DU CRÉANCIER CHIROGRAPHAIRES DANS LES PROCÉDURES COLLECTIVES..... 186

TITRE PREMIER : UNE PROTECTION MITIGÉE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES DÈS L'OUVERTURE DES PROCÉDURES COLLECTIVES 187

CHAPITRE I : L'IMPLICATION ÉTRIQUÉE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES DANS LE SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE 188

SECTION I : UN DROIT DE CONSULTATION DES CREANCIERS CHIROGRAPHAIRES PERFECTIBLE 188

§I : LES LIMITES TENANT AU CARACTÈRE INDIVIDUEL ET AU POUVOIR D'INITIATIVE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES..... 189

A : une simple consultation sans pouvoir d'initiative des créanciers..... 189

B : une consultation plus efficiente pour les créanciers membres des comités en droit
français 192

§II : LES VOIES D'AMÉLIORATION EN VUE D'UNE CONSULTATION PLUS EFFICIENTE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES..... 195

A: la nécessité de l'instauration d'une entité spécifique de défense des intérêts de
créanciers chirographaires dans les procédures collectives..... 195

B : la recherche d'un modèle de référence de représentation des créanciers
chirographaires..... 198

SECTION II : DES MÉCANISMES DE CONTRÔLE LOURDS DE CONSÉQUENCES POUR LES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES 203

§I : LA DÉSIGNATION INCERTAINE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES EN QUALITÉ DE CONTRÔLEUR 204

A: l'accès facultatif à la qualité de créancier contrôleur 204

B : la liberté d'appréciation du juge-commissaire dans la désignation des créanciers
contrôleurs 208

§II : LA FRAGILISATION DU DROIT D'ACTION DES CRÉANCIERS CONTRÔLEURS 213

A : une action conditionnée par la carence du mandataire judiciaire..... 213

 1 : la rationalisation de l'information 213

 2 : le droit d'action restreint des créanciers contrôleurs..... 217

B : un contrôleur agissant à ses risques et périls..... 222

CHAPITRE II : L'ALTÉRATION DU RECOUVREMENT DES CRÉANCES CHIROGRAPHAIRES. 225

SECTION I : LA SOUSTRACTION D'UNE PARTIE DE L'ACTIF DU DÉBITEUR AU DÉTRIMENT DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES 226

§I : LA MULTIPLICATION DES PAIEMENTS INDIVIDUELS DANS LES PROCÉDURES COLLECTIVES 228

A : le paiement des dettes bénéficiant d'un régime de faveur 228

 1 : le paiement des dettes de nature alimentaire fondé sur une obligation alimentaire
..... 228

 2 : le paiement des dettes à caractère alimentaire : les dettes de salaires..... 232

B : les paiements par compensation de dettes connexes 233

§II : LE VIDAGE DE LA SUBSTANCE DE L'ACTIF DU DÉBITEUR..... 236

A : l'admission critique du principe d'interdiction des poursuites 237

B : le maintien de certaines actions contribuant au vidage de l'actif social..... 244

SECTION II : LA PRIORITÉ DU SAUVETAGE DE L'ENTREPRISE AU DÉTRIMENT DU PAIEMENT DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES 255

§I : L'ACCROISSEMENT INJUSTIFIÉ DU PASSIF DU DÉBITEUR PENDANT LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE COLLECTIVE.....	256
A : le caractère extensif des critères classiques d'appréciation de la créance postérieure	257
B : la perfectibilité du critère téléologique.....	262
§II : LA MULTIPLICATION DES PRÉLÈVEMENTS SUR LA SUBSTANCE DE L'ACTIF SOCIAL EN PÉRIODE DE CRISE	269
A : un droit au paiement immédiat	269
B : le droit d'exécution forcée du créancier postérieur sur l'actif social en difficulté	272
CONCLUSION CHAPITRE II	277
CONCLUSION TITRE I.....	278
TITRE II : UN PAIEMENT ALÉATOIRE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES À LA CLÔTURE DE LA LIQUIDATION POUR INSUFFISANCE D'ACTIF	281
CHAPITRE I : LE DIFFICILE RECOUVREMENT DES CRÉANCES CHIROGRAHAIRES DÛ À LA PROCÉDURE D'ORDRE	282
SECTION I : LE RISQUE D'ABSORPTION TOTALE DE L'ACTIF PAR LES CRÉANCIERS DE RANG SUPÉRIEUR	283
§I : UNE POSITION INCONFORTABLE DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES LORS DE LA RÉPARTITION DES PRODUITS DÉCOULANT DE LA RÉALISATION DE L'ACTIF DU DÉBITEUR ..	284
A: un créancier chirographaire classé dernier dans l'ordre des paiements	284
B: un créancier chirographaire en concours avec les privilégiés pour le solde de leur créance	288
§II : LA PROBLÉMATIQUE DE LA RÉPARTITION DES FRUITS DÉCOULANT DES ACTIONS EN RESPONSABILITÉ POUR INSUFFISANCE D'ACTIF.....	291
A: Les actions en responsabilité pour insuffisance d'actif.....	291
1: l'action en responsabilité contre le dirigeant de l'entreprise en faillite	291
2: l'action en responsabilité contre les tiers	295
B: les fruits de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif	298
1: l'inégalité dans le partage des fruits en droit OHADA	298
2: une égalité dans le partage des fruits de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif en droit français	300
SECTION II : LE DÉVELOPPEMENT DE TECHNIQUE D'EFFACEMENT DE LA DETTE AU DÉTRIMENT DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES	303
§I : LA CONSÉCRATION DE L'EFFACEMENT DE LA DETTE DU DÉBITEUR APRÈS LA CLÔTURE DE LA LIQUIDATION POUR INSUFFISANCE D'ACTIF	304
A : fondement juridique de l'effacement de la dette du débiteur	304
B : la consécration du droit de ne pas payer sa dette	306
§II : L'INEFFICACITÉ PRATIQUE DU RECOURS DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES CONTRE UNE SOCIÉTÉ DÉFAILLANTE.....	309
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	315
CHAPITRE II : LA NÉCESSITÉ DU RECOURS À UN MODE ALTERNATIF DE PAIEMENT : L'ASSURANCE COMME MOYEN DE PAIEMENT DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES ? .	316
SECTION I : L'ADAPTABILITÉ DE LA TECHNIQUE D'ASSURANCE AU NON-PAIEMENT DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES	317
§I : LE RISQUE DE NON-PAIEMENT : UN RISQUE ASSURABLE	318
A: le risque de non-paiement un évènement aléatoire pour les créanciers chirographaires	319
B: le risque de non-paiement un évènement dommageable pour les créanciers chirographaires.....	320
§II : UN RISQUE DE NON-PAIEMENT POUVANT ÊTRE PRIS EN CHARGE PAR UNE COMPAGNIE D'ASSURANCES.....	323
A : la possibilité d'un contrat d'assurance garantissant le non-paiement des créanciers chirographaires à la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif	323
B : un non-paiement indépendant de la volonté des parties	329
SECTION II : LES POTENTIELS ENJEUX DE L'ASSURANCE CONTRE LE NON-PAIEMENT DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES	330

§I : LES DIFFICULTÉS PRATIQUES DE L'ASSURANCE CONTRE LE NON-PAIEMENT	330
§II : L'IMPORTANCE DE L'ASSURANCE CONTRE LE NON-PAIEMENT POUR LES CRÉANCIERS	
CHIROGRAPHAIRES	334
A : l'assurance : technique souple d'application	334
B : un créancier chirographaire bénéficiaire unique de l'indemnité d'assurance	337
C : une solvabilité quasi-évidente de l'assureur	339
CONCLUSION DU CHAPITRE II	342
CONCLUSION DEUXIÈME PARTIE	345
CONCLUSION GÉNÉRALE	348

Titre : ÉTUDE COMPARÉE EN DROIT OHADA ET FRANÇAIS DE LA PROTECTION DU CRÉANCIER CHIROGRAPHAIRES D'UNE SOCIÉTÉ

Mots clés : Créancier, chirographaire, société, insuffisance d'actif.

Résumé : L'exercice d'une activité économique est un parcours semé d'obstacles. En témoigne le nombre de liquidations judiciaires clôturées pour insuffisance d'actif. On dénombre pour l'année 2018 en France, 37 214 liquidations judiciaires contre 16 359 redressements judiciaires. Pareillement, dans l'espace OHADA, malgré l'inexistence d'étude permettant de quantifier le nombre de défaillances de sociétés, on sait que les liquidations judiciaires restent importantes et problématiques. Beaucoup de sociétés meurent sans même qu'ait été ouverte une procédure collective, surtout celles évoluant dans le secteur informel. Cette situation n'est pas sans conséquence sur la situation des créanciers chirographaires qui ne disposent d'aucune garantie réelle ou personnelle. Or, le statut de créancier chirographaire ne résulte pas, le plus souvent, d'un choix du créancier concerné. C'est une situation qui s'impose à lui, notamment pour des raisons liées au coût de la prise d'une garantie.

Cette situation est d'autant plus inquiétante que le créancier chirographaire impayé risque de devenir, à son tour, un débiteur en difficulté. Il est donc important de chercher un moyen de le protéger. Le premier moyen pour ce faire est d'éviter qu'il soit confronté à une situation d'impayé ce qui passe par des actions préventives visant à prévenir, pour les éviter, les difficultés de ses débiteurs. Les mécanismes de prévention des difficultés doivent à cet égard être aménagés pour une meilleure implication des créanciers chirographaires dans le traitement précoce des difficultés de la société.

Par ailleurs, parce que la prévention n'empêche pas la survenance des difficultés, il est important de chercher comment préserver les créanciers chirographaires lorsqu'une procédure collective est malgré tout ouverte. La souscription d'une assurance peut alors être envisagée.

Title : comparative study in OHADA and French law of the protection of the unsecured creditor of a company in difficulty

Keywords : unsecured creditor, insufficient assets, company

Abstract : The exercise of an economic activity is a path fraught with obstacles. This is evidenced by the number of liquidations closed for lack of assets. For the year 2018 in France, there are 37,214 judicial liquidations against 16,359 judicial restatements. Similarly, in the OHADA space, despite the absence of a study to quantify the number of corporate failures, we know that the judicial liquidations remain significant and problematic. Many societies are dying without even going through a collective process, especially those operating in the informal sector. This situation is not without consequences for unsecured creditors who have no real or personal guarantee. The status of unsecured creditor does not, in most cases, result from a choice of the creditor concerned. This is a situation that is imposed on him, especially for reasons related to the cost of taking a guarantee.

This situation is all the more worrying as the unsecured creditor may become, in turn, a debtor in difficulty.

It is therefore important to look for a way to protect it. The first way to do this is to prevent it from being confronted with an unpaid situation, which involves preventive actions aimed at preventing, in order to avoid them, the difficulties of its debtors. In this respect, the mechanisms for preventing difficulties must be geared to better involving unsecured creditors in the early treatment of society's difficulties. On the other hand, because prevention does not prevent the occurrence of difficulties, it is important to look for ways to preserve unsecured creditors when a collective proceeding is still open. The subscription of an insurance can then be considered.