

# Le Rôle De La Confidentialité Dans La Procédure Préventive De Conciliation De L'ohada

Par

**NKOUAMO NGNEGUE Luc Norbert**

*Doctorant à la faculté des sciences juridiques et politiques*

Université de Ngaoundéré, Cameroun

Email : lucnorbertnkouamo@gmail.com

## Résumé :

La procédure de conciliation est l'une des innovations de la réforme de l'Acte Uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif. Le législateur OHADA l'a institué dans l'objectif de mieux gérer la prévention de la cessation des paiements des entreprises en difficulté financière. La conciliation est entrée dans la sphère des procédures collectives de l'OHADA avec un principe clé à savoir la confidentialité. Le principe de confidentialité constitue une pierre angulaire de la conciliation au regard de la place qu'elle occupe dans le dénouement de celle-ci. Le législateur communautaire fait intervenir ce principe dans tout le dénouement de la conciliation. La confidentialité se présente ainsi comme un aspect phare de la procédure. Cet état de chose nous a alors amené à s'interroger sur le rôle que peut bien jouer cette confidentialité qui anime l'ensemble de la procédure préventive. Selon notre point de vu, la confidentialité joue un double rôle dans la procédure de conciliation. Elle favorise d'une part la protection du débiteur soumis à la procédure en lui assurant la préservation de son crédit ainsi que les informations divulguées et d'autre part, facilite l'efficacité de la procédure à travers son imposition générale même si elle est un peu fragilisée par certaines atteintes.

**Mots clés---** conciliation, cessation des paiements, confidentialité, protection du débiteur, efficacité de la procédure.

**Abstract :** the procedure of conciliation is an innovation of the uniform Act organizing the legal treatment enterprises difficulties. The OHADA legislator has institute it with the objective for the better manage in the suspension of payments prevention for enterprises in financial difficulty. The conciliation procedure has come in the sphere of OHADA legal treatment enterprises difficulties with a main principle which is confidentiality. The principle of confidentiality constitute a cornerstone of the conciliation procedure ending according to the Sport place it occupe. The Community legislator makes this principle to intervene in all the conciliation procedure. The confidentiality is present as a main aspect of the procedure. This situation brought us to question the role of the confidentiality witch lead all the preventive procedure. According to our point of view, the confidentiality plays a double role in the conciliation

*procedure. It favours firstly the protection of the debtor submit to the procedure insuring the preservation of his credit as well as divulgates informations and secondly, it facilitate the effectiveness of the procedure by his general using even it is fragilize by certains attacks.*

**Keywords---** conciliation, suspension of payments, confidentiality, debtor protection, procedure effectiveness

## I- INTRODUCTION

Le souci d'adaptabilité des lois de la communauté à l'évolution socio-économique des Etats parties de L'OHADA<sup>1</sup> en générale et du droit des entreprises en difficulté en particulier, a amené le législateur OHADA à procéder à une réforme du texte régissant les mesures de traitement des difficultés financières d'une entreprise. C'est alors que, le 10 septembre 2015, l'on a assisté à l'adoption d'un nouvel Acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif. Construit avec de nouveaux objectifs fixés de manière exhaustive<sup>2</sup>, le nouvel Acte uniforme

<sup>1</sup> OHADA se traduit par organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires. Il a été créé par le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique signé à Port-Louis (île Maurice) le 17 octobre 1993. Ce traité est entré en vigueur le 18 septembre 1995, a été ratifié par plusieurs Etats africains. Le traité de Port-Louis a été adopté dans un contexte de mondialisation et d'ouverture des économies nationale à la concurrence. Dès lors, la nécessité d'instaurer un climat de confiance propice aux investissements étrangers, milite fortement en faveur d'une harmonisation du droit des affaires autour de règles sûres, stables, prévisibles et connues, permettant un arbitrage des différends contractuels et la facilitation des activités des entreprises.

<sup>2</sup> Art 1<sup>er</sup> du nouvel AUPC qui dispose par ailleurs que : « le Présent Acte uniforme a pour objet d'organiser les procédures de conciliation et de règlement préventif ainsi que les procédures curatives de redressement judiciaire et de liquidation des biens afin de préserver les activités économiques et les niveaux d'emplois des entreprises débitrices, de redresser rapidement les entreprises viables et de liquider les entreprises non viables dans des conditions propres à maximiser la valeur des actifs des débiteurs pour augmenter les montants recouverts par les créanciers et d'établir un ordre précis de paiement des créances garanties

comporte de nombreuses innovations parmi lesquelles figure une nouvelle procédure préventive dénommée la conciliation. La conciliation s'ajoute ainsi au règlement préventif existant dans l'ancien texte. Le législateur OHADA élargit alors les possibilités de prévention des difficultés des entreprises débitrices. Inspirée par le régime français sur la question<sup>3</sup>, la procédure de conciliation permet au débiteur de prévenir la cessation des paiements<sup>4</sup> en signant un accord amiable avec ses créanciers principaux et cocontractants le cas échéant. La nouvelle procédure préventive de conciliation est bâtie sur une importante obligation consacrée par le législateur OHADA lors de l'élaboration des règles y relatives. Cette obligation baptisée la confidentialité apparaît dans toutes les étapes de la procédure. A cet effet, la confidentialité dans la procédure de conciliation introduite par l'AUPC révisé suscite plusieurs intérêts. Au regard de sa fonction, elle peut faire l'objet de confusion avec une autre notion forte en droit des affaires, à savoir le secret communément appelé, le secret des affaires. Une telle confusion n'a pas lieu d'exister, en ce sens que le secret des affaires s'inscrit dans un cadre générale de protection des entreprises vulnérables aux attaques déloyales de prédateurs économiques et financiers. En effet, comme l'a souligné le Doyen CARBONNIER, se cacher devient « *un instinct profond de l'être humain* », <sup>5</sup> les personnes morales n'étant pas épargnées. Le culte du secret s'étend ainsi également aux activités professionnelles afin de les protéger du regard des autres, présumé délétères et dangereux.<sup>6</sup> Il permet alors la construction d'un voile constituant un obstacle, voire une barrière à l'intrusion et au contrôle

ou non garanties, de définir la réglementation applicable aux mandataires judiciaires, de définir les sanctions patrimoniales et professionnelles ainsi que les incriminations pénales relatives à la défaillance du débiteur, applicables aux dirigeants de toute entreprises débitrice et aux personnes intervenant dans la gestion de la procédure.

<sup>3</sup> Une nouvelle loi a vu le jour en droit français, instituant de nouvelles procédures parmi lesquelles, la procédure de conciliation. Il s'agit de la loi n°2005-845 de sauvegarde des entreprises, JO du 27 juillet 2005 ; V. texte consolidé du Livre VI du Code de commerce « Des difficultés des entreprises » in Gaz. Pal., du 1er septembre 2005, p. 5 et les numéros spéciaux consacrés à la loi de la Gazette des procédures collectives des 8 et 10 septembre 2005.

<sup>4</sup> La cessation de paiement signifie l'impossibilité pour un débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, à l'exclusion des situations où les réserves de crédit ou les délais de paiement dont le débiteur bénéficie de la part de la part de ses créanciers lui permettant de faire face au passif exigible. (cf. art 1<sup>er</sup> al 3)

<sup>5</sup> J. CARBONNIER, Propos introductifs, Colloque de Deauville sur la transparence, in Rev. Jur. Com. novembre 1993, p. 15.

<sup>6</sup> G. CARCASSONNE, Le trouble de la transparence, in Transparence et Secret, Pouvoirs, éd. Seuil, 2001, n°97, 17.

de l'extérieur. Toute entreprise possède des secrets d'affaires. Ces secrets constituent un actif essentiel du patrimoine des entreprises parce que leur détention présente, le plus souvent, un avantage concurrentiel souvent décisif. Cependant la présence de la confidentialité dans la conciliation ne peut être assimilable à la présence du secret dans certains domaines du mode professionnel ou économique.

La confidentialité, n'ayant aucune définition légale, s'entend comme le maintien du secret concernant des informations dans le dessein d'empêcher une utilisation frauduleuse.<sup>7</sup> Dit autrement, la confidentialité est une préservation de certaines informations secrètes afin d'éviter leurs divulgation. Introduite dans la procédure de conciliation, elle consiste à maintenir secrète le dénouement de celle-ci à l'égard de toute autre personne non autorisée. En droit français, la conciliation ainsi que le mandat *ad hoc* au lendemain de la réforme du droit des entreprises en difficulté à travers l'adoption de la loi n°2005-845 de sauvegarde des entreprises, JO du 27 juillet 2005, la confidentialité a été érigée par la doctrine<sup>8</sup> en principe de droit. La conciliation est une procédure préventive, consensuelle, confidentielle, destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice afin d'effectuer, en tout ou partie, sa restructuration financière ou opérationnelle pour la sauvegarde<sup>9</sup>. Le législateur ajoute que cette restructuration s'effectue par le biais de négociations privées et de la conclusion d'un accord de conciliation négocié entre le débiteur et ses créanciers ou, au moins ses principaux créanciers, grâce à l'appui d'un tiers neutre, impartial et indépendant dit conciliateur.<sup>10</sup>

M. CHRISTOPHE DELATRE<sup>11</sup> souligne que la confidentialité en tant que principe est absolue dans les procédures de conciliation et de mandat ad hoc, et qu'en même temps, elle est recouverte de limites significatives. De même, il évoque l'existence des hypothèses où cette confidentialité peut être levée notamment lorsque la procédure qui l'accompagne s'avère un véritable échec. De plus une autre

<sup>7</sup> Dictionnaire de la langue française Le Grand Robert, voir le mot « confidentialité »

<sup>8</sup> Plusieurs auteurs consacrent la confidentialité comme un principe de droit notamment HELENE BOURBOULOUX « Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés » Bulletin Joly Entreprises en Difficulté, 01 mai 2012 n° 3, P. 183, Christophe Delattre, « Le secret des affaires - La confidentialité des procédures » Droit des sociétés n° 1, Janvier 2012, étude 2, p. 1 et s. Yves GUYON, « la transparence dans les procédures collectives, conférence prononcée le 9 septembre 1998 lors d'un colloque organisé par la revue des procédures collectives », Petites affiches, 21 avril 1999 n° 79, P. 8

<sup>9</sup> Cf. art 2 alinéa 1<sup>er</sup> du nouvel AUPC de l'OHADA.

<sup>10</sup> Cf art 2 alinéa 1<sup>er</sup> du nouvel AUPC.

<sup>11</sup> C. Delattre, Le secret des affaires - La confidentialité des procédures, Droit des sociétés n° 1, Janvier 2012, étude 2, pp. 1 et suiv.

hypothèse renvoie à la situation dans laquelle, l'entreprise bénéficiaire peut demander la levée de la discrétion en justice.<sup>12</sup> Enfin, pour une garantie de la confidentialité, il relève l'existence de sanctions en cas de violation de l'obligation ; sanctions fondées sur la responsabilité civile spécifiquement. HELENE BOURBOULOUX,<sup>13</sup> procède à une tentative de réconciliation du principe de confidentialité avec celui de transparence pour la prévention et le traitement des difficultés des entreprises, malgré opposition des deux concepts. Elle relève d'une part que la transparence doit être encadrée sous le règne de la confidentialité lorsqu'il s'agit d'une procédure préventive. D'autre part, elle souligne que la confidentialité doit être limitée par la transparence lorsqu'il s'agit d'une procédure collective curative. La confidentialité apparaît ainsi comme une règle d'or dans la prévention des difficultés d'une entreprise, tandis qu'en cas de traitement curatif, elle est limitée. D'autres auteurs se sont prononcés sur ce principe en matière de prévention des difficultés des entreprises, à savoir FRANÇOISE PEROCHON<sup>14</sup>, YVES GUYON<sup>15</sup>. Ce dernier pense que, la confidentialité en tant que principe, doit nécessairement accompagner la transparence dans la mise en œuvre des mesures de traitement des difficultés d'une entreprise, surtout lorsque celles-ci sont passagères. Car selon lui, il n'est pas agréable de reconnaître publiquement ses difficultés. De l'ancre a ainsi coulé autour du principe de confidentialité ; chaque auteur avisé essaye de donner un contexte ou un contenu à un principe qui fait son apparition expresse en droit des entreprises en difficulté au sein de la conciliation. On est alors en droit de se poser la question de savoir quelle peut être le rôle de ce principe de confidentialité dans la procédure de conciliation ? Autrement dit, quelle valeur peut représenter la confidentialité consacrée par le législateur OHADA dans la procédure de conciliation ? Le législateur OHADA s'est attelé à instituer une nouvelle procédure de prévention des difficultés de l'entreprise en l'encadrant avec un principe aussi original bien qu'il ait été inspiré par son homologue français. Il est important que l'on se puisse émettre des idées sur le rôle que ce principe de confidentialité, si chère à la conciliation OHADA, peut traduire dans le dénouement de ce dernier. C'est la raison pour laquelle, nous soutenons que la confidentialité est d'une part, un instrument de protection de l'entreprise soumise à la conciliation **(I)**

<sup>12</sup> CA Paris, 2 avr. 1999 : BICC 2000, n° 121 ; RTD com. 2000, p. 714, obs. F. MACORIG-VENIER ; Bull. Joly Sociétés 1999, p. 1084, note A. Couret

<sup>13</sup> H. BOURBOULOUX, Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés, Bulletin Joly Entreprises en Difficulté, 01 mai 2012 n° 3, P. 183

<sup>14</sup> F. Perochon, Droit des entreprises en difficulté, Prévention : Suivi et résolution des accords amiables. Rémunération dans les missions amiables, Bulletin Joly Entreprises en Difficulté, 01 novembre 2012 n° 6, P. 409

<sup>15</sup> Y. Guyon, *op cit.*

et d'autre part un socle d'efficacité de la procédure.

**(II)**

## **II- LA CONFIDENTIALITE, INSTRUMENT DE PROTECTION DE L'ENTREPRISE SOUMISE A LA CONCILIATION**

L'ouverture d'une procédure préventive de conciliation est faite à l'initiative exclusive du débiteur. La confidentialité qui l'accompagne possède plusieurs vertus parmi lesquelles la protection des intérêts de l'entreprise occupe une place non négligeable. Protéger une entreprise soumise à une procédure préventive de conciliation signifie mettre à l'abri publicitaire des informations dont la divulgation en dehors de la sphère dans laquelle elles étaient destinées pourrait être fatale à la structure débitrice. En tant que procédure passagère, surtout lorsqu'elle est un succès total, l'entreprise qui en a fait l'objet pourra ainsi, grâce à la confidentialité, préserver son crédit **(A)** tout en préservant les informations dont la divulgation s'avère nécessaire pour le renseignement des protagonistes de la procédure. **(B)**

### **A- La préservation du crédit de l'entreprise débitrice**

Le crédit de l'entreprise ne peut être préservé que si la confidentialité est bien ancrée dans le déroulement de la procédure préventive de l'entreprise. Ainsi, de son fait, l'entreprise pourra préserver ses chances de redressement **(1)**, en plus de ses partenaires **(2)**.

#### **1- La préservation des chances de redressement de l'entreprise**

L'ouverture d'une procédure préventive de conciliation traduit l'existence d'une difficulté financière - bien qu'elle soit passagère - à l'égard du demandeur. Le souci majeur de ce dernier étant d'y remédier rapidement afin de ne pas entrer en cessation de paiement.<sup>16</sup> L'atteinte de cet objectif est encadrée par le principe de confidentialité. Les chances de redressement de l'entreprise soumise à la conciliation ne peuvent être garanties que si certaines informations sont maintenues dans le secret lors du déroulement de cette procédure préventive. Ainsi, compte tenue de la fragilité de la situation financière, économique et sociale de l'entreprise en difficulté, il serait dangereux, pour garantir le succès de la procédure, que des informations soient mises à nues. La confidentialité apparaît donc ici comme un vecteur essentiel dans la préservation des chances de redressement de l'entreprise.

<sup>16</sup> Cessation de paiement dont la constatation donne droit à l'ouverture immédiat d'une procédure curative qui se décline soit en redressement judiciaire soit en liquidation des biens suivant la gravité de la difficulté financière

Par définition, la préservation renvoie à l'action de protéger, mettre à l'abri ou encore sauvegarder<sup>17</sup>. Aborder sous cette définition, la confidentialité est un outil favorisant la mise en œuvre des différents éléments pouvant faciliter la mise à l'abri les possibilités nécessaires à l'atteinte de cet objectif. Toutefois, se prononcer sur les chances de redressement de l'entreprise dont la préservation est recommandée ne saurait s'effectuer sans relever les différents éléments rentrant dans ce cadre. Ainsi, dans la procédure préventive de conciliation, le redressement de la situation financière déséquilibrée du débiteur se traduit par la conclusion d'un accord amiable entre ce dernier, ses cocontractants le cas échéant, et ses créanciers principaux<sup>18</sup> à la fin des négociations. Cet objectif précieux pour parler du succès de la procédure préventive ouverte, ne peut être atteint que si la confidentialité est présente dans toutes les étapes ; car occulter certaines informations susceptibles d'être portées à la lumière favorise la conclusion d'un consortium entre les différents acteurs, seul en droit d'entrée en connaissance de ces informations.

L'intérêt de l'entreprise pourrait être dans le silence de ses difficultés surtout que celles-ci sont passagères.<sup>19</sup> Mais lorsque ces difficultés nécessitent le soutien des créanciers, ils doivent en être informés. Ces informations ne vont pas à l'endroit de tous les créanciers de l'entreprise. En matière de conciliation en effet, seul ceux appelés à la table des négociations sont en droit d'en recevoir. Tout ceci dans le but d'éviter toute propagation maladroite des données sensibles à la recherche du rétablissement financier de l'entreprise. La discrétion établit retrouve ainsi sa valeur dans la protection des chances qu'à l'entreprise pour retrouver son équilibre financier.

## 2- La préservation de la confiance des partenaires de l'entreprise

« Il n'est jamais agréable de reconnaître publiquement ses ennuis », disait un auteur<sup>20</sup>. Les difficultés d'une entreprise pourraient être aggravées sans la confidentialité par des actions individuelles de créanciers ou partenaires voulant se prémunir brutalement d'une défaillance que l'on cherche à éviter.<sup>21</sup> Par définition, un partenaire est une personne

associée à une autre dans un exercice professionnel ou alors une personne avec qui quelqu'un est allié.<sup>22</sup> En nous inspirant de cette définition, nous pouvons dire que le partenaire d'une entreprise soumise à une procédure préventive de conciliation, est toute personne avec qui elle entretient des relations commerciales soit d'achat, de livraison ou de fourniture de biens ou services.

Les partenaires d'une entreprise sont d'une importance indéniable dans le développement économique de celle-ci. Ils contribuent à près de quatre-vingt-dix pour cent dans la réalisation des objectifs économiques que l'entreprise s'est fixée. La relation qu'elle entretient avec ceux-ci est d'une importance majeure sur laquelle repose son essor développementaliste. A cet effet, l'idée de perdre un atout aussi capital ne peut être approuvée, même si l'entreprise traverse une situation financière difficile. Pour permettre la négociation loyale d'accords préservant les intérêts de tous, l'entreprise doit gagner la confiance de ses partenaires et confier toute l'information utile la concernant pour permettre aux parties de s'entendre communément sur l'état des lieux, la compréhension de l'origine des difficultés, les solutions pour les résoudre et les perspectives<sup>23</sup>. De plus, si ces informations ne sont pas partagées entre les parties, aucune solution négociée ne pourra aboutir, chacun pouvant penser que l'autre n'affiche pas la réalité de la situation. La confidentialité est ainsi le seul élément qui peut permettre une parfaite transparence entre les parties concernées.

La confiance des partenaires pourra donc être préservée dans deux situations. La première est celle dans laquelle le débiteur porte à la connaissance de ceux-ci les réalités que traverse l'entreprise sur le plan financier. La seconde est celle dans laquelle l'information est occultée à l'égard des fournisseurs.

Dans la première situation, le débiteur qui emprunte cette option est exposé à plusieurs conséquences négatives pour la majeure partie. En effet, lorsque les partenaires sont informés de l'état financier difficile de l'entreprise, bien qu'il soit passager, ces derniers pourront soit rompre toute relation d'affaire avec l'entreprise, soit faire confiance en la procédure préventive de conciliation en cours. S'ils prennent la première option, l'entreprise perdra ainsi, en plus de sa situation financière difficile, des alliés privilégiés. Cette rupture de la relation d'affaire pourra impacter sérieusement sur la continuité des activités dont la réalisation favoriserait plus tard le respect des termes de l'accord amiable si la procédure connaît un dénouement satisfaisant. L'impact précisément négatif pourra même précipiter l'entreprise à la cessation des paiements<sup>24</sup>, dont la

<sup>17</sup> Cf. dictionnaire de la langue française Le Grand Robert, voir le mot « préserver »

<sup>18</sup> Cf. article 5-5 de l'Acte uniforme révisé portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

<sup>19</sup> Moussa OULD EBA, *Le rôle de l'information en droit des entreprises en difficulté*, thèse de doctorat, Université Toulouse 1 Capitole, p.245

<sup>20</sup> Y. GUYON, « La transparence dans les procédures collectives », Petites affiches, 21 avril 1999 n° 79, P. 8

<sup>21</sup> H, BOURBOULOUX « Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés », Bulletin Joly Entreprises en Difficulté, 01 mai 2012 n° 3, P. 183

<sup>22</sup> Cf. dictionnaire Le Grand Robert de la langue française, voir le mot « partenaire ».

<sup>23</sup> H, BOURBOULOUX *op cit.* P.183

<sup>24</sup> Lorsque la cessation de paiement est constatée, cela donne obligation à l'ouverture d'une procédure curative

constatation met l'entreprise sous redressement judiciaire.

Par contre, lorsque les partenaires choisissent la seconde option c'est-à-dire faire confiance à la procédure de conciliation ouverte, ils permettront à l'entreprise de poursuivre non seulement ses activités économiques et en même temps, garantir une bonne et saine exécution de l'accord amiable obtenu en cas de succès de la procédure. Ainsi, l'on pourra assister à une collaboration étroite et étanche entre le débiteur et ses partenaires même si ceux-ci ne prennent pas part aux négociations. Cependant, il est important de préciser que, dans l'un comme dans l'autre cas évoqué dans les précédents développements, la confidentialité n'est pas suffisamment garantie, dans la mesure où, les partenaires qui seront informés de la situation financière difficile de l'entreprise et partant de l'ouverture d'une procédure préventive de conciliation peuvent violer le secret de celle-ci et la porter à la connaissance de tous. Raisons pour laquelle, une révélation au partenaire du déroulement d'une procédure par nature discrète semble ne pas être une option idéale.

En ce qui concerne la deuxième situation, c'est-à-dire celle dans laquelle l'information sur le statut de l'entreprise est occultée, paraissant être la plus louable, elle permet de certifier le droit reconnu aux chefs d'entreprise de se taire<sup>25</sup> sur la difficulté de la structure dont il a la charge. En raison de la primauté du crédit, le chef d'entreprise pourra décider de se taire sur les difficultés passagères pour ne pas perdre la confiance de ses partenaires notamment ses fournisseurs et ses clients. En gardant le silence sur ses difficultés, l'entreprise se mettrait à l'abri de la curiosité de ses concurrents et ses partenaires et éviterait ainsi la remise en cause de sa crédibilité. Car, si l'entreprise s'expose à la curiosité de ses partenaires et de ses concurrents, son crédit sera inévitablement atteint. Elle sera, selon les propos du doyen GUYON, « précipitée encore plus vite et de manière encore plus inéluctable vers la cessation des paiements »<sup>26</sup>

Outre ces considérations stratégiques, le choix de silence et de discrétion n'est pas en contradiction avec les grandes lignes du droit des entreprises en difficulté. Au contraire, il correspond aux objectifs de la prévention des difficultés et à l'esprit de responsabilisation des dirigeants qui inspirent les dernières réformes du droit des entreprises en difficulté.<sup>27</sup> Par exemple, en droit français, dans la

procédure d'alerte, le commissaire aux comptes doit respecter des étapes progressives pour diffuser l'information sur les difficultés de l'entreprise<sup>28</sup>. Il doit donner au chef d'entreprise la possibilité de réagir et de prendre les décisions nécessaires avant de remonter l'information au président du tribunal, au conseil d'administration, au comité d'entreprise ou à l'assemblée générale.

La confiance des partenaires est ainsi garantie à travers l'ignorance de la situation financière de l'entreprise. La confidentialité de la conciliation ouverte joue donc un rôle majeur dans la réalisation des objectifs de développement.

## **B- La préservation du secret des informations divulguées**

Le débiteur soumis à la procédure préventive de conciliation est astreint de mettre à découvert des informations qui, pendant la bonne marche des activités de l'entreprise, étaient couvert par le sceau du secret. Cette situation forte gênante peut constituer un vecteur sérieux dans l'essor économique de l'entreprise. C'est la raison pour laquelle, la confidentialité consacré comme levier fondamentale de la conciliation, permet une préservation de ce secret qui se décline en gestion sérieuse et efficace de ces informations lorsqu'elles doivent être divulguées (1). Cette efficacité ne peut être complète que si les destinataires de ces informations sont circonscrits (2).

### **1- La gestion des informations secrètes**

Une information couverte par le secret ne peut être gérée sereinement qu'à travers l'usage de bonnes techniques (b). Ces dernières ne pourront être efficaces que si le contenu desdites informations ou données secrètes est précisé (a)

#### **a- Le contenu des informations secrètes**

La gestion des informations secrètes est un pan essentiel dans la préservation du secret des informations divulguées par l'entreprise. Parmi celles-ci sont contenues des données que l'entreprise range dans le strict secret des affaires. Seulement, en quête d'un accord avec ses créanciers et cocontractant dans la conciliation, la discrétion s'estompe dès lors que le chef d'entreprise, étant sous contrainte, divulgue certaines informations aux personnes appelées à la négociation. Toutefois, pour une bonne gestion de ces informations secrètes, le chef d'entreprise le chef n'est pas obligé de révéler ses difficultés tant que son silence n'est pas préjudiciable aux intérêts légitimes de ses partenaires. En fonction du crédit de l'entreprise et de la gravité des difficultés, le chef d'entreprise peut décider de se taire ou de profiter du concours de ses partenaires. Mais, lorsqu'il décide de demander le soutien de ceux-ci, il doit les

connu en droit OHADA des entreprises en difficulté sous le vocable de redressement judiciaire.

<sup>25</sup> Moussa OULD EBA, *op cit.* p.245

<sup>26</sup> Y. GUYON « *La transparence dans les procédures collectives* », *op. cit.*

<sup>27</sup> A. MARTIN-SERF « *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, mesures et actes conservatoires* » cité par Moussa OULD EBA, *Le rôle de l'information en*

droit des entreprises en difficulté, thèse de doctorat, Université Toulouse 1 Capitole, p.245.

<sup>28</sup> C. com., art. L. 234-1.

informer de la situation de l'entreprise. Là encore en raison de la nécessité de préservation du crédit de l'entreprise, le chef d'entreprise a un grand intérêt à limiter l'accès à cette information<sup>29</sup>.

Ainsi, la confidentialité apparaît comme un outil efficace dans l'atteinte d'un objectif tout aussi nécessaire. Lorsque le débiteur ou le chef d'entreprise selon le cas conserve certaines données secrètes, cela est lié au bien-être de l'entreprise. L'objectif principal du secret est d'assurer la sécurité des profits et d'acquérir une position dominante licite sur le marché.<sup>30</sup> La conciliation brise certes ce socle, mais cette brisure n'est que partielle car, le débiteur ne transmet ces informations qu'à l'égard des personnes concernées directement par l'accord amiable recherché. Cette divulgation à un intérêt non négligeable. En effet, il faudrait montrer aux créanciers et cocontractants une certaine loyauté et sincérité dans le rétablissement de la situation financière de l'entreprise. Les informations contenues dans le cercle secret de l'entreprise peuvent avoir plusieurs caractéristiques.

Par définition, le secret des activités des opérateurs économiques est tantôt défini comme un ensemble de connaissances, d'informations confidentielles cachées qui ne sont connues que d'un nombre très limité de personnes<sup>31</sup> ou bien comme un ensemble d'informations accessibles à un nombre limité de personnes et que l'entreprise est en droit de conserver pour elle<sup>32</sup>. Si les deux définitions ont quelques points de similitudes, la seconde a le mérite de mieux dégager les caractéristiques de l'information secrète. Mais la principale caractéristique est la confidentialité que revêt l'information secrète.

Ainsi, Propriétaire des informations confidentielles au sein de l'entreprise, le chef d'entreprise qui la représente ne peut s'en prévaloir que si celles-ci sont assorties du secret. Il est à la fois l'élément déterminant de la qualification de l'information confidentielle et son seul moyen de protection<sup>33</sup>. L'occultation de l'information marque le degré du secret dans la vie des affaires de tous les jours. Seul son titulaire peut l'apprécier et le juge ne peut le déterminer que dans l'intime sentiment du plaideur<sup>34</sup>.

L'objectif principal du secret est d'assurer la sécurité des profits et d'acquérir une position

dominante licite sur le marché<sup>35</sup>. Par conséquent, on peut reconnaître avec la pratique et la doctrine que les informations couvertes par la confidentialité sont celles tenant à sa rentabilité, sa clientèle, ses pratiques commerciales et ses coûts de marché.<sup>36</sup> Certaines données sensibles d'ordre commercial dont la propagation dans le public est de nature à ruiner définitivement le crédit des activités de l'entreprise<sup>37</sup> en font également partie. Toute divulgation de cette catégorie d'information a une conséquence grave sur sa santé économique<sup>38</sup>.

De ces biens précieux de l'entreprise dépendent sa fiabilité économique et financière. Il va donc sans dire que son vol peut être assimilé en valeur au hold-up d'une banque car il prive des milliers de gens d'une partie de leurs revenus<sup>39</sup>. Cette place importante qu'occupe le secret dans la qualification de l'information permet par ailleurs de distinguer l'information confidentielle de l'information courante.

En effet, l'information courante, à l'opposé de l'information confidentielle, est celle qui concerne les affaires ordinaires de l'entreprise c'est-à-dire les informations concernant le fonctionnement quotidien de l'entreprise. Quelque fois dénommée «*commonknowledge*»<sup>40</sup> c'est-à-dire connaissance publique, l'information courante manque d'originalité et de précision. Faisant partie du domaine public, elle est un bien *resnullius* qui n'appartient à personne. Sa divulgation dans le public n'ayant pas de conséquence sur les activités de l'entreprise, elle semble dans ce contexte être la chose de tous. Elle circule librement et n'est plus la propriété de certains privilégiés de l'entreprise.

#### **b- Les techniques de gestions des informations couvertes par le secret**

Le débiteur personne physique et les représentants de la personne morale sont les seuls détenteurs du droit de demander l'ouverture d'une procédure préventive de conciliation. La demande d'ouverture est soutenue par l'existence d'une difficulté passagère connue de ces seules personnes d'une manière générale. Les informations donnant

<sup>29</sup> D. Contra LEGAIS Droit commercial des affaires, 14<sup>ème</sup> éd ARMAND COLIN, 2001. p.14, n°28.

J-P. COURTHOUX, «*Faut-il condamner le secret des affaires ?* » Op. cit.

<sup>30</sup> B. GENESTE, «*Le secret d'affaires en droit communautaire et en droit français de la concurrence,* » Dalloz.

Affaires, 1997, n° 39, p.127.

<sup>31</sup> B., BOULOC «*Le secret des affaires* », D. P. C. I, 1990, n°1, p.19.

<sup>32</sup> C. A. Rennes 30 mars 1983, Rev. Jurisp. Com. 1984, p. 30, note LE FONTBRESSIN (P.).

<sup>33</sup> M. TADIC, «*Secret des affaires et devoir d'information, Etudes et document du comité national Belge de l'organisation Scientifique* », n° 293/ 1967, p 14

<sup>34</sup> P. PORTIER –DUPARC, *Protection de l'information confidentielle en droit anglais*, Thèse, op. cit., p.50.

<sup>29</sup> Moussa OULD EBA, thèse de doctorat, op. cit. p.247

<sup>30</sup> J-P. DARTIGUE –LONGUE «*Le secret dans les relations juridiques,* » Bordeaux, 1968, p.18

<sup>31</sup> F-D. NGO SICK, *Le secret dans les relations contractuelles*, Thèse, Bordeaux, 2000, p. 9, n°3

<sup>32</sup> J. HUET, «*Le secret commercial et transparence de l'information* », op. cit, p. 10.

<sup>33</sup> P. PORTIER-DUPARC *Protection de l'information confidentielle en droit anglais*, Thèse, Montpellier, 1998 38, n° 10.

<sup>34</sup> J. -P. DARTIGUE –LONGUE *Le secret dans les relations juridiques*, Thèse, op. cit., p.18, n°4

lieu à la constatation d'une telle situation sont par nature secrètes. Ainsi, afin de pérenniser cette confidentialité contenue dans l'information secrète, les détenteurs doivent développer des techniques ou méthodes pouvant permettre une bonne gestion desdites informations. Selon certains auteurs, le secret à lui seul constitue, tout comme la transparence, un principe de bonne gestion<sup>41</sup>.

Mais une technique de gestion efficace en dehors du secret ne serait pas exorbitante. La première méthode peut être dégagée des dispositions de l'article 5-4 de l'Acte uniforme révisé portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. En effet, il s'agit de la désignation du conciliateur. Cette étape très importante ne doit pas être prise à la légère car un conciliateur désigné avec négligence sur sa personne pourrait être fatal dans la sécurisation du secret des informations de l'entreprise mises à sa disposition.

En droit français par exemple, La demande de désignation d'un mandataire ad hoc ou de l'ouverture d'une procédure de conciliation doit être adressée au président du tribunal de commerce ou de grande instance en quatre exemplaires, datée et signée. Elle doit exposer la situation économique, sociale et financière de l'entreprise ainsi que ses besoins de financement. L'article R. 611-22 du Code de commerce dénombre plusieurs catégories d'information qui doivent être jointes à la demande. Il s'agit en particulier de l'extrait d'immatriculation, de l'état des créances et des dettes, de l'état actif et passif des sûretés et des engagements hors bilan, des comptes annuels, du tableau de financement et de la situation de l'actif réalisable et disponible, valeurs d'exploitation exclues, et du passif exigible des trois derniers exercices.<sup>42</sup>

Enfin, pour bénéficier d'une procédure de conciliation, le débiteur doit attester sur l'honneur de l'absence de procédure de conciliation dans les trois mois précédents la date de la demande.<sup>43</sup> Le président du tribunal dispose aussi différentes prérogatives pouvant lui permettre de recueillir des informations<sup>44</sup>. Il peut convoquer le dirigeant pour recueillir des informations<sup>45</sup>. La levée du secret est ainsi motivée par la demande d'ouverture de la procédure amiable et la nécessité d'appréciation de la situation de l'entreprise en difficulté. Il convient toutefois de préciser que la coopération des personnes interrogées n'est pas certaine, dans la mesure où le président du tribunal ne dispose pas de

pouvoir coercitif. Il ne peut pas « *exiger une communication forcée en application de l'article 10 du Code de procédure civile ou encore, à défaut de litige, ordonner une mesure d'instruction in futurum* »<sup>46</sup>

En droit OHADA, le débiteur transmet des informations au président de la juridiction compétente accompagnée de la demande d'ouverture de la conciliation. Le législateur communautaire énumère dans l'Acte uniforme, l'ensemble des données sur lesquelles repose le renseignement.<sup>47</sup> Le débiteur contraint de les fournir dans la mesure où cela favorise l'ouverture de la procédure sollicitée, doit pouvoir usité de stratégies permettant de garantir que seul le juge pourra entrer en connaissance de ces informations. Pour ce fait, il pourra par exemple, lors du dépôt, renfermer les documents dans une enveloppe assortie d'un système de verrouillage à ouverture unique en plus d'une empreinte se rattachant à l'identification de l'entreprise. Ceci pourra éviter l'éveil de toute curiosité à l'égard de toute personne pouvant entrer en possession desdits documents, le greffier en premier chef.

## 2- La restriction des destinataires de l'information

Pour améliorer et préserver le secret des informations à divulguer, il faudrait que les destinataires soient circonscrits avec précision. C'est ainsi qu'on pourra retrouver les destinataires privilégiés (a) à côté des autres destinataires de l'information (b).

### a- Les destinataires privilégiés

Le débiteur porte l'information en priorité aux acteurs de la procédure de conciliation. Par acteurs nous entendons toutes les personnes susceptibles d'être appelées à la table des négociations permettant l'obtention de l'accord amiable. Ainsi ceux-ci sont les créanciers principaux, les cocontractants, le conciliateur et le juge. Cependant, une question mérite d'être posée, celle de savoir si ces différents protagonistes ont droit à l'information secrète au même titre. A priori, une réponse positive s'impose dans la mesure où ils sont tous concernés par la procédure en cours et partagent un souci identique à savoir son succès.

A cet effet, en procédant à une classification, le conciliateur et le juge sont les « *super privilégiés* » de l'information secrète que suit les créanciers principaux et cocontractant du débiteur. Pour ce qui concerne le cas des « *super privilégiés* », leur classement dans cette catégorie dénote de ce que, le rôle qu'ils jouent exige que les informations leurs soient communiquées en totalité sans limite pour permettre une connaissance suffisante de la situation financière du

<sup>41</sup> D. KESSLER *L'entreprise entre transparence et secret*, pouvoirs, 1997, 2001, p. 45

<sup>42</sup> L. ANTONINI-COCHIN et L. C. HENRY, *L'essentiel du droit des entreprises en difficulté*, GUALINO, 3<sup>ème</sup> éd. 2012, p. 43

<sup>43</sup> F.-X. LUCAS et H. LÉCUYER, cité par Moussa OULD EBA, *op cit.* p.251.

<sup>44</sup>C. com., art. L. 611-6

<sup>45</sup>C. com., art. L. 611-2

<sup>46</sup> Cf. L. ANTONINI- COCHIN et L.-C. HENRY ., *op. cit.* p. 45.

<sup>47</sup> Cf. article 5-2 de l'Acte uniforme révisé portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

débiteur afin de mener à bien la conciliation ouverte. L'information du juge est fondée sur le privilège que lui donne la loi déclarer la procédure ouverte.

De ce fait, pour prononcer une décision d'ouverture suffisamment motivée, il doit être informé sur l'état de l'entreprise demanderesse au plus haut point. Le législateur OHADA a pris conscience de cette nécessité en indiquant dans l'AUPCAP, une liste de données à communiquer au juge. Cette liste étant certainement limitative<sup>48</sup>, il n'est nullement interdit au juge de demander, d'autres documents supplémentaires, même absent de la liste de l'Acte Uniforme, selon l'information qu'il cherche. Le conciliateur quant à lui a besoin de certaines données de l'entreprise même si celles-ci sont secrètes. Le législateur lui attribue une mission qui consiste à favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ou le cas échéants, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés financières de l'entreprise.<sup>49</sup> A cette fin, tout renseignement utile doit lui être communiqué quel que soit leurs natures, car s'il est mal informé, il pourra mal accomplir la tâche qui est sienne. A ce titre, il reste un privilégié favori des informations secrètes que doit divulguer le débiteur.

A côté du juge et du conciliateur se trouvent d'autres acteurs qui ont aussi droit à l'information secrète. Seulement, celle-ci leurs est transmis avec une certaine réserve. Il est vrai que la négociation permettant de rétablir la situation financière de l'entreprise s'oriente à leur égard. On peut d'ailleurs comprendre la raison pour laquelle le législateur n'a pas énoncé les situations de renseignement dont ils font l'objet. Au cours des négociations, le débiteur ne peut leurs transmettre que les données qu'il juge lui-même nécessaires à amener ses créanciers principaux à conclure l'accord amiable. Les informations alors transmises sont protégés par la confidentialité de la procédure préventive de conciliation. Mais, il peut avoir des cas où celles-ci soient communiquées à d'autres personnes à l'initiative du débiteur. Ils occupent donc le rang de destinataires subsidiaires ou secondaires.

#### **b- Autres destinataires de l'information secrète**

Les destinataires secondaires des informations secrètes sont l'ensemble des acteurs qui, en collaboration avec le chef d'entreprise dans la gestion des affaires courantes de la structure, ont droit de

<sup>48</sup> Cette l'imitativité se déduit du langage du législateur qui déclare à l'article 5-2 alinéas 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif que « la requête est accompagnée des documents suivants, datant de moins de trois mois ». En effet le terme « suivant » traduit une précision dans l'énumération qui est faite c'est-à-dire que celle-ci est complète et limitée.

<sup>49</sup> Cf. article 5-5 alinéa 1<sup>er</sup> de l'Acte uniforme révisé portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

recevoir des informations secrètes afin de mener à bien leurs missions. Les classer en tant que destinataires secondaires est lié au fait que la transmission des informations secrètes ne s'impose pas au détenteur qui peut choisir de ne pas utiliser ce mode de gestion. Lorsque la procédure de conciliation est ouverte contre le débiteur, il peut arriver que ce dernier prenne la résolution de communiquer à certains collaborateurs le contenu de certaines informations secrètes dont la connaissance est nécessaire pour l'accomplissement de certaines tâches surtout en son absence. Lorsque le débiteur est une personne morale, le dirigeant personne physique ne peut pas être partout à la fois car la continuité des activités est obligatoire, de peur d'entrer en cessation de paiement. A cet effet, pour assurer cette exigence, il peut confier des données confidentielles à d'autres personnes qu'il juge aptes à l'accomplir sereinement.

Rentrant dans ce cadre, la confidentialité facilite alors cette situation dans la mesure où, les représentants du chef d'entreprise auprès des tiers en son absence, peuvent ignorer l'existence de l'ouverture d'une conciliation tout en étant en connaissance de certaines informations rangées secrètes. La discrétion de la procédure préventive protège ainsi les informations divulguées car les destinataires secondaires seraient tenus à une absence publicité des données à eux transmises sous crainte d'une sanction d'origine hiérarchique ou légale.

Dans le souci d'assurer la distribution et de maintenir un contact permanent avec la clientèle<sup>50</sup>, le commerçant est amené à faire recours à une série d'intermédiaires indépendants et professionnels. Il peut alors être astreint de transmettre des informations à ces personnes afin que celles-ci puissent accomplir certaines tâches en ses lieux et place. Dans le but de favoriser ainsi un accomplissement fidèle des missions qui leurs a été confiées, le chef d'entreprise, par ailleurs détenteur des informations secrètes, sera dans l'obligation de transmettre celles-ci aux concernés. Cette transmission, bien qu'elle ne soit pas complète, traduira l'idée selon laquelle les informations secrètes peuvent passer de la main de son détenteur attiré aux autres personnes.

### **III- LA CONFIDENTIALITE, VECTEUR D'EFFICACITE DE LA PROCEDURE DE CONCILIATION**

La confidentialité entendue comme étant la mise sous secret des informations dont la divulgation peut s'avérer fatale à l'entreprise est caractérisée par plusieurs vertus. La plus importante de celles-ci se trouve dans la facilitation de l'atteinte de l'objectif

<sup>50</sup> R.-Y. NGO NDJIGUI, *Les intermédiaires de commerce dans l'acte uniforme OHADA portant droit commercial général*, Mémoire. D. E. A. Dschang. 1999, p.1, n° 7

d'efficacité de la procédure préventive de conciliation. Une procédure n'a de valeur que lorsqu'elle est efficace. Partant de ces deux définitions, la procédure préventive est efficace lorsqu'elle atteint l'effet auquel s'attendait le débiteur dès l'introduction de sa demande d'ouverture. Ainsi, la confidentialité assure l'efficacité de la conciliation à travers sa présence imposée de manière générale dans la procédure. **(A)** Cependant, cette atout est fragilisé par certaines atteintes qu'elle subit dans mise en œuvre de la procédure de conciliation. **(B)**

### **A- Une efficacité certaine par l'imposition générale de la confidentialité**

Le législateur OHADA tout comme celui français qui l'inspire, a consacré une nouvelle préventive dénommée la conciliation qui permet de trouver un accord entre le débiteur et ses créanciers principaux, afin de relever la situation financière de l'entreprise en chute. Pour assurer l'efficacité de la procédure, il a introduit le principe de confidentialité qui se manifeste de diverses manières. La lecture de l'Acte uniforme révisé portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif établit les différentes figures que la confidentialité peut arborer **(1)**. De plus au vu de son importance, ce principe est forcément accompagné d'une protection favorisant sa mise en application **(2)**

#### **1- Les figures de la confidentialité**

La discrétion, en tant qu'exigence fondamentale et essentielle de la procédure préventives de conciliation, est imposée tant à l'égard des personnes **(a)** que sur les actes nés de la procédure **(b)**.

#### **a- La confidentialité sur les personnes**

La consécration de la confidentialité à l'égard des personnes dans la conciliation n'est pas une innovation du législateur OHADA. Son homologue français en a fait de même. Cela se justifie aux termes des dispositions de l'article L611-15 du Code de commerce français qui dispose « Toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité ». Le législateur OHADA n'a pas employé la même formule. En effet l'article 5-1 alinéa 3 édicte que « Toute personne qui a connaissance de la conciliation est tenue à la confidentialité ». La formule africaine semble limiter la confidentialité aux seules personnes qui ont connaissance de son ouverture. Une telle interprétation peut- elle être préjudiciable à l'esprit du législateur au moment de la rédaction de cette disposition ? À notre avis, une réponse négative s'impose dans la mesure où, l'expression « toute personne qui en a connaissance » traduit à suffisance la généralisation sur le plan personnel de la confidentialité en tant obligation fondamentale à la procédure préventive.

Une obligation s'impose ainsi à l'égard des personnes liées de quelque manière que ce soit à la

procédure préventive de conciliation. Il peut s'agir des acteurs principaux de la procédure c'est-à-dire le débiteur, les créanciers principaux et le cas échéant, les cocontractants ; des acteurs secondaires que sont le juge et le conciliateur. A ceux-ci s'ajoute d'autres personnages qui, dans l'accomplissement de leur tâche dans l'entreprise peuvent être en connaissance de l'ouverture d'une procédure préventive de conciliation, notamment les salariés, commissionnaires ou l'agent commercial<sup>51</sup>. Ces différents acteurs sont tenus à une prise en considération du caractère confidentiel de l'information qui leurs sera transmis au cours de la procédure. La confidentialité constitue donc un nouveau mécanisme de préservation du secret de l'entreprise.<sup>52</sup> L'information est également être partagée par ce groupe de personnes en raison notamment des exigences de la coopération.

#### **b- La confidentialité sur les actes**

Plusieurs actes naissent au cours du déroulement de la procédure préventive de conciliation. Ceux-ci émanent pour la majorité, du président de la juridiction compétente saisi par le débiteur. Ils n'ont pas été épargnés par le législateur en ce qui concerne la mise en œuvre du principe de confidentialité. Ainsi, de l'ensemble des dispositions qui régissent la procédure de conciliation, divers actes sont couverts de la discrétion ; une discrétion que la loi elle-même prescrit explicitement.

Le premier acte déclaré confidentiel est la décision d'ouverture rendue par le président du tribunal après examen de la demande du débiteur. Le législateur manifeste sa confidentialité à travers l'expression « aucune publicité ». En effet, l'article 5-4 de l'Acte uniforme dispose que : « *La décision ouvrant la conciliation ou rejetant la demande d'ouverture ne fait l'objet d'aucune publicité* ». Cela signifie que, dès lors que le président du tribunal rend la décision d'ouverture, aucun moyen permettant sa divulgation ou sa mise à la disposition du public ne doit être utilisé. Le législateur le proscribit formellement. Ainsi, le tout premier acte pris par le juge est couvert par la confidentialité. Le législateur communautaire africain s'est démarqué ici de son homologue français qui l'a inspiré dans la mesure où, ce dernier autorise que la décision d'ouverture soit communiqué au ministère public<sup>53</sup>. La décision ouvrant la procédure de conciliation est communiquée à ce dernier dans plusieurs cas.

Par ailleurs justification de cette communication existent. Elle permet d'exercer un recours contre cette

<sup>51</sup> R.-Y. NGO NDJIGUI, *le secret des affaires dans les pays de l'espace OHADA et en droit français. Thèse de doctorat, Université d'Evry Val d'Essonne*, p.41

<sup>52</sup> Moussa OULD EBA, thèse de doctorat, op. cit. p.256

<sup>53</sup> Cf. article L. 611-6 du Code de commerce français. Voir également C. DELATTRE, « Le secret des affaires – La confidentialité des procédures », *Droit des sociétés* n° 1, Janvier 2012, étude 2, p.4

décision notamment si une précédente conciliation a déjà été ouverte dans un délai inférieur à trois mois en contradiction avec dispositions de L. 611-6, alinéa 2, in fine du code de commerce ; vérifier les éventuelles incompatibilités lors de la désignation d'un professionnel ; s'assurer, enfin, que le choix procédural de la conciliation n'est pas contraire au cadre légal c'est-à-dire s'assurer que le bénéficiaire de la conciliation ne se trouve pas en état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours<sup>54</sup>. D'autres destinataires de l'information de la décision d'ouverture s'ajoutent au ministère public<sup>55</sup> ; il s'agit du commissaire aux comptes lorsque le débiteur est soumis au contrôle légal de ses comptes, de l'ordre professionnel ou à l'autorité compétente dont le débiteur relève notamment. Le système OHADA s'est montré très réservé en ce qui concerne cette communication de la décision d'ouverture. Pour le législateur africain, cet acte ne doit en aucun cas être porté à la connaissance des tiers. C'est une exigence légale.

Le deuxième acte est la décision qui met fin à la conciliation ainsi qu'à la mission du conciliateur. L'Acte uniforme révisé portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif prescrit qu'elle ne doit pas être publiée traduisant alors son caractère confidentiel<sup>56</sup>. La confidentialité qui se définit à travers cette disposition s'inscrit dans le cadre de la manifestation légale du principe. Un principe qui doit être présent à tous les niveaux de la procédure, favorisant ainsi son efficacité. Cependant, le législateur précise des cas de transmission de la décision à certaines personnes. Il s'agit en l'occurrence du débiteur, le conciliateur ainsi que les créanciers et cocontractants<sup>57</sup>. Mais cette transmission peut-elle remettre en cause le principe de confidentialité ? À l'évidence non dans la mesure où les destinataires de la notification de la décision mettant fin à la conciliation sont tous sous le socle de ce principe. Le législateur a tout simplement au-delà d'autres considérations, préservé la discrétion des événements pouvant survenir au cours de la procédure préventive.

Le troisième acte est la décision d'homologation ou d'exéquatur de l'accord amiable signé par les protagonistes. La loi exige que cet acte ne fasse l'objet d'aucune publicité.<sup>58</sup>

## 2- La protection de la confidentialité

Les garanties de la confidentialité n'ont pas été prévues par les textes. Le mutisme du législateur

<sup>54</sup> C.com., art. L. 611-4. Le but est d'éviter les recours à une procédure *contra legem*. Ceci se justifie par le lien de plus en plus étroit que fait la jurisprudence entre la prévention et les sanctions.

<sup>55</sup> C. DELATTRE, « *Le secret des affaires – La confidentialité des procédures* », op cit.

<sup>56</sup> Cf. article 5-9 in fine de l'Acte uniforme révisé précité.

<sup>57</sup> Cf. art 5-9 de l'Acte uniforme révisé.

<sup>58</sup> Cf. art 5-10 alinéa 1<sup>er</sup> de l'Acte uniforme révisé précité.

OHADA en ce sens s'avère inquiétant dans la mesure où, marquant à attachement sans limite à un tel principe, on pouvait s'attendre à la mise en œuvre d'un ensemble de mesures pouvant permettant de rassurer les acteurs que la confidentialité est non seulement obligatoire, mais aussi coercitive. Toutefois, en considérant la confidentialité comme un principe<sup>59</sup> fondamental dans la procédure préventive de conciliation, sa valeur ne peut être préservée que s'il est protégé. La protection de la confidentialité peut se faire à travers l'existence de sanctions tant civiles (a) que pénales (b) en cas de violation.

### a- Les sanctions civiles

Toute personne qui ne respecte pas le principe de confidentialité dans la procédure préventive de conciliation peut être soumise à une sanction civile. Le législateur OHADA est certes muet sur la question, mais au regard de la nature du principe dans la conciliation c'est à dire une obligation, on peut dire avec une certaine certitude que l'auteur de la violation de cette obligation est civilement punissable. La sanction civile applicable dans ce cas n'est rien d'autre que la responsabilité civile.

Par définition, la responsabilité civile est l'obligation de réparer le préjudice résultant soit de l'inexécution d'un contrat, soit de la violation du devoir général de ne causer aucun dommage à autrui par son fait personnel, ou du fait des choses dont on a la garde, ou du fait des personnes dont on répond ; lorsque la responsabilité n'est pas contractuelle, elle est dite délictuelle ou quasi-délictuelle<sup>60</sup>. Le principe de confidentialité apparaît dans la procédure préventive de conciliation sous la forme d'une obligation. Cela e justifie à travers l'expression du législateur à l'article 5-1 alinéas 3 de l'Acte uniforme révisé portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. En effet, celui-ci emploie le terme « . est tenue à la confidentialité ». A cet effet, la source de la responsabilité civile à retenir en cas de non-respect du principe de confidentialité est l'obligation qui elle tire sa source de la loi.

Cependant, pour mettre en œuvre la responsabilité civile, il faut d'abord distinguer lequel de ses deux composantes engager c'est-à-dire, faire un choix un choix entre la responsabilité civile délictuelle et celle contractuelle. Le choix ne se fait pas bien-entendu au

<sup>59</sup> La classification de la confidentialité de la conciliation en tant que principe de droit est l'œuvre de plusieurs français pour la plus part. On peut citer Hélène BOURBOULOUX in Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés, Bulletin Joly Entreprises en Difficulté, 01 mai 2012 n° 3, Yves GUYON in *La transparence dans les procédures collectives*, Christophe Delattre in « *Le secret des affaires – La confidentialité des procédures* », Droit des sociétés n° 1, Janvier 2012, étude 2, p.4, notamment

<sup>60</sup> Cf. Valérie LADEGAILLERIE, LEXIQUEDETERMES JURIDIQUES, ANAXACORA, collection numérique, voir le mot « responsabilité » p.145.

hasard. Tandis que la deuxième forme a pour domaine le contrat, la première concerne tous les manquements nés en dehors d'un contrat. Pour ramener cette analyse à la violation du principe de confidentialité de la conciliation, la responsabilité susceptible d'être engagée est celle délictuelle dans la mesure où, l'obligation manquée ici est d'origine légale et non contractuelle. Cela signifie que, si une personne soumise à l'obligation de confidentialité prescrite dans la procédure préventive de conciliation faillit à son respect, seule la responsabilité civile délictuelle pourra être mise en œuvre. Il s'agira précisément de la responsabilité du fait personnel édictée par, les articles 1382 et 1383 de du Code civil. Toutefois, qui peut mettre en œuvre une telle responsabilité ? L'Acte uniforme étant muet sur la question, tout porte à croire que l'action revient à celui à qui l'obligation de confidentialité instaurée par la fois profite majoritairement c'est à-dire le débiteur.

L'action en responsabilité délictuelle se présente au débiteur victime de l'indiscrétion comme une planche de salut voire un « *ultimum subsidium* » puisque celui-ci ne dispose plus d'aucune voie juridique pour faire sanctionner l'indiscret ou le bénéficiaire de l'indiscrétion. « *Bon samaritain toujours disponible* », selon l'expression de messieurs les professeurs Philippe LE TOURNEAU et Loïc CADIET<sup>61</sup>.

En effet, étant directement concerné par la procédure et bénéficiaire de premier rang des atouts que la discrétion qui accompagne la procédure fournis, il est évident que l'on lui reconnaisse sa mise en œuvre. Au-delà de toute autre considération juridique, la mise en œuvre de la responsabilité civile délictuelle du fait personnel est soumise à une trilogie c'est à dire à l'existence d'une faute, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage. L'analyse de ces trois conditions permet de constater que, le débiteur ne pourra engager la responsabilité que si la violation du principe de confidentialité lui a été préjudiciable c'est-à-dire a fait naître un dommage, car si la faute réside dans la violation du principe, il faudrait que cette violation cause un dommage au débiteur afin que la responsabilité soit mise en œuvre. Le préjudice correspondant au dommage subi pourra être par exemple la perte de la confiance des partenaires clés de l'entreprise la perte de tout ou partie d'une clientèle et donc d'un volume d'affaires.<sup>62</sup> Peu importe que cette clientèle ait été détournée au profit de l'auteur des faits ou non.<sup>63</sup> Le

dommage peut aller plus loin et toucher la rentabilité des investissements.<sup>64</sup>

Ces solutions jurisprudentielles sont équitables dans la mesure où par la divulgation des renseignements secrets de l'entreprise, le tiers concurrent bénéficiaire de ceux-ci, peut avoir devancé le propriétaire des faits secrets en utilisant ses stratégies commerciales. Il s'ensuit que la victime accuse une grande perte de la rentabilité de ses investissements. Cela explique une fois de plus le caractère patrimonial du préjudice concurrentiel.<sup>65</sup> Le débiteur qui établit ces différentes conditions est alors admis à réclamer réparation. En vertu de l'adage « *actor sequitur forum rei* », la juridiction compétente pour connaître de l'action sera le lieu de domicile du défendeur c'est-à-dire celui ayant commis la faute. La réparation peut être par nature ou pécuniaire. Son étendu est fondé sur le principe de la *réparation intégrale* du préjudice c'est-à-dire, la réparation de tout le préjudice subi par le débiteur victime et rien que le préjudice.

La responsabilité civile, sanction relevant du droit civil, n'est pas la seule applicable lorsque l'obligation de confidentialité est violée. Il peut être aussi admis des sanctions pénales.

#### **b- Les sanctions pénales envisageables**

La confidentialité est distincte du secret professionnel. Tandis que ce dernier est expressément soumis par la loi, à l'application des peines d'amende et privatives de liberté à l'endroit de toute personne qui la violerait, le premier n'a aucun régime pénale en cas de violation. En effet, le code pénal camerounais punie l'infraction à l'article 310 alinéa 1, d'une peine d'emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 20 000 à 100.000 CFA. Dans les autres Etats, tels que le Sénégal, l'article 363 du Code pénal, punit la même infraction d'un emprisonnement d'un à six mois et d'une amende de 50 000 à 300 000 FCFA.

Les sanctions dans la plus part des pays membres de l'OHADA se ramènent toutes aux peines d'emprisonnement et aux amendes. Cependant le quantum de ces sanctions est bien différent d'un Etat à un autre. En droit français, On retrouve une condamnation semblable à l'article 226-13 du Code pénal qui punit « *toute révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire* ». Seulement, la sanction n'est pas la même. Comportant impérativement un emprisonnement et une amende ici, elle se ramène là-bas à l'une ou à l'autre de ces sanctions.

Quoi qu'il en puisse être, il est acquis que l'obligation au secret résultant d'un fait connu en raison de la profession ou de la révélation de la part

<sup>61</sup> PH. LE TOURNEAU et L. CADIET, Droit de la responsabilité. Dalloz, 1998, p. 566 et s.

<sup>62</sup> R.-Y. NGO NDJIGUI, *le secret des affaires dans les pays de l'espace OHADA et en droit français*. Op cit. p.139

<sup>63</sup> M. PEDAMON, Droit commercial, cité par R.-Y. NGO NDJIGUI op cit.

<sup>64</sup>Cass. Com. 30 janvier 1996, Pourvoir, n° 84-16 668. Juridis Lamy. Cass.

<sup>65</sup>PH. LE TOURNEAU *De la spécificité du préjudice concurrentiel*, R.T.D. Com 1998

de son titulaire étant fondée sur la confiance, la violation fait l'objet d'un châtement susceptible de restaurer la confiance évincée. Dans cette perspective, la personne qui se confie est assurée que celui qui a reçu la confiance a toujours le devoir de la garder. De la sorte, toute révélation de sa part est considérée comme une trahison de la confiance reçue voire un abus de confiance<sup>66</sup> car le confident, gardien fidèle de la confiance, ne doit pas mettre en lumière ce qui est caché.<sup>67</sup>

Si aucun texte ne prévoit des sanctions pénales applicables en cas de violation de l'obligation de confidentialité, cela n'exclue pas que l'on puisse être condamné à des peines d'amendes ou des peines privatives de liberté, lorsqu'on est à l'origine de la divulgation de l'ouverture d'une procédure de conciliation qui doit rester secrète ; ceci sans toutefois mettre en péril le principe selon lequel nul ne peut être soumis à des peines sans loi « *nulla poena sine lege* » ou alors aucun acte ne peut être qualifié d'infraction sans loi « *nullum crimen sine lege* ». Il suffit pour les praticiens du droit de se référer au régime de la répression du secret professionnel, car même s'il se distingue de la confidentialité contenu dans la conciliation, ils (les deux notions) portent sur le même principe qui est de garder secret ce qui est fait dans le secret et ont le même objectif à savoir éviter la lumière dans les aspects occultes. Raisonnant ainsi, les peines applicables à une personne responsable de la violation du secret professionnel peuvent être transposées à celle-là qui a violé son obligation de confidentialité.

La conciliation est efficace grâce à la confidentialité. Cependant, cette efficacité est heurtée par diverses atteintes que subit cette discrétion au bon regret des acteurs.

## **B- Une efficacité relative liée aux atteintes à la confidentialité**

En partant du principe selon lequel la confidentialité dans la procédure préventive de conciliation fait face à des limites considérables, affectant ainsi l'efficacité de la procédure, il n'est nul doute que ces atteintes sont liées de manière principale à une admission de la publicité (1) auxquelles peuvent s'ajouter d'autres obstacles. (2)

### **1- L'admission de la publicité**

Par définition, la publicité s'entend comme le Caractère de ce qui est public, de ce qui n'est pas tenu secret. Dit autrement, la publicité est le fait de porter à la connaissance du public certaines informations détenues auparavant dans le secret.<sup>68</sup> Le législateur OHADA a admis que cette action soit entreprise dans la procédure préventive de conciliation en cas d'homologation de l'accord

amiable (a). En même temps, il fixe les mesures permettant de vérifier cette publicité. (b)

### **a- En cas d'homologation de l'accord amiable**

Cette exigence est posée à l'article 5-11 de l'Acte uniforme révisé portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. En effet, l'alinéa 5 de cette disposition précise tous les contours de cette publicité qui fait une apparition fulgurante dans une procédure qui par principe est confidentielle. Cet article est ainsi libellé : « *Sans préjudice de l'application de l'article 5-10, la juridiction ou l'autorité compétente appelée à statuer sur l'homologation ou l'exequatur vérifie dans ce cas que les conditions ci-dessous sont remplies et que l'octroi de ce privilège ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non parties à l'accord. La décision d'homologation ou d'exequatur de l'accord ne reprend pas le contenu de l'accord, mais elle mentionne ledit privilège et les montants garantis. Elle doit être notifiée par le greffe au ministère public ainsi qu'aux créanciers et cocontractants signataires de l'accord. Elle est publiée dans les conditions prévues par les articles 36 et 37 ci-dessous.* » Suivant ces dispositions, la publicité est bidimensionnelle. D'une part, elle se manifeste à travers la notification par le greffe au ministère public ainsi qu'aux créanciers et cocontractants signataires et d'autre part, la publication selon les dispositions des articles 36 et 37 du même Acte uniforme.

Dans la première forme de publicité, le législateur fait une avancée forte significative et en même temps inquiétante dans la mesure où il exige que la décision d'homologation ou d'exequatur de l'accord soit communiquée à travers la notification au ministère public. En fait, il ajoute à ce dernier, les créanciers et cocontractants ; mais ce cas n'attire aucune curiosité étant donné qu'il repose sur eux une obligation de confidentialité. Le destinataire qui porte à curiosité est le ministère public.

En effet, en tant qu'acteur externe voir même inconnu dans la procédure préventive de conciliation, on se demande comment le législateur OHADA admet que lui soit communiqués des actes issus d'une procédure qui se veut confidentielle. Il s'agit précisément de la décision portant homologation de l'accord amiable. L'inquiétude vient ce que le ministère public occupe une place stratégique en justice, celle-ci étant en relation permanente avec le public. En fait, son intervention dans un aspect judiciaire vise à préserver l'intérêt général et sa saisine peut donner droit à l'ouverture d'une procédure pénale susceptible d'aboutir à un procès pénal qui lui doit nécessairement être public. La notification ainsi admise à l'endroit du ministère public est une forme d'autorisation de la publicité dans la procédure préventive de conciliation. En droit français, le législateur adopte une formule identique.

En effet, l'article L. 611-10, alinéa 2, prévoit que « *lorsque le débiteur est soumis au contrôle légal des comptes, l'accord homologué est transmis au*

<sup>66</sup>R. FARHAT, *Le secret bancaire*, LGDJ, 1970, p. 13.

<sup>67</sup>R.-Y. NGO NDJIGUI, *op. cit.*

<sup>68</sup> Cf. dictionnaire de la langue française Le Grand Robert, voir le mot « publicité »

commissaire aux comptes. Le jugement homologué est déposé au greffe où tout intéressé peut en prendre connaissance et fait l'objet d'une mesure de publicité ». En ajoutant ces dispositions à celles de l'article L. 611-9<sup>69</sup> du code de commerce, un auteur<sup>70</sup> a pu conclure que « Ces mesures de publicité (obligatoires en cas d'homologation) anéantissent toute confidentialité ». L'avis du ministère public requis ici est précédé d'une vérification liée à la réunion de trois critères. Il s'agit de l'absence de cessation des paiements du débiteur ou l'accord y a mis fin, ensuite les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise et enfin l'accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires. Le législateur OHADA n'a malheureusement introduit dans son texte ses motivations lorsqu'il exige que la décision soit notifiée au ministère.

Cependant, la lecture des alinéas précédents de cet article 5-11 permet de constater d'une manière générale, que cette motivation, même n'étant pas expressément manifestée ici, est liée à la protection des droits des créanciers non signataires de l'accord et surtout les personnes bénéficiant du fait de l'accord de privilèges légales en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire.

En ce qui concerne le second volet de la publicité, le législateur OHADA procède à un renvoi. En effet, il édicte que la décision d'homologation soit publiée suivant les conditions de publicité applicables lors d'une procédure curative en l'occurrence le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire. Les dispositions sur lesquelles porte le renvoi du législateur sont contenues dans les articles 36 et 37 de l'Acte uniforme. Faisant fi de l'article 36, l'article 37 dispose en ses alinéas 2 et 3 « La décision d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens est publiée à la diligence du greffe de la juridiction compétente, dans un journal d'annonce légale diffusé à partir du lieu du siège de la juridiction compétente. Sans préjudice de cette publication, une publicité supplémentaire peut également être faite dans tous les médias. Cette publicité est, en outre, effectuée dans un journal d'annonces légales du lieu de chacun des établissements secondaires du débiteur si le journal habilité à recevoir des annonces légales du siège n'y est pas diffusé. ». La décision d'homologation ou

d'exéquatur devra suivre le cours de toutes ces procédures afin de se conformer à la loi. On peut se demander quelles étaient les réelles motivations du législateur au moment de la rédaction de cet article 5-11. Admettant la discrétion de la conciliation, il est clair que la mise en œuvre de ces différends procédés publicitaires anéantie sérieusement cette confidentialité.

Ces formes de publicité semblent si importantes au législateur OHADA lorsqu'il exige qu'elles doivent être vérifiées.

#### **b- La vérification de la publicité**

Le législateur OHADA ordonne que la publicité présente dans la procédure préventive de conciliation face l'objet d'une vérification. A cet effet, il procède une fois de plus à un renvoi cette fois aux dispositions de l'article 38 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Cet article est ainsi libellé « Le syndic vérifie que les mentions et publicité prévues aux articles 36 et 37 ci-dessus sont accomplies. Si tel n'est pas le cas, il fait procéder, sous sa responsabilité, à l'accomplissement de ces formalités dans les meilleurs délais. Il est en outre tenu, si le débiteur est propriétaire de biens immobiliers, de publier la décision d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens, conformément aux dispositions organisant la publicité foncière. » Le législateur prescrit que la vérification publicitaire de la décision d'homologation suive un procédé identique à celui relevé ci-dessus. La seule différence qu'il relève se trouve au niveau de l'acteur. En effet, l'acteur dans ce cadre n'est pas le syndic mais le conciliateur<sup>71</sup>. Le conciliateur joue une place majeure dans ce processus de vérification de la publication. Son rôle s'étend plus loin.

En fait, le législateur lui impose de procéder personnellement à la publication si le greffier en a failli. Cette autre tâche qu'attribue le législateur à cet acteur fort important à ma conciliation amène à l'équivoque. Il repose sur le conciliateur une obligation de confidentialité. Comment comprendre que le législateur puisse le remettre au premier rang dans l'accomplissement de ce qui constitue une atteinte à cette confidentialité à savoir la publicité ? La réponse à cette question n'est pas évidente. Toutefois, l'on est tenté que l'intention du législateur réside dans la protection de l'intérêt général. Cet argument n'est malheureusement pas suffisant car cet intérêt n'existait pas au moment de la consécration du principe de confidentialité comme principe au combien important de la procédure préventive de conciliation ?

Quel que peuvent être les motivations du législateur OHADA dans la consécration de l'exigence d'une vérification des formalités publicitaires, cela ne

<sup>69</sup> L'article L. 611-9 du Code de Commerce dispose : « Le tribunal statue après avoir entendu ou dûment appelé en chambre du conseil le débiteur, les créanciers parties à l'accord, les représentants du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel, le conciliateur, le ministère public. L'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont relève, le cas échéant, le débiteur qui exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, est entendu ou appelé dans les mêmes conditions. Le tribunal peut entendre toute autre personne dont l'audition lui paraît utile »

<sup>70</sup> C. Delattre, *op. Cit.* P. 6

<sup>71</sup> Cf. art 5-11 al 5 *in fine* de l'Acte uniforme révisé précité.

pose pas en lui-même de difficultés<sup>72</sup>. C'est l'introduction du conciliateur comme « agent vérificateur » de la publicité qui amène à indignation. De multiples raisons peuvent soutenir cette position parmi lesquelles celles sus évoquées. Ces différents constats dénotent à suffisance l'intervention de la publicité dans la procédure préventive de conciliation traduisant ainsi la relativité de l'efficacité de la procédure grâce à la confidentialité.

Cette situation n'est malheureusement pas l'unique. Car, se construisent d'autres atteintes qui bien que peu visibles, constituent un véritable frein à l'épanouissement de la confidentialité dans la procédure préventive de conciliation.

## 2- Autres atteintes à la confidentialité

La portée de la confidentialité de l'information en droit des entreprises en difficulté doit être relativisée. Car, la prise de contact avec les créanciers (a) et les modalités de sécurisation de l'accord amiable peuvent déclencher des rumeurs sur les difficultés de l'entreprise (b).

### a- La prise de contact avec les créanciers

La première atteinte à la confidentialité des procédures amiables résulterait de la seule prise de contact avec les créanciers. Soucieux du paiement de leurs créances dans les meilleurs délais, « le succès de l'accord amiable n'est pas leur problème »<sup>73</sup> En droit français, Sous l'empire de la loi du 1ermars 1984, l'article L. 611-4 disposait que le président du tribunal peut, après avoir recueilli l'avis des principaux créanciers, ordonner la suspension provisoire des poursuites lorsqu'il estime que cette suspension pourrait faciliter la conclusion d'un accord amiable. Mais, cette mesure avait des effets pervers à la diffusion de l'information<sup>74</sup>. Pour assurer la confidentialité des négociations, la loi de sauvegarde a supprimé la suspension provisoire des poursuites. Elle a ainsi renforcé le caractère contractuel de l'accord amiable qui ne doit engager que ses signataires et dans la limite des engagements inclus dans son périmètre. Il n'a aucun effet sur les créances non incluses dans son périmètre ni sur les créanciers non-signataires.

D'ailleurs, le président du tribunal doit s'assurer, avant de constater l'accord amiable, que ses termes ne portent aucune atteinte aux intérêts des créanciers non signataires<sup>75</sup>. La seule exception prévue à cette disposition est celle des délais de grâce prévue à l'article L. 611-7 du Code de commerce. En vertu de ce texte, le président du tribunal peut, après avoir été

éclairé par le conciliateur, accorder au débiteur qui a été mis en demeure ou poursuivi par un créancier des délais de grâce en application des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil.

En droit OHADA, la situation est abordée avec beaucoup de précaution. En effet, l'article 5-7 dispose 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, telle que définie à l'article 5-3 ci-dessus, le président du tribunal peut, à la demande du débiteur, et après avis du conciliateur, reporter le paiement des sommes dues et ordonner la suspension des poursuites engagées par un créancier.* » Ceci signifie que lorsque le débiteur demande l'ouverture d'une procédure préventive de conciliation, étant dans l'obligation de contacter tous ses créanciers principaux en cas d'issus favorable à sa demande, il peut obtenir une suspension des poursuites individuelles si celle-ci s'avère nécessaire pour la sauvegarde de ses intérêts. Elle est ordonnée par le président de la juridiction compétente après avis du conciliateur. La confidentialité est susceptible d'être atteinte dans deux situations.

La première est liée aux créanciers qui seront contactés par le débiteur. Sur un plan pragmatique, une hypothèse est susceptible de naître ; celle dans laquelle, le créancier contacté n'est pas informé de ce que la procédure ouverte est confidentielle et par conséquent, il devra garder secret l'information y relative qui lui est transmise. Etant naïf, il procède à une divulgation, bien qu'elle soit involontaire, de l'ouverture d'une conciliation à l'égard de son débiteur. Cette situation peut compromettre sérieusement la confidentialité. Il aura été plus sécurisant pour la préservation de la discrétion, que le législateur ait établi divers procédés d'information des créanciers de l'ouverture de la procédure de conciliation. Hélas, aucune disposition de l'Acte uniforme ne renvoie à la question.

L'autre aspect, c'est la suspension des poursuites. Lorsque le débiteur entre en contact avec les créanciers, certains d'entre eux peuvent engager des poursuites afin d'obtenir le paiement de leurs créances. Le législateur donne la possibilité au débiteur d'obtenir une suspension des poursuites individuelle. Malheureusement, la mise en œuvre de cette opportunité n'est pas sans conséquences sur la confidentialité.

Considérée par un auteur<sup>76</sup> dans le règlement préventif, comme un objectif principal à court terme poursuivi par le débiteur lorsqu'il engage la procédure, la suspension des poursuites peut susciter des doutes sur la fiabilité des créanciers qui n'ont été contactés par ce dernier. La loi précise en effet que cette formalité peut concerner « un créancier »<sup>77</sup>. Cette expression généralise donc les créanciers potentiels

<sup>72</sup> Les difficultés dont s'agit ici sont liées aux situations, qui survenant portent de réelles atteintes à la confidentialité, par ailleurs règle d'or de la procédure préventive de conciliation.

<sup>73</sup> H. BOURBOULOUX, *op. cit.*

<sup>74</sup> C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* 8<sup>ème</sup> éd. p. 29 et s

<sup>75</sup> C. com., art. L. 611-8.

<sup>76</sup> F.M. SAWADOGO, Droit des entreprises en difficulté, Bruylant Bruxelles, 2002, p. 1157

<sup>77</sup> Cf. art 5-7 de l'AUPC

susceptibles d'engager des poursuites contre le débiteur. Un créancier qui met en demeure son débiteur afin d'obtenir paiement de sa créance, celui lui oppose une ordonnance de suspension de poursuites individuelles, cela appelle à s'interroger, dès lors qu'on sait que la délivrance de ce document se fait dans des contextes bien particuliers.

Ainsi, en raison des conséquences graves de la prise de contact avec les créanciers sur la confidentialité nécessaire pour le crédit de l'entreprise, le débiteur doit bien choisir ceux avec qui il partagera son secret. Ceux-ci doivent être en mesure de protéger le secret de l'entreprise et être capables de la soutenir. L'invitation des créanciers dont les sacrifices ne sont pas souhaitables ou ne sont pas rentables porterait atteinte à la confidentialité de l'information.<sup>78</sup>

Prendre contact avec les créanciers peut être fatal pour la confidentialité. Cette fatalité s'accroît même au moment de la sécurisation de l'accord amiable.

#### **b- La sécurisation de l'accord amiable**

D'emblée, un accord amiable signé par les parties est un contrat au sens du droit commun. Il est soumis, à ce titre, aux règles du consensualisme, de la loi des parties et de la bonne foi<sup>79</sup>. Mais, pour plus de sécurité, il pourrait être constaté par le président du tribunal ou homologué par le tribunal lui-même. Chacune de ces modalités a ses propres avantages. Mais les intérêts des uns et des autres se divergent, notamment en ce qui concerne la confidentialité et les effets de l'accord en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure collective. L'atteinte à la confidentialité de l'information résulte de la modalité de sécurisation de l'accord amiable qui aurait été choisie par les parties.

En droit français, Sous l'empire de l'ancien régime, l'homologation était obligatoire en cas d'unanimité et facultative pour le président, si l'accord n'est conclu qu'avec les principaux créanciers<sup>80</sup>. Le projet de loi de sauvegarde prévoyait des solutions analogues. Il voulait faire de l'homologation par le président du tribunal le gage de la sécurité juridique des parties. Les débats parlementaires étaient critiques. On soulignait notamment l'atteinte de la publicité de l'homologation au secret de l'entreprise dont la préservation est nécessaire.<sup>81</sup> Finalement, il a été décidé de donner aux parties le droit de choisir entre la constatation de l'accord amiable par le président du tribunal ou son homologation par le tribunal. Compte tenu des dispositions de l'article L. 611-8 I du Code de commerce, le principe est que l'accord soit constaté

par le président du tribunal. Mais ce n'est pas une obligation dans la mesure où celui-ci doit être saisi par une requête conjointe de tous les signataires de l'accord. Ceux-ci peuvent demander la constatation, mais l'homologation « *n'interviendra que sur la demande du débiteur.* »<sup>82</sup>

Cependant, le choix libre du débiteur pour demander ou non l'homologation de l'accord amiable doit être nuancé. Car, il décidera nécessairement sous la pression de ses créanciers.<sup>83</sup> L'intérêt de ceux-ci est dans leur protection, notamment en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure collective. Confidentialité ou sécurité juridique, la divergence des intérêts des parties de l'accord amiable doit être conciliée par la confiance des uns aux autres. La constatation de l'accord amiable par le président du tribunal est beaucoup plus avantageuse pour le débiteur, mais ne présentait pas les mêmes garanties que l'homologation pour les créanciers. La confidentialité favorise la constatation, alors que la sécurité juridique exigeait l'homologation.<sup>84</sup>

En effet, pour constater l'accord amiable, le président du tribunal n'a aucun pouvoir d'appréciation sur le contenu de celui-ci.<sup>85</sup> Il se base justement sur les paroles du débiteur pour s'assurer de la conformité de l'accord amiable à la finalité de la procédure, à savoir redresser la situation de l'entreprise et mettre fin, le cas échéant, à la cessation des paiements.<sup>86</sup> En revanche, le tribunal qui statue sur l'homologation de l'accord amiable, contrôle et vérifie le contenu de celui-ci. Pour donner son homologation, le tribunal doit pouvoir constater que l'entreprise n'est pas en état de cessation des paiements ou que l'accord amiable met fin à cette situation. Il doit ensuite vérifier si l'accord amiable assure la pérennité de l'entreprise et préserve suffisamment les intérêts des créanciers non signataires.<sup>87</sup> Enfin, il doit refuser l'homologation de l'accord lorsqu'il estime que ces conditions ne sont pas réunies.<sup>88</sup> Le jugement du tribunal est soumis à trois mesures de publicité. Cette publicité déroge aux considérations de la confidentialité exigée par le crédit de l'entreprise.

En droit OHADA, pour sécuriser l'accord amiable, le législateur a employé le même procédé que son homologue français à savoir l'homologation. L'homologation est obtenue lorsque la conciliation s'avère être un succès c'est-à-dire qu'il y a eu accord

<sup>78</sup> F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9<sup>ème</sup> éd. p. 88

<sup>79</sup> Cf. C. civ. Art 1134.

<sup>80</sup> Y. CHAPUT, « *La réforme de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises* », JCP E n° 38, 21 Septembre 1994, I 3786

<sup>81</sup> J. VALLANSAN, « *La conciliation, rapidité, souplesse et confidentialité ?* », LPA 14 juin 2007 n° 119, p. 9.

<sup>82</sup> J. VALLANSAN, *op. cit.*

<sup>83</sup> L. ANTONINI-COCHIN et L.-C. HENRY, *op. cit.* 3<sup>ème</sup> éd. p. 51

<sup>84</sup> F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9<sup>ème</sup> éd. p. 109

<sup>85</sup> P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.* 7<sup>ème</sup> éd. n° 144.11.

<sup>86</sup> J. VALLANSAN, *op. cit.*

<sup>87</sup> C. com., art.L. 611-8

<sup>88</sup> Cependant, l'ordonnance du tribunal refusant l'homologation ne doit pas être publiée.

entre le débiteur et ses créanciers principaux et le cas échéant ses cocontractants. Le régime de l'homologation est organisé aux articles 5-10 et suivants de l'AUPC. La sécurisation de l'accord donnant atteinte au principe de confidentialité n'est aisément perceptible en droit africain. Une lecture attentive de l'alinéa 6 de l'article 5-11 de l'AUPC permet de d'établir un constat. En effet, le législateur nous renseigne que par dérogation au principe du non recours de l'accord, la décision portant homologation de l'accord « *est susceptible d'opposition par tout intéressé dans les 15 jours de sa publication devant la juridiction compétente.* » Cette possibilité de recours reconnue à la décision d'homologation peut entraîner des conséquences négatives sur le sort de la confidentialité.

#### IV- CONCLUSION

Aux termes des développements portant sur le rôle de la confidentialité dans la procédure préventive de conciliation, il en ressort que cette confidentialité permet non seulement au débiteur de pouvoir se protéger, mais aussi à la procédure de conciliation d'être efficace. Sachant que, l'existence de l'un comme de l'autre de ces avantages que peut bénéficier le demandeur à l'ouverture de la conciliation, pourrait favoriser la vulgarisation de cette procédure nouvellement introduite en droit OHADA des entreprises en difficulté, y compris sa mise en œuvre certaine par les acteurs du secteur économique. Dire de la confidentialité, qu'elle est sans apport dans la procédure préventive de conciliation serait regrettable à la limite lamentable au regard de tous les aspects relevant de ses avantages tel que relevés dans les précédents développements. Le rôle de la confidentialité se décline essentiellement par la protection qu'elle procure au débiteur soumis à la procédure à travers la préservation des informations secrètes et la préservation du secret des informations à divulguées. A cela s'ajoute, l'efficacité de la procédure qui passe par la présence générale et imposée de la confidentialité malgré l'existence de certaines atteintes susceptibles de freiner l'accomplissement d'un objectif aussi capital et précieux.

#### Références Bibliographiques

- 1) L. ANTONINI-COCHIN et L. C. HENRY, L'essentiel du droit des entreprises en difficulté, GUALINO, 3<sup>ème</sup> éd. 2012, p. 43
- 2) B. BOULOC « *Le secret des affaires* », D. P. C. I, 1990, n°1, p.19.
- 3) H, BOURBOULOUX « *Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés* », Bulletin Joly Entreprises en Difficulté, 01 mai 2012 n° 3, P. 183
- 4) Y. CHAPUT, « *La réforme de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises* », JCP E n° 38, 21 Septembre 1994, I 3786
- 5) Christophe Delattre in « *Le secret des affaires – La confidentialité des procédures* », Droit des sociétés n° 1, Janvier 2012, étude 2, p.4,

- 6) D. Contra LEGAIS, Droit commercial des affaires, 14<sup>ème</sup> éd ARMAND COLIN, 2001. p.14, n°28.
- 7) 7 - P. DARTIGUE –LONGUE « *Le secret dans les relations juridiques*, », thèse, Bordeaux, 1968, p.18
- 8) C. DELATTRE, « *Le secret des affaires – La confidentialité des procédures* », Droit des sociétés n° 1, Janvier 2012, étude 2, p.4
- 9) Valérie LADEGAILLERIE, LEXIQUE DES TERMES JURIDIQUES, ANAXACORA, collection numérique, voir le mot « responsabilité » p.145.
- 10) R. FARHAT, *Le secret bancaire*, LGDJ, 1970, p. 13.
- 11) B. GENESTE, « *Le secret d'affaires en droit communautaire et en droit français de la concurrence*, » Dalloz. Affaires, 1997, n° 39, p.127.
- 12) Y. GUYON, « *La transparence dans les procédures collectives* », Petites affiches, 21 avril 1999 n° 79, P. 8
- 13) D. KESSLER *L'entreprise entre transparence et secret*, pouvoirs, 1997, 2001, p. 45
- 14) PH. LE TOURNEAU et L CADIET, Droit de la responsabilité. Dalloz, 1998, p. 566 et s.
- 15) PH. LE TOURNEAU *De la spécificité du préjudice concurrentiel*, R.T.D. Com 1998
- 16) A. MARTIN-SERF « *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, mesures et actes conservatoires* » cité par Moussa OULD EBA, Le rôle de l'information en droit des entreprises en difficulté, thèse de doctorat, Université Toulouse 1 Capitole, p.245.
- 17) Moussa OULD EBA, *Le rôle de l'information en droit des entreprises en difficulté*, thèse de doctorat, Université Toulouse 1 Capitole, p.245
- 18) R.-Y. NGO NDJIGUI , *Les intermédiaires de commerce dans l'acte uniforme OHADA portant droit commercial général*, Mémoire. D. E. A. Dschang. 1999, p.1, n° 7
- 19) F-D. NGO SICK, *Le secret dans les relations contractuelles*, Thèse, Bordeaux, 2000, p. 9, n°3
- 20) 19- P. PORTIER-DUPARC *Protection de l'information confidentielle en droit anglais*, Thèse, Montpellier, 1998 38, n° 10.
- 21) R.-Y. NGO NDJIGUI, *le secret des affaires dans les pays de l'espace OHADA et en droit français. Thèse de doctorat, Université d'Evry Val d'Essonne*, p.41
- 22) M. TADIC, « *Secret des affaires et devoir d'information, Etudes et document du comité national Belge de l'organisation Scientifique* », n° 293/ 1967, p 14
- 23) F.M. SAWADOGO, Droit des entreprises en difficulté, Bruylant Bruxelles, 2002, p. 1157
- 24) J. VALLANSAN, « *La conciliation, rapidité, souplesse et confidentialité ?* », LPA 14 juin 2007 n° 119, p. 9