

L'extension Progressive Du Nombre De Titulaires Du Droit D'accès Au Juge Depuis La Réforme Du Droit Des Procédures Collectives OHADA

Sadrack FOKOU

Doctorant en Droit privé
FSJP-Université de Dschang

1. Le droit d'accès au juge est un droit proclamé par les textes internationaux¹ les plus importants, relayé par la plupart des constitutions à l'instar de la constitution camerounaise du 18 janvier 1996². Ce droit, en tant que composante du droit à un procès équitable, est une garantie fondamentale dans toute société démocratique. En effet, un auteur relève « *tout Etat tend à assurer la réalisation de la valeur justice dans la société. Les institutions chargées de régler les contestations par le biais des jugements rendus au terme d'un procès équitable contribuent à cet objectif* »³. Le droit d'accès au juge se range ainsi sans toute résistance dans la catégorie des droits fondamentaux⁴ témoignant une fois de plus que la justice est une mission souveraine. Elle serait d'ailleurs la première. C'est ainsi que pour Portalis : « *la justice est la première dette de la souveraineté* »⁵.

2. Le droit d'accès à un juge peut être appréhendé sous plusieurs angles. En ce sens les expressions « *droit au juge* »⁶, « *droit à un tribunal* »⁷, « *droit d'accès à un tribunal* »⁸ et « *droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction* »⁹ sont interchangeable. Ce concept signifie que toute personne doit pouvoir bénéficier d'un règlement

juridictionnel des litiges qui l'opposent à un tiers¹⁰ ; ce qui implique, pour l'effectivité de ce droit à un juge, que l'État est tenu de remplir sa mission d'organisation du service public d'une part ; et d'autre part ; et que les juges, lorsqu'ils sont saisis, doivent obligatoirement¹¹ rendre justice. Le droit d'agir en justice est alors l'expression d'une liberté publique, d'un droit fondamental, en ce qu'il marque une limite à la puissance de l'État, lui-même soumis à la justice et au droit, qu'il est protégé contre le pouvoir étatique et qu'il crée des obligations positives à la charge à la charge de l'État pour que sa réalisation soit concrète¹². Accéder au juge est un moyen nécessaire pour les justiciables d'accéder au droit. En effet, en cas de différend, c'est le juge qui dit le droit. Dès lors que l'accès au droit est conçu comme un attribut majeur de la citoyenneté, l'accès au juge « *offre à chacun la possibilité d'une considération pour ses revendications et ne doit pas être considéré comme la simple « consommation » d'une institution publique* »¹³. Puisque cet accès n'est pas une simple formalité, il exige, pour son effectivité, la possibilité pour tout justiciable, de contester la décision rendue par un premier juge auprès d'un autre, au moins pour que ce dernier vérifie que le droit a été bien appliqué. Aussi, l'accès est possible devant les juges officiant dans les domaines divers et variés : le juge civil, le juge social, le juge pénal et surtout le juge commercial. Ce dernier administre les procédures collectives, à la manière d'un médecin l'égard du patient. C'est le juge des procédures collectives.

3. On a cru voir ainsi surgir de véritables « *juges managers* », voire une « *magistrature économique* ». C'est que dans ses différents visages le juge, véritable médecin de l'entreprise, ausculte, prescrit, soigne et, au pire des cas, constate le décès et en délivre l'attestation. En matière des procédures collectives, le juge compétent peut être identifié à

¹ Il en est ainsi de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme.

² Le préambule de cette constitution, qui en fait désormais partie intégrante, affirme que « *la loi assure à tous les hommes le droit de se faire rendre justice* ».

³ GUINCHARD (S.) et al, *Dalloz action droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2014/2015, p.34.

⁴ RENOUX (Th.), « Le droit au recours juridictionnel », *JCP*, 1993, 1, 3675, n°3.

⁵ PORTALIS (M.), Discours préliminaire sur le projet de code civil, prononcé le 21 janvier 1801, Préface de Michel Massenet, Éditions Confluences.

⁶ THERNEYRE (Ph.), « Le droit constitutionnel au juge », *LPA* 1991, n°145, p.4.

⁷ CEDH 21 févr.1975, Golder c/Royaume-Uni, req.no 4451/70, Série A, n°18-Berger, 12^e éd., 2011, n°63, p.203.

⁸ RENOUX (T.), « Le Droit au recours juridictionnel », *JCP* 1993.I.3675.

⁹ Cons.const.9 avr.1996, n°96-373 DC, JO 13 avr., p.5724 ; *AJDA* 1996.371, obs.Shrameck.

¹⁰ GUINCHARD (S) et al, *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, 8^{ème} éd., 2015, p.548.

¹¹ Sous peine d'être poursuivi pour déni de justice.

¹² SUDRE (F.), « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme », *RTDH* 1995.363.

¹³ GUINCHARD (S) et al, *Droit processuel, droits fondamentaux du procès*, ouvrage précité, p.36.

partir de l'article 3 alinéa 3 de l'AUPCAP qui dispose : « *il appartient à chaque Etat partie, le cas échéant, de désigner parmi les juridictions visées aux alinéas précédents du présent article, la ou les juridictions qui ont seule compétence pour connaître des procédures régies par le présent Acte Uniforme* ». D'après cette disposition, dont la rédaction manque de clarté selon un auteur¹⁴, le tribunal matériellement compétent en cas de procédures collectives est déterminé par l'organisation judiciaire de chaque Etat partie. Au Cameroun, par exemple, la compétence revient au Tribunal de Grande Instance selon l'organisation judiciaire camerounaise¹⁵. Du fait de l'unicité de procédure, ce tribunal sera compétent pour toutes les questions connexes liées à la procédure. Le juge des procédures collectives territorialement compétent est, selon l'article 3-1 de l'AUPCAP, soit celui du lieu du principal établissement sur le territoire national pour les débiteurs personnes physiques ; soit celui du lieu du siège social sur le territoire national pour les personnes morales commerçantes ou non, soit celui du principal établissement situé sur le territoire national pour le débiteur personne physique ou personne morale lorsque le siège social ou le principal établissement est à l'étranger, c'est-à-dire en dehors du territoire national même s'il est situé dans un autre Etat de l'OHADA ; soit enfin celui du siège ou du principal établissement de la personne morale pour les procédures ouvertes contre les personnes solidairement responsables du passif social de la personne morale. Quelque soit l'activité que le juge des procédures collectives peut exercer, cette activité dépend d'abord de l'accès des justiciables à son prétoire. L'ouverture des procédures collectives présente alors la particularité dans l'espace OHADA de mettre en marche l'appareil judiciaire. L'application d'une politique rigoureuse de désengorgement risquerait alors de mettre en échec le succès des objectifs poursuivis. En effet, l'ouverture d'une procédure collective suppose que le juge soit saisi d'une demande en sens par les personnes habilitées. Le recours effectif à un juge est d'une importance capitale car le juge est garant de tous les droits objectifs et même subjectifs. Certains auteurs militent que le juge s'arme de courage lorsqu'une atteinte est portée à un droit fondamental car on se retrouve plus en présence d'un conflit banal¹⁶. Il a donc fallu doter plusieurs personnes du droit d'agir, mais pas de manière désordonnée. Ainsi, le législateur doit investir certaines personnes du droit d'accès au juge des procédures collectives. Les législateurs OHADA des procédures collectives sont restés très fidèles à cette

¹⁴ KALIEU ELONGO (Y.R.), *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, Yaoundé, PUF, 2016, p.42.

¹⁵ Voir article 15 alinéa 1 de loi camerounaise du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire, telle que modifiée en 2011 et en 2017.

¹⁶ KENFACK (P.E.), « Droits fondamentaux et corps et vie privée du salarié », *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, T 1, Vol.1, 1997, p.13.

exigence, mais à des époques différentes et à des degrés divers. Alors que le législateur de 1998 ne reconnaissait pas du tout le droit de demander l'ouverture des procédures collectives ou le droit d'accès au juge des procédures au ministère public dans les procédures curatives et aux créanciers dans les procédures préventives, celui de 2015 a érigé ces personnes en titulaires du droit d'accès. Cependant, il est constant que la réforme n'a pas toujours doté certaines personnes pourtant bien indiquées du droit d'accès : c'est le cas des associés de la société en difficulté et de l'éventuelle caution du débiteur. Alors, dans cette entreprise d'extension du nombre de titulaires du droit d'accès, il se dégage une extension remarquée (I), mais également inachevée (II).

I. Une extension remarquée

4. De manière générale, le droit d'accès au juge des procédures collectives varie en fonction de la nature de la procédure en cause. Dans l'ancien Acte uniforme, le droit de demander l'ouverture des procédures préventives appartenait uniquement au débiteur¹⁷. Le débiteur détenait le monopole en la matière comme le relève un auteur à propos du législateur OHADA : « *en laissant au seul débiteur la faculté de demander l'ouverture de la procédure (le législateur OHADA), a fait preuve d'un réalisme louable* »¹⁸. En matière de procédures curatives, seule la saisine d'office du juge¹⁹ concurrençait le droit d'accès des parties dont du débiteur²⁰ et des créanciers²¹. Le législateur de 2015 a procédé à une véritable refonte du droit d'ouverture. Ainsi, il associe les créanciers au débiteur dans les procédures préventives (A) et autonomise le droit d'accès du ministère public dans les procédures curatives.

A. L'association des créanciers au débiteur dans les procédures préventives

5. Les procédures préventives auxquelles nous faisons allusion sont la conciliation²² et le règlement préventif²³.

6. Dans ces procédures, le juge pourra être saisi par une requête conjointe du débiteur et d'un ou

¹⁷ Article 5 alinéa de l'ancien AUPCAP.

¹⁸ ROUSSE-GALLE (P.), « OHADA et entreprises en difficultés, étude critique des conditions et effets d'ouverture de la procédure de règlement préventif », *Revue de jurisprudence commerciale*, février-mars 2001, p.9.

¹⁹ Article 29 de l'ancien AUPCAP et du nouvel AUPCAP.

²⁰ Article 25 de l'ancien et du nouvel AUPCAP.

²¹ Article 28 de l'ancien et du nouvel AUPCAP.

²² Cette nouvelle procédure, fruit de la réforme de 2015, est une procédure consensuelle et confidentielle, destinée à éviter la cessation de paiement de l'entreprise débitrice afin d'effectuer, en tout ou en partie, sa restructuration financière pour la sauvegarder

²³ C'est une procédure préventive destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif.

plusieurs créanciers. Cette possibilité découle clairement de l'article 5-2 alinéa 1 de l'AUPCAP qui dispose : « le président de la juridiction compétente est saisi, par une requête conjointe de ce dernier (parlant du débiteur) avec un ou plusieurs de ses créanciers » en ce qui concerne la conciliation. L'article 6 alinéa 2 reprend les mêmes termes en ce qui concerne le règlement préventif. Dans les deux cas, les créanciers s'associent tout simplement à la requête dont l'initiative reste entre les mains du débiteur. Le contenu variable de l'association (1) entraîne sa portée plutôt limitée (2).

1. Le contenu variable de l'association

7. La requête conjointe signifie que les créanciers se rejoignent au débiteur pour élaborer et introduire la requête devant. Cependant, le législateur parle de manière large des créanciers sans précisions supplémentaires. De quels créanciers s'agit-il ? De manière générale, le créancier est toute personne à qui le débiteur doit quelque chose (en nature ou en argent), c'est le sujet actif de l'obligation, le titulaire d'une créance²⁴. Se fondant sur son droit de créance, il peut exiger de son débiteur une abstention ou une prestation. En fonction des outils dont disposent les créanciers pour contraindre leurs débiteurs à s'exécuter, l'on peut opérer une distinction entre les créanciers chirographaires dépourvus de la moindre garantie, les créanciers titulaires de sûretés. Dans les procédures collectives, il est plutôt usuel de distinguer créanciers antérieurs au jugement d'ouverture de ceux postérieurs²⁵.

8. La formule utilisée par le législateur pour désigner les créanciers pouvant être associés à la requête est générale. Cette généralité vise à écarter toute sorte de discrimination entre les créanciers du débiteur. Le législateur recherche par-là l'égalité des créanciers qui est un principe directeur fondamental des procédures collectives. À partir de ce principe d'égalité, on en arrive à penser que les créanciers auraient des droits strictement personnels et à ce titre, ils sont appelés à la même table pour manger une même part de gâteau²⁶. En parlant tout simplement des créanciers, le législateur a entendu donner le droit d'ouverture des procédures préventives d'une part aux créanciers chirographaires et d'autre part aux créanciers munis de sûretés.

²⁴ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, Paris, PUF, 2016, p.285.

²⁵ KOUAMO (D.R.), *L'égalité des créanciers dans les procédures collectives de l'OHADA*, Mémoire de Diplôme d'Études Approfondies, Université d'Abomey-calavi-Bénin, 2010, p.8.

²⁶ LEQUEVAQUES (C.), « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux », in *gazette du palais-recueil*, juillet-août 2002, p.1224.

9. Il résulte alors de cette démonstration que seule la masse est visée. Cela est d'autant plus justifié que la règle de l'égalité que nous avons avancée plus haut concerne uniquement la masse. Cette masse est d'ailleurs célébrée par la jurisprudence²⁷ qui lui aussi reconnaît la personnalité juridique qui a pourtant été supprimée par le législateur français en 1985²⁸.

Quoiqu'il en soit, l'on constate aisément que, la masse des créanciers antérieurs et soumis à une procédure collective, dans un dessein égalitaire, pourrait valablement ester en justice pour assurer la défense des intérêts des créanciers. C'est alors dans cette logique que la masse dispose du droit de se joindre au débiteur pour saisir le juge afin que celui-ci ouvre une procédure préventive.

10. Le législateur OHADA a, une fois de plus, manqué de préciser la forme de la requête du débiteur. Mais ce manquement ne pose guère de difficultés car la requête est documentée²⁹, ce qui signifie qu'elle est nécessairement écrite. Dans les deux procédures, les documents sont presque les mêmes à cette exception que des documents supplémentaires sont exigés dans la procédure de règlement préventif. Tous les documents qui constituent la requête, datant de moins de trente jours³⁰, doivent être datés, signés et certifiés conformes sincères par les requérants dont le débiteur et les créanciers. L'association des créanciers au débiteur est une union inégalitaire d'où la portée limitée de l'association.

2. La portée limitée de l'association.

11. Il est loisible de constater que le droit d'initiation des créanciers est largement limité. En effet, les créanciers à eux seuls, et ce contrairement au débiteur, ne peuvent saisir le juge pour qu'il déclenche une procédure préventive. Le droit d'action des créanciers en la matière est alors dépourvu de toute autonomie. Ainsi, on peut dire que la volonté du débiteur dans le déclenchement des procédures

²⁷ *Cass. Civ.2*, 28 janvier 1954, Dalloz 1954, 217.

²⁸ La loi française du 25 janvier 1985 a supprimé l'institution de la masse et cette suppression de la masse en droit des procédures collectives nourrit de nombreuses controverses. Voir en ce sens, CABRILLAC (M.), « l'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métémpsychose de la masse des créanciers, in propos impertinents du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de C. GAVALDA, Dalloz, 2001, p.69.

²⁹ Article 5-2 alinéa 2 en ce qui concerne la conciliation et article 6 alinéa 1, 1° à 14° en ce qui concerne le règlement préventif.

³⁰ Article 5-2 alinéa 2 et article 6-1 alinéa 1 de l'AUPCAP.

préventives occupe une place de choix surtout que le débiteur n'a aucun délai pour saisir le juge et les créanciers ou même la caution ne peuvent l'y contraindre³¹.

12. Quoiqu'il en soit, la requête conjointe est essentiellement l'œuvre de la réforme du droit des procédures collectives de 2015. Sous l'égide de l'ancien Acte Uniforme, cette possibilité n'existait pas. Dans ce sens, il faut saluer la volonté du législateur habité par ce souci constant de modernisation du droit des procédures collectives. La requête conjointe est surtout de nature à emporter la conviction du juge comme le remarque un auteur « *il ne fait aucun doute que si un ou plusieurs créanciers acceptent de se joindre à la requête du débiteur, les chances d'aboutissement à un concordat paraîtront plus importantes, ce qui constituera un élément d'appréciation favorable pour ouvrir la procédure* »³². Elle ne donne pas un droit autonome au créancier contrairement au ministère public.

B. L'autonomisation du droit d'accès du ministère public dans les procédures curatives.

13. Ces procédures curatives combinent le redressement judiciaire³³ et la liquidation des biens³⁴. Ces deux procédures ont pour dénominateur commun l'état de cessation des paiements du débiteur. Pourtant, elles sont empruntées de particularités car la situation du débiteur n'est pas irrémédiablement compromise dans le redressement judiciaire contrairement à la liquidation des biens.

14. Le législateur de 2015 a révolutionné la place du ministère public dans l'ouverture des procédures curatives. En effet, et sous l'égide de l'ancien Acte Uniforme, le ministère public ne pouvait solliciter l'ouverture d'une procédure curative, il intervenait dans l'ouverture des procédures curatives non pas pour demander l'ouverture de telles procédures, mais pour faciliter l'exercice du droit d'auto-saisine du juge. En ce sens, le ministère public était et est habilité à fournir au juge les informations justifiant l'ouverture

d'une procédure curative³⁵. Le nouvel Acte uniforme habilite le ministère public à saisir directement le juge des procédures collectives dans deux cas : en toute circonstance (1) et en cas de décès du débiteur (2).

1. La saisine en toute circonstance.

15. L'article 29 alinéa 2 de l'AUPCAP dispose : « *la juridiction compétente peut également être saisie par le ministère public. Dans ce cas, il fournit les éléments motivant sa demande* ». Cette disposition investit formellement le ministère du pouvoir de saisir un juge afin de demander l'ouverture d'une procédure collective notamment une procédure de liquidation des biens ou de redressement judiciaire. Elle munit le ministère public d'un véritable pouvoir autonome d'ouverture. Il n'a pas besoin ni de se joindre à un autre titulaire, ni de fournir les informations qui sont en sa possession à un autre titulaire du droit d'accès dans les procédures curatives.

16. Le législateur ne précise pas malheureusement la forme de la demande du ministère public. Mais ce mutisme ne nous empêche pas de suggérer qu'il s'agit de la requête car l'article 30 de l'AUPCAP, qui habilite également le ministère public à agir en cas de décès du débiteur, prévoit qu'il agit par requête. On ne comprend pas pourquoi le ministère public agit ici par requête et par une autre forme de demande là-bas.

17. Dans tous cas, le succès de la demande du ministère public est, comme pour celle de tout autre justiciable, soumis à sa motivation. C'est ainsi qu'un auteur remarque « *la saisine directe du ministère public : cette saisine ne pose pas de difficultés sur le plan juridique, sauf que le ministère public doit, comme tout plaideur fournir les éléments à l'appui de sa demande* »³⁶. Il s'agit plus précisément pour le ministère public de prouver la cessation de paiements³⁷ du débiteur. Ce qui ne va pas sans complication, en rapprochant la situation du ministère public requérant à celle du créancier assignant. En effet, Le créancier comme le ministère public ; demandeur de l'ouverture des procédures curatives, devra toutefois prouver la cessation des paiements du débiteur pouvant résulter selon, la formule retenue par un arrêt de la CCJA, « *de l'expertise et des différents courriers des créanciers* »³⁸. Le défaut de preuve de

³¹ POUGOUE (P.G.), KALIEU ELONGO (Y.R.), *L'organisation des procédures collectives OHADA*, Yaoundé, PUA, p.58.

³² SAWADOGO (F.M.), « Acte Uniforme du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », OHADA. Traités et Actes Uniformes commentés et annotés, *juriscope*, 2016, p.1164.
³³ Le redressement judiciaire est une procédure collective destinée au sauvetage de l'entreprise débitrice en cessation des paiements, mais dont la situation n'est pas irrémédiablement compromise, et l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement.

³⁴ La liquidation des biens est une procédure collective destinée à la réalisation de l'actif de l'entreprise débitrice en cessation de paiement dont la situation est irrémédiablement compromise pour apurer son passif ;

³⁵ Voir ancien et nouvel article 39 de l'AUPCAP.

³⁶ SAWADOGO (F.M.), « Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », article précité, p.1201.

³⁷ Cette expression est définie par l'article 3-1 de l'AUPCAP comme : « *l'état où le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, à l'exclusion des situations où les réserves de crédits ou les délais de paiement dont le débiteur bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face à son passif exigible* ».

³⁸ CCJA-Arrêt N°50/2015 du 27 avril 2015, Affaire Banque Européenne d'Investissement (BEI) contre la Société Fils et Tissus Naturels d'Afrique (FITINA SA).

cessation de paiements étant sanctionné par le rejet de la demande du créancier ou du ministère public. C'est ainsi que dans autre un arrêt rendu par la Cour d'Appel d'Abidjan, le juge a débouté le créancier ou le ministère public de sa demande au motif que ce dernier ne parvenait pas à rapporter la preuve de cessation des paiements du débiteur³⁹.

18.Le déclenchement des procédures curatives par le ministère public n'est pas alors une mission aisée. Il est de principe dans les procédures collectives que celui qui clame la cessation des paiements en apporte la preuve. Les autres titulaires⁴⁰ du droit d'accès sont plus nantis que les créanciers. Il n'est pas facile pour les créanciers comme pour le ministère public d'avoir les informations à temps réel sur la situation de la trésorerie du débiteur⁴¹ étant donné que cette trésorerie fait l'objection d'une protection par le secret professionnel des personnes pouvant y avoir accès. Il peut être fait recours à un faisceau d'indices tels que la multiplication des injonctions de paiements demeurées vaines⁴² et plusieurs demandes de rééchelonnement de la dette. Une fois la cessation des paiements établie, le choix de la procédure à ouvrir sera apprécié souverainement par le juge du fond. Cette exigence de preuve de cessation des paiements ne semble pas s'imposer lorsque la saisine est consécutive au décès du débiteur.

2. La saisine en cas de décès du débiteur en cessation de paiements

19.Une fois de plus, l'article 30, alinéa 1 de l'AUPCAP autorise le ministère public à s'adresser directement au juge des procédures collectives. La substance de cet article est la suivante : « *lorsque le débiteur est décédé en état de cessation des paiements, la juridiction compétente est saisie aux fins d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens dans un délai d'un an à compter de la date du décès soit sur déclaration d'un héritier, soit sur l'assignation d'un créancier, soit à la requête du ministère public* ». Cette disposition permet expressément au ministère public de demander l'ouverture d'une procédure collective au juge dans un délai d'un an à compter de la mort du débiteur en cessation de paiement. Il s'agit d'une véritable innovation qui prolonge le droit de saisine directe du ministère public. La raison en est que l'Ancien Uniforme ne donnait cette possibilité qu'au juge, aux héritiers du débiteur décédé et à ses créanciers. C'est ce qui fait dire à un auteur à propos

du droit de saisine directe du ministère public dans cette hypothèse : « *pour l'essentiel, l'innovation à consister à mentionner la saisine par le ministère public, nouvellement admise* »⁴³.

20.Le débiteur doit être décédé dans l'état de cessation des paiements. La notion de débiteur décédé contenue dans l'alinéa 1^{er} de l'article 30 permet de viser toutes les catégories de personnes qui relèvent désormais du nouveau champ d'application de l'AUPCAP révisé. Le pouvoir d'action du ministère public reste contenu dans les délais. Le ministère public, toute comme les créanciers et les héritiers, doivent agir dans un délai d'un an à compter du décès du débiteur. Ce dernier étant décédé en cessation des paiements, il n'est plus visiblement exigé la preuve de cessation des paiements du ministère public. Cela rend l'exercice du droit accordé au ministère public plus souple. Il agit par requête.

21.L'alinéa 2 de l'article 30 demande de suivre la procédure prévue par l'article 29 de l'AUPCAP. Puisque le débiteur est déjà décédé, le président de la juridiction compétente doit faire convoquer ses héritiers, par les soins du greffe, par signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire, à comparaître devant la juridiction compétente siégeant en audience non publique. Le droit convocation contenir la reproduction intégrale de l'article 29 précité, à peine de nullité⁴⁴. Le reste de la procédure dépendra de la comparution ou non des héritiers convoqués. S'ils comparaissent, le président de la juridiction compétente les informe des faits de nature à motiver la saisine du ministère public et recueille leurs observations. S'ils reconnaissent la cessation des paiements du débiteur décédé ou si le président acquiert l'ultime conviction que le débiteur était dans cet état, il fixe un délai qui ne peut excéder 30 jours pour que les héritiers produisent les documents visés à l'article 26 de l'AUPCAP. Au cas où les héritiers préalablement convoqués ne comparaissent pas, la juridiction compétente statue à la première audience publique utile, par une décision réputée contradictoire à l'égard des héritiers du débiteur⁴⁵.

22. Dans l'ensemble, les créanciers dans les procédures préventives et le ministère public dans les procédures curatives ont été les principaux bénéficiaires de l'extension du droit d'accès du juge au juge des procédures collectives opérée par la réforme du 10 septembre 2015. Tel n'a pas été le cas pour certains acteurs clés des procédures collectives d'où le caractère inachevé de l'extension.

II. Une extension inachevée

³⁹ Cour d'Appel d'Abidjan, Arrêt n°912/2000 du 28 juillet 2000 : jurisOhada 2003, n°3, Ohadata J-04-112.

⁴⁰ Le juge, le ministère public.

⁴¹ PERONCHON (F.), BONHOMME (R.), *Entreprises en difficultés-Instruments de crédit et de paiement*, 5^{ème} éd., L.G.D.J., 2001, p.119.

⁴² C'est ce qu'a relevé un jugement rendu par le TPI de Libreville en date du 12 mars 2001, répertoire n°11/2000-2001.

⁴³ SAWADOGO (F.M.), « Acte Uniforme du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », article précité, p.1202.

⁴⁴ Article 29 alinéa 3 de l'AUPCAP.

⁴⁵ Article 29 alinéa 5 de l'AUPCAP.

23. L'œuvre d'intégration de nouveaux titulaires du droit d'action en matière de procédures collectives entamée par la réforme est louable, mais elle s'apparente en une sorte de projet non définitivement réalisé. La raison en est que le législateur a sciemment ou par inadvertance, omis d'accorder le droit d'action à certaines personnes pourtant bien indiquées. Tel est le cas l'associé de la société débitrice (A) et de l'éventuelle caution du débiteur en difficulté (B).

A. La non considération du droit d'accès de l'associé de la société débitrice

24. L'associé peut être une personne physique ou une personne morale⁴⁶. Il se définit assez rustiquement comme un membre, ou un participant à la société. Le Professeur Alain VIANDIER fournit un critère de définition de l'associé qui comporte deux éléments fondamentaux à savoir : la réalisation d'un apport et le droit d'intervention dans les affaires⁴⁷. Pourquoi ne pas aussi intervenir en déclenchant les procédures collectives de la société ? Le législateur n'a pas malheureusement pris en compte ces paramètres importants. Ce qui conduit à un mépris de la place générale de l'associé dans la société (1), mépris qui peut être corrigé par l'extension du droit d'accès à l'associé (2).

1. Le mépris de la place générale de l'associé dans la société

25. Les associés sont à la société ce que sont les cellules à un être biologique, pourrait-on trivialement affirmer. Ceci est vrai même avec la considération « *ohadienne* »⁴⁸ des sociétés unipersonnelles⁴⁹ qui, jusqu'à cette date, ne peuvent juridiquement se déployer que dans la catégorie des sociétés commerciales, et plus précisément sous la forme des sociétés pour lesquelles l'associé n'est pas indéfiniment tenu du passif social⁵⁰. Mais les associés se démarquent nettement des cellules corporelles grâce au rôle de leur volonté, expression de liberté. Cette volonté est fondamentale dans la constitution et l'existence de la société. Du point de vue juridique, l'associé innerve complètement le champ d'application du droit des sociétés commerciales.

⁴⁶ L'hypothèse des groupes de société confirme bien le cas de figure où l'associé est une personne morale ; on pourrait encore bien l'illustrer avec l'actionnariat des personnes morales de droit public dans les sociétés, sans que cette illustration ne soit pour autant pas exhaustive.

⁴⁷ VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, LGDJ, 1978.

⁴⁸ KAMTA FENDOP (E.M.), « Associés », in POUGOUE (P.G.), (dir), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p.354.

⁴⁹ L'analogie dans ce cas de figure avec la biologie correspond aux protozoaires qui sont par définition des êtres vivants unicellulaires, la paramécie étant en un prototype.

⁵⁰ L'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales indique clairement ces formes sociales à savoir la SA, la SARL et plus récemment la SAS.

L'étude du droit des sociétés rend ainsi indiscutablement indispensable celle des associés. Cependant, l'ouverture des procédures collectives OHADA semble banaliser la place, du point de vue pratique et juridique, de l'associé dans la société.

26. L'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif ne reconnaît nullement le droit de demander l'ouverture d'une procédure à l'associé, quelque soit la forme, la nature de la société en cause. Au demeurant, le législateur réduit l'associé en simple renseignant devant faciliter l'exercice du droit d'auto-saisine de la juridiction compétent. En effet, le juge peut se saisir d'office sur la base d'informations fournies par les membres de la personne morale⁵¹. Cette formule, « *membres de la personne* », paraît ambiguë et large, mais vise nécessairement les associés. L'article 29 de l'ancien Acte Uniforme visait directement les associés.

27. La vérité est que l'associé ne peut pas s'adresser directement au juge. Cette exclusion fait partie d'une tradition fortement ancrée en droit des procédures collectives qui tend à neutraliser l'associé de l'entreprise en difficulté. Comme l'avait remarqué un auteur⁵², le rôle des associés dans la détection, voire dans la prévention des difficultés de l'entreprise est bien mineur eu égard à leur qualité de « parent » de l'entreprise concernée. Ce constat peut être parfaitement transposé dans le cadre de traitement des difficultés de l'entreprise réalisé par devant les juridictions. Les associés restent les parents pauvres de la restructuration judiciaire des difficultés de l'entreprise. Ils sont en quelque sorte malheureusement oubliés⁵³ des procédures collectives alors que leur qualité justifie le rôle actif qu'ils devaient jouer dans ces procédures. Ils sont seulement à quelques rôles subsidiaires⁵⁴. Ils ne peuvent pleinement jouer le rôle que leur qualité leur permet par l'absence de reconnaissance d'un droit de saisine à eux. Dès lors, la nécessité d'étendre le droit d'accès à l'associé s'impose.

2. La nécessité d'extension du droit d'accès à l'associé

28. Le nouvel Acte uniforme tout comme l'ancien n'ont pas envisagé d'accorder le droit d'accès au juge des procédures collectives aux associés alors que dans bien nombre de procédures comme le règlement préventif où même la conciliation, le déclenchement

⁵¹ Article 29 alinéa 1 de l'AUPCAP.

⁵² MOHO FOPA (E.A.), « Les associés, parents pauvres de la prévention des difficultés des entreprises dans l'espace OHADA », *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, Tome 13, 2009, p.253 et s.

⁵³ SANGANG (B.I.), *La restructuration de l'entreprise en difficulté*, Mémoire de master, Université de Dschang, 2016p.94.

⁵⁴ Ils peuvent par exemple communiquer les informations importantes à la juridiction compétente pour que celle-ci puisse exercer son droit d'auto saisine.

desdites procédures est souvent laissée à la seule discrétion des dirigeants sociaux⁵⁵. Cette marginalisation des associés entretient la probabilité de poursuite d'une exploitation déficitaire par les dirigeants. Il est important que le législateur reconnaisse le droit de demander l'ouverture des procédures collectives aux associés.

29. Les associés sont en effet, après les dirigeants et les commissaires aux comptes de l'entreprise, les personnes disposant d'informations sur le fonctionnement de celle-ci et donc, ils ont également une position privilégiée pour apprécier sa situation et juger de l'opportunité de recourir à la justice. Les associés sont remplis d'une panoplie d'informations concernant la vie sociale, informations recueillies au cours de l'exercice de leur droit de contrôle qui peut être individuel⁵⁶ ou collectif⁵⁷. Leur posture dans l'entreprise leur donne en effet les moyens de savoir quelles sont les causes des difficultés, leurs manifestations et les mesures idoines à prendre pour sortir l'entreprise du gouffre financier.

30. La consécration d'un pouvoir de saisine des associés contribuerait à rendre plus opérationnelles les procédures de sauvegarde en ce sens que ce pouvoir pourrait être une arme efficace pour contrecarrer la carence des dirigeants réticents à solliciter l'ouverture. C'est aussi ici l'occasion de préciser qu'il serait souhaitable de subordonner l'exercice du droit des associés à la preuve de la défaillance des dirigeants sociaux. Cela éviterait que les associés exercent le droit d'action de manière fantaisiste, s'immisçant inopportunément aux pouvoirs qui reviennent normalement aux dirigeants sociaux.

31. L'extension du droit d'accès aux associés aura un caractère général, c'est-à-dire, ce droit leur sera reconnu dans toutes les procédures, préventives et curatives. Les efforts devraient aller dans le même sens relativement à la caution.

B. La privation du droit d'accès à l'éventuelle caution du débiteur en difficulté

32. Selon le **Lexique des termes juridiques**⁵⁸, la caution est une personne qui s'engage, envers le créancier, à satisfaire l'exécution de l'obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. La situation de la caution en droit OHADA des procédures collectives n'a jamais été un long fleuve tranquille. Le traitement difficile que subit la caution en cas de procédures collectives du débiteur se signale depuis l'ouverture de la procédure où la caution est privée du droit de

demander une telle ouverture. Le constat de la privation (1) permet de comprendre les moyens de son contournement (2).

1. Le constat déplorable de la privation

33. Si le débiteur principal est la personne la plus indiquée pour demander l'ouverture d'une procédure collective, qu'elle soit préventive ou curative, en droit OHADA, il en est autrement en ce qui concerne la caution. Chez cette dernière, c'est la négation totale du droit d'accès. Pourtant, la caution est comme une sorte de débiteur, c'est d'ailleurs un débiteur de rang inférieur. Comment comprendre que le débiteur principal puisse demander l'ouverture d'une procédure collective, alors que la caution ne le peut pas ? La caution est-elle si étrange à l'activité, au fonctionnement de l'entreprise cautionnée ? Nous ne pensons pas car la caution donne parfois son engagement son fonction de son degré, de sa possibilité d'imprégnation dans les affaires du débiteur principal. Cette position lui permettrait de saisir le juge aux fins d'ouverture d'une procédure collective en connaissance de cause et parfois pour la protection de ses propres intérêts, face à un débiteur principal négligent, défaillant et moins diligent.

34. Cette philosophie n'est pas malheureusement appropriée par le législateur OHADA. Ce dernier ne fait pas allusion à la caution à l'ouverture des procédures. La caution est totalement ignorée à cette étape de la procédure, elle n'a même pas la possibilité de faciliter l'exercice du droit d'action d'un titulaire, en lui fournissant par exemple les informations, comme c'est actuellement le rôle assigné aux associés dans l'ouverture des procédures collectives par le législateur. La marginalisation de la caution est générale car elle concerne toutes les procédures.

35. La privation du droit d'action entraîne aussi l'impossibilité pour la caution d'intervenir dans les procédures spéciales notamment en exerçant les voies de recours. C'est la raison pour laquelle le juge de la cour de cassation a écarté la possibilité pour le dirigeant d'intervenir en sa qualité de caution à titre principal dans une instance d'appel du jugement de cession⁵⁹. En effet, en cas d'appel du jugement arrêtant le plan de cession, il ne peut y avoir intervention volontaire à titre principal du dirigeant, caution des dettes sociales⁶⁰. Il existait quand même la possibilité pour cette caution dirigeant de brandir sa casquette de dirigeant social pour agir.

⁵⁵ Article 6 alinéa 2 et article 5-2 de l'AUPCAP.

⁵⁶ Le contrôle individuel se fait par la consultation individuelle des documents sociaux, l'expertise de gestion initiée par l'associé.

⁵⁷ Le contrôle collectif de la gestion sociale par les associés se fait habituellement lors des assemblées générales extraordinaires.

⁵⁸ GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.) (dir.), *Lexiques des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 22^{ème} édition, 2014, p. 154.

⁵⁹ Cass.com., 12 janvier 2016, n°13-24.058, FS-P+B+I, M. Guyomard c/E. de Rouge et a. :Jurisdata n°2016-000231 ; Act.proc.coll.2016-3,comm.43, P.Cagnoli ; JCP G2016, 120, V.Legrand ; LEDEN févr.2016, n°2016, obs. N. Pelletier.

⁶⁰ CAGNOLI (P.), « Intervention de la caution dans l'instance d'appel du jugement de cession », *Rev.Proc.Coll.*, N°2, mars 2016, comm. 34, p.113.

2. L'existence des moyens de contournement de la privation

36. La caution est parfois une personne munie d'une batterie de casquettes en droit des affaires. Les cas dans lesquels la caution se fie à sa seule qualité de garant seront rares. C'est d'ailleurs souvent d'autres qualités qui amènent une personne à prendre l'engagement à payer la dette du débiteur en cas de sa défaillance⁶¹. Ces qualités sont parfois la cause de l'engagement de cette personne en qualité de garant. La qualité de garant devient alors un statut sous lequel se dissimulent parfois beaucoup d'autres casquettes et comme les procédures collectives ont tendance à sacrifier la qualité de garant, ce dernier n'a pas d'autre choix que de s'abriter sous d'autres qualités pour rechercher sa protection en cette période des difficultés du débiteur.

37. Plus précisément, la caution peut avoir recours aux qualités de dirigeant social ou de subrogée aux droits du créancier pour demander l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'entreprise en difficulté.

38. La caution ne pouvant se contenter de cette qualité pour solliciter l'ouverture d'une procédure collective, brandira directement son statut de dirigeant social pour demander une telle ouverture. Il faut alors préciser ici que dans sa double qualification, seule celle de dirigeant social permet à la personne en question d'accéder au juge en matière des procédures collectives. Ici la caution en même temps dirigeant social. On la qualifie de caution-dirigeant, c'est-à-dire un organe de gestion et d'administration de la société qui s'est engagé à payer les dettes de la société au cas où celle-ci serait défaillante.

39. La caution *solvens*⁶² est subrogée dans les droits et actions du créancier contre le débiteur principal⁶³. Relativement à l'accès au juge des procédures collectives, la possibilité d'action de la caution *solvens* signifie que le créancier lui a transmis le droit que la loi accorde d'agir en demandant l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur principal. Il faut que la caution ait payé, en tout ou en partie, le créancier titulaire du droit d'ouverture pour que ce droit lui soit transféré. Le mécanisme ici n'est rien d'autre que la subrogation notamment personnelle.

40. Le constat général qui se dégage est que, contrairement à son prédécesseur de 1998, l'Acte uniforme de 2015, s'est engagé dans un mouvement de « libéralisation » de l'accès au juge des procédures collectives. La raison majeure en est que le législateur de 2015 a reconnu la qualité d'agir aux personnes qui étaient jusque-là ignorées de ce droit. Cette reconnaissance est fonction des différents types de procédure. Dans les procédures préventives, les créanciers ont été les heureux élus, ils peuvent désormais s'associer au débiteur pour demander l'ouverture la nouvelle procédure de conciliation du règlement préventif classique ou simplifié. En matière de redressement judiciaire et de la liquidation des biens, procédures dite curatives, le ministère public a été érigé au rang des titulaires du droit d'action dans une double hypothèse d'ailleurs. Toujours, est-il que les efforts du législateur sont louables, mais il n'a pas du tout entendu les cris de la doctrine qui revendiquait, depuis avant la réforme, le droit d'accès surtout au profit des associés. Par ailleurs, une logique, fondée sur le caractère accessoire du cautionnement et surtout animée par un souci de protection de la caution en cas de procédure collective, devait motiver le législateur à étendre aussi le droit d'accès à la caution. La caution et l'associé apparaissent alors les « oubliés de la réforme ». Rien n'est définitivement perdu à ce stade, car le législateur pourra se rattraper lors d'un renouveau législatif.

⁶¹ On parlera généralement de cautionnement gratuit, mais intéressée.

⁶² C'est-à-dire la caution qui a payé le créancier.

⁶³ Article 31 de l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés.