

# Réflexion A Propos De La Place Du Juge Dans La Procédure Préventive Consensuelle En Droit OHADA Des Entreprises En Difficulté

**BAMANGA DAGA GUIDAKRE**

Doctorant en droit privé à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques

Université de Ngaoundéré- Cameroun

E-mail : [bamanga06@gmail.com](mailto:bamanga06@gmail.com)

[bamanga03@yahoo.com](mailto:bamanga03@yahoo.com)

**RESUME-** Le juge, qui, autrefois était étranger à la matière contractuelle, se trouve aujourd'hui associé à la procédure préventive consensuelle que représente la conciliation. Le législateur OHADA semble avoir posé par cette innovation majeure un principe qui bousculerait à coup sûr les règles classiques du droit des contrats qui préconisaient la non-immixtion du juge dans les contrats. Cette rupture de la tradition juridique dans l'AUPC rénové trouve ainsi son socle dans le souci de sacraliser le pouvoir du juge dans la validation de l'accord des parties et son exécution. Aussi, on peut percevoir dans ces missions du juge un rôle d'examen ou de régulation.

**MOTS CLES :** Juge – procédure préventive consensuelle.

**SUMMARY-** The judge, who once was foreign to contractual matters, is now involved in the consensual preventive procedure that conciliation represents. The OHADA legislator seems to have established by this major innovation a principle which would undoubtedly shake up the classic rules of contract law which advocated the non-interference of the judge in contracts. This break in the legal tradition in the renovated AUPC thus finds its basis in the concern to sanctify the power of the judge in the validation of the agreement of the parties and its execution. Also, we can perceive in these missions of the judge a role of examination and regulation.

**KEY WORDS:** Judge - consensual preventive procedure.

## INTRODUCTION –

Les innovations introduites dans le droit OHADA des procédures collectives sont certes d'envergure, mais, elles ne bouleversent pas totalement l'architecture des procédures de traitement des difficultés des entreprises. Sans bouleverser fondamentalement l'existant, l'AUPC du 10 septembre 2015 est assurément innovant. L'une des innovations a été la réforme qui a introduit en droit OHADA la procédure de conciliation, inspirée de la loi française de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005<sup>1</sup>. En effet, les procédures collectives ont toujours débouché majoritairement soit à la fermeture de l'entreprise soit à la clôture de la procédure sans paiement des créanciers en raison de l'insuffisance d'actif. Face à cette situation, la prévention des difficultés apparaît comme primordiale. Celle-ci consiste à prendre des mesures destinées à éviter que les difficultés des entreprises deviennent si graves qu'elles ne permettent plus d'échapper à l'ouverture d'une procédure collective judiciaire. Il s'agit d'éviter à tout prix que les entreprises ne se trouvent pas dans une situation de défaillance. Ainsi la procédure de conciliation se situe avant la cessation des paiements et a pour objectif de trouver des solutions aux difficultés naissantes de l'entreprise<sup>2</sup>. De nos jours, on parle plus du

<sup>1</sup> R. Akono Adam, « Regards sur les innovations introduites dans la réforme OHADA des procédures collectives du 10 septembre 2015 », *Revue de la recherche juridique*, 2015-4, p.1845.

<sup>2</sup> F-M Sawadogo, « le droit des entreprises en difficulté dans L'AUPC révisé de l'OHADA : approche analytique », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2016, n° 1. p.62.

droit des entreprises en difficulté<sup>3</sup> que de celui des procédures collectives. Un droit, qui s'attache à promouvoir des règles juridiques susceptibles d'assurer la survie des entreprises viables, opérant ainsi une adaptation de la règle juridique aux impératifs économiques. La protection de l'entreprise, entendue comme une unité de production réunissant un ensemble d'éléments affectés à une activité économique<sup>4</sup> est au centre des préoccupations législatives.

La conciliation est définie à l'article 2 de l'AUPC révisé comme « une procédure préventive, consensuelle et 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 sauvegarder. Cette restructuration s'effectue par le biais des négociations privées et de la conclusion d'un accord de conciliation négociée 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 » et exceptionnellement du juge. Le rôle du juge quoique mitigé semble être diversifié, d'où la question de savoir : quelle est la véritable place qu'occupe le juge dans la procédure de conciliation ? Au-delà de son originalité, ce questionnement vient rappeler la manifestation la plus exaltante de l'incursion du juge dans la

matière contractuelle. Par ailleurs, on peut donc répondre en affirmant que le rôle du juge est surtout d'accompagner les parties dans ce processus de traitement amiable<sup>5</sup>. Ainsi, l'organe judiciaire intervient tant en qualité d'examineur (I) qu'en qualité de régulateur (II).

## I. LE JUGE, UN EXAMINATEUR DANS LA PROCEDURE PREVENTIVE CONSENSUELLE

Les parties à la négociation sont principalement le débiteur qui agit à travers ses dirigeants ou ses représentants s'il s'agit d'une personne morale, les créanciers et les contractants non créanciers. L'issue souhaitée de cette négociation est qu'elle aboutisse à un accord qui met fin aux difficultés de l'entreprise. Il y a donc validation de l'accord des parties. L'accord de conciliation est de nature essentiellement amiable, il n'est exécutoire qu'entre les personnes ayant participées à l'accord et donc inopposable aux tiers. La signature de l'accord ou l'expiration du délai<sup>6</sup> marque la fin de la conciliation. Mais avant d'en arriver là, la proposition de l'accord doit être soumise par les parties au juge (A). Et ce dernier reste museler pendant la période de validation de l'accord (B).

### A. LE CONTROLE DE LA PROPOSITION DE L'ACCORD DES PARTIES

Pour être validée, une proposition préalable de l'accord est soumise au juge par les parties. Toutefois, cette proposition au juge est conditionnée au caractère consensuel de l'accord (1) et revêt plusieurs modalités (2).

#### 1. Le contrôle du caractère consensuel de l'accord

Adoptée en droit français par la loi du 26 juillet 2005<sup>261</sup>, et en droit OHADA par le nouvel Acte uniforme des procédures

<sup>3</sup> V. J. Pailluseau, « Du droit de la faillite au droit des entreprises en difficulté », *Études offertes à Roger Houin*, Dalloz-Sirey 1985, p. 109. Mettant en exergue cette idée, Monsieur Pailluseau affirme que « Il convient que le débiteur ne puisse plus dissimuler l'entreprise, et que la nécessaire protection des créanciers et du crédit ne puisse plus écarter celle des autres intéressés et celle de l'intérêt général ». Cité par R. Akono Adam, « Regards sur les innovations introduites dans la réforme ohada des procédures collectives du 10 septembre 2015 », *Revue de la recherche juridique* ; op.cit. p.1843.

<sup>44</sup> En ce sens, v. J. Pailluseau, « L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », *LPA*, 19 juin 1996, n° 74, p. 17 ; « La modernisation du droit des sociétés commerciales », *D.* 1996, p. 287 ; « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP*, I 1984, I, n° 3148 ; « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit », *D.*, 1997, p. 97 ; « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », in *Études offertes à Roger Houin, problèmes d'actualités posés par les entreprises*, op. cit., p. 109-150. Cité par R. Akono Adam, « Regards sur les innovations introduites dans la réforme ohada des procédures collectives du 10 septembre 2015 », *Revue de la recherche juridique* ; op.cit. p.1843.

<sup>5</sup> Y. R. KALIEU ELONGO, *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, PUA Yaoundé, 2016, p.65.

<sup>6</sup> Un délai qui est de quatre mois maximum selon l'article 5-2 al.1 de l'AUPC.

collectives<sup>262</sup>, la procédure de conciliation est un cadre de négociation, de sorte que l'accord qui en résulte prend la forme d'un contrat formé suivant la volonté des parties. Le projet de règlement des créances doit traduire la volonté sinon de tous les créanciers, à tout le moins des principaux créanciers. Ce caractère consensuel de l'accord s'inscrit dans le cadre de contractualisation de la restructuration de l'entreprise dont les difficultés sont imminentes. Ainsi, l'accord de conciliation est un contrat où les parties sont liées par une obligation qui tient aux engagements pris<sup>7</sup>. Il doit respecter les principes fondamentaux du droit commun des contrats, c'est-à-dire qu'aucune partie ne sera obligée contre sa volonté (1), dans le respect de la liberté contractuelle (2).

- ***L'exigence judiciaire de l'autonomie de la volonté***

Issue de la philosophie individualiste et du libéralisme économique à la fin du XVIIIe, l'autonomie de la volonté conditionne le régime juridique du contrat. La philosophie des lumières a soutenu la liberté de l'homme<sup>8</sup>. Personne ne doit être soumis à une autre personne. S'il faut suivre ce principe de liberté, comment faut-il expliquer alors, par exemple, qu'il y ait un créancier et un débiteur ? La réponse réside sans doute dans l'expression autonome de la volonté : « poser que l'homme est obligé uniquement parce qu'il l'a voulu, c'est encore respecter sa liberté ».<sup>9</sup> Il faudrait admettre que personne ne doit être assujéti à des obligations contre sa volonté<sup>10</sup> ; que toute personne doit respecter les obligations auxquelles elle a volontairement consenti. La volonté se donne à elle-même sa loi.

<sup>7</sup> M. POUmarede, *Droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, p. 1.

<sup>8</sup> J.-J. ROUSSEAU s'est élevé contre les inégalités sociales et a proposé un Contrat social en 1762 pour une société démocratique ; VOLTAIRE a dénoncé les abus du pouvoir de la monarchie pour le respect de la liberté individuelle à la faveur de l'affaire dite Calas, procès cassé en 1765 ; Ch. DE SECONDAT MONTESQUIEU a critiqué la monarchie absolue et proposé la séparation des pouvoirs dans son œuvre *L'esprit des lois* en 1748.

<sup>9</sup> F. TERRE et Alii, *Droit civil. Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, p. 32.

<sup>10</sup> E. GOUNOT, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd., Arthur Rousseau, 1992, p. 61.

L'accord de conciliation pourrait être rattaché à cette philosophie individualiste issue de la philosophie des lumières, notamment à l'assertion selon laquelle « la convention est la base de toute autorité »<sup>11</sup>, « le libre jeu des volontés ne peut que respecter la justice ».<sup>12</sup> Si l'on raisonne dans le sens que l'autonomie de la volonté est, a priori, guidée par une raison infaillible, parce que, la raison prenant source dans la volonté, elle est créatrice de droit<sup>13</sup>, chaque personne qui contracte est supposée être le meilleur protecteur de ses intérêts.

L'autonomie de la volonté est sans doute un moyen de maintenir l'équilibre socio-économique et de favoriser la prospérité sociale car la recherche d'intérêt privé par chacun aboutit à la satisfaction de l'intérêt général qu'on peut considérer comme la somme des intérêts privés.

La théorie de l'autonomie de la volonté laisserait croire que le contrat se suffit à lui-même, c'est-à-dire qu'il n'aurait besoin d'aucune norme pour s'appliquer aux parties. Si une partie est tenue, c'est parce qu'elle l'a voulu ; mais alors, s'interroge un auteur, « comment expliquer qu'elle continue à être liée si sa volonté change »<sup>14</sup> ? « la volonté actuelle, vivante {l'emporte sur} la volonté passée, morte ».<sup>15</sup> C'est dire que cette théorie de l'autonomie de la volonté est à relativiser. D'autant que le contrat est « est un instrument forgé par le droit ».<sup>16</sup>

Lorsque l'autonomie de la volonté s'applique au droit positif des contrats, trois principes émergent<sup>17</sup> : les parties sont libres de contracter ou de ne pas contracter, ce qui traduit la liberté

<sup>11</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social, IV, l'esclavage*, 1762.

<sup>12</sup> F. TERRE et Alii, *Droit civil, Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, p. 33

<sup>13</sup> D. TERRE-FORNACCIARI « L'autonomie de la volonté », *Rev. sc. Morales et politiques*, 1995, p. 264.

<sup>14</sup> F. TERRE et Alii, *Droit civil, Les obligations, op.cit.*, p. 35.

<sup>15</sup> G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse de doctorat, Paris, 1965, p. 407 ; V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux*, thèse de doctorat, Paris I, 1990, p. 71.

<sup>16</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2006, p. 197.

<sup>17</sup> V. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, éd., Dalloz, 2016, n° 75, 85 et s.

contractuelle ; si les parties se lient, elles doivent respecter les engagements, ce qui traduit la force obligatoire des contrats ; et enfin seules les personnes qui se sont obligées sont tenues par le contrat, c'est l'effet relatif des contrats. Nous ne nous intéresserons qu'à la liberté contractuelle qui sous-tend le caractère consensuel dans la procédure de conciliation.

### - *L'exigence judiciaire de la liberté contractuelle*

La liberté contractuelle est la première manifestation de l'autonomie de la volonté<sup>18</sup>. Elle serait une valeur constitutionnelle qui découlerait de l'article 4 de la Déclaration de 1789, quoique la jurisprudence du Conseil constitutionnel français<sup>19</sup> soit difficile à interpréter.

La liberté contractuelle comporte trois principes fondamentaux à savoir la liberté de contracter ou de ne pas contracter, la liberté de choisir son contrat, et la liberté de déterminer le contenu et la forme<sup>20</sup> de son contrat.

Dans la procédure de conciliation, la liberté contractuelle expose le chef d'entreprise à deux situations difficiles : il doit approcher tous les principaux créanciers dans l'espoir de parvenir à un accord de règlement des dettes, mais aucun créancier n'est obligé d'accepter ses propositions. Si un créancier n'est pas appelé à prendre part aux négociations, ce dernier peut user de son droit civil pour le poursuivre. En fin de compte, le respect de l'autonomie de la volonté, dont la liberté contractuelle est une manifestation, ne privilégierait pas l'intérêt général incarné par l'entreprise. Cependant, cette

<sup>18</sup> B. OPPETIT, « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », *Rev. sc. Morales et politiques*, 1995, p. 242.

<sup>19</sup> Cons. const., 19 déc. 2000, n°2000-437 DC ; D. 2001, 1766, obs. RIBES ; RTD civ. 2001, 229, obs. N. MOLESSIS ; v. également, P.-Y. GHADOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, éd., Dalloz, 2008 ; A. DUFFY, « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », RD pub. 2006, 1569. : « le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ».

<sup>20</sup> A. SERIAUX, *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, 1998, n°38.

liberté contractuelle dans la procédure de conciliation aboutit à la soumission de l'accord au juge pour validation.

### 2. *La validation de l'accord des parties*

L'article 5-10, alinéa premier, de l'AUPC indique que l'accord de conciliation peut être déposé au rang des minutes d'un notaire ou homologué ou exécuté par la juridiction compétente statuant à huis clos. L'homologation de l'accord de conciliation est de deux types : une homologation visa ou de droit et une homologation spéciale en présence d'un tel privilège.

#### - *L'homologation judiciaire de droit ou visa*

Lorsque les parties se sont mises d'accord sur les termes de l'accord, celle la plus diligente peut demander son homologation. La mesure vise à anticiper un éventuel changement d'opinion de la part d'un débiteur de mauvaise foi qui, pour une telle ou telle raison, voudrait faire échouer la procédure. En pratique, un tel scénario est rare dans la mesure où l'auteur principal de la mise en place de l'accord est le débiteur lui-même. Dès le dépôt de l'accord par le conciliateur, le tribunal n'attend pas les parties pour procéder à son homologation, cette dernière étant de droit<sup>21</sup>.

Le pouvoir d'appréciation du juge OHADA est limité dans l'homologation d'un accord de conciliation qui ne comporte pas de privilège d'argent frais. Son rôle se limite à vérifier qu'il existe formellement un accord entre les parties. Il ne peut ni se prononcer sur la qualité de l'accord signé, ni sur les éventuelles conséquences de ce dernier à l'égard des tiers, notamment, les créanciers non signataires. Cette homologation de droit est officiellement appelée « homologation visa ». Elle n'est pas soumise à publicité<sup>22</sup>, sauf si l'accord comporte un privilège de new money. L'homologation ne reprend pas le contenu de l'accord. Cette mesure a le mérite d'attirer plus de créanciers vers la conciliation dans la mesure où il n'y a point de publicité jusqu'au stade de l'homologation. De ce fait, la confidentialité se justifie. Elle se

<sup>21</sup> Art. 5-10, al.1, AUPC.

<sup>22</sup> Art. 5-9, AUPC

justifierait également pour la protection de la procédure en cours : « *la conciliation est une procédure non contraignante, les partenaires du débiteur qui ne sont pas appelés à la conciliation doivent être tenus à distance de la connaissance des difficultés de l'entreprise pour éviter, que dans un mouvement rapide et massif de préservation par chacun de ses intérêts propres, soit définitivement scellé le sort de l'entrepreneur et, avec lui, de son activité* ». <sup>23</sup>

#### - **L'homologation d'un accord comportant un privilège de conciliation**

Dans l'homologation d'un accord comportant un privilège de conciliation, toutes les mesures contraires existant dans l'homologation visa subsistent. D'abord la confidentialité <sup>24</sup> ne peut plus être maintenue : « le secret n'est plus de mise lorsque le juge en donnant son sceau à l'accord, permet notamment à certains créanciers de bénéficier d'une situation préférentielle ». <sup>25</sup> La décision d'homologation est publiée au RCCM ou dans un registre chronologique selon l'identité du débiteur. Un auteur français regrette que le privilège de la conciliation ne soit pas soumis aux règles de publicité de droit commun des privilèges en France. Il invite les créanciers à être vigilants en recherchant notamment par eux-mêmes les informations relatives au patrimoine du débiteur <sup>26</sup>. Cependant, d'autres auteurs regrettent la publicité qui entoure l'homologation. Ces auteurs opposent à la sécurité de l'accord par l'effet d'homologation, l'exposition des difficultés de l'entreprise, ce qui, selon eux, porte préjudice à son crédit vis-à-vis de ses partenaires <sup>27</sup>.

<sup>23</sup> F. REILLE, « L'instauration d'une conciliation à la française en droit des entreprises en difficulté Ohada », *LPA*, 9 mars 2016, n° 49, p. 13.

<sup>24</sup> Art. 5-11, al. 5, AUPC.

<sup>25</sup> A. JACQUEMONT, R. VABRES, *Droit des entreprises en difficulté*, 9<sup>e</sup> éd., LxisNexis, 2015, p. 78.

<sup>26</sup> P.-M. Le Corre, « Du privilège occulte de conciliation », *Gaz. pal.* 13 oct. 2012, n°287, p. 3.

<sup>27</sup> A. TOH, La prévention des difficultés des entreprises : étude comparée de droit français et droit OHADA, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2015, p. 231 ; B. DUMAS, « Le banquier face à l'entreprise en difficulté », *Rev. Banque*, 2008, p. 145 ; L. HANOCHOWICZ, « L'homologation de l'accord amiable : un leurre pour les créanciers ? », *Rev. Banque*, juin 2006, n° 681, p. 52.

Ensuite, la décision ayant homologué l'accord est susceptible d'opposition par tout intéressé dans les quinze jours de sa publication devant la juridiction compétente <sup>28</sup>. Un appel peut être interjeté contre la décision de la juridiction saisie pour opposition dans les quinze jours de son prononcé. Le recours contre une décision d'homologation sera notamment utilisé lorsqu'un ordre public n'a pas été respecté. Le choix du type de recours effectué par le législateur africain a été critiqué par une doctrine <sup>29</sup>, qui estime qu'une tierce-opposition aurait été plus adaptée, dans la mesure où cette dernière vise à faire rétracter ou réformer un jugement au profit d'un tiers qui s'y oppose, dans le but de protéger ses intérêts. Quoiqu'il en soit, l'appel reste ouvert dans l'hypothèse d'un rejet de l'opposition. Si le juge est sollicité par les parties dans le cadre d'une proposition préalable à l'accord de conciliation, tel n'est pas le cas lorsqu'il s'agit de la conclusion de cet accord qui voit le pouvoir du juge muselé.

## **B. LE MUSELLEMENT DU POUVOIR DU JUGE DANS LA VALIDATION DE L'ACCORD**

Pendant la période de conclusion de l'accord en conciliation par les parties, le juge se trouve souvent écarté lors de ce processus. Si ce musellement est compréhensible au regard de l'impératif de confidentialité (1), il ne l'est pas toutefois au regard de l'impératif de transparence (2).

### **1. Un musellement compréhensible au regard de l'impératif de confidentialité**

<sup>28</sup> Art. 5-11, al. 6, AUPC.

<sup>29</sup> « Au regard des parties en présence, on peut s'interroger sur la pertinence de la voie de recours choisie par le législateur. En effet, l'opposition peut être définie comme étant une voie de rétractation ouverte à la partie contre laquelle un jugement par défaut a été rendu (G. Couchez, X. Lagarde, *Procédure civile*, 17<sup>e</sup> éd., 2014, Sirey, p.469). Avec son effet suspensif et évolutif, elle donne l'occasion à l'opposant de faire valoir ses arguments car il n'avait pas été en mesure de le faire dans la première procédure alors que la décision attaquée lui fait grief. Or, il sera assez rare de voir un créancier ou un débiteur former opposition contre une décision d'homologation alors que l'accord ne peut être modifié par le tribunal et que la décision n'a pour but que de lui donner force exécutoire » : C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018, p. 212.

Ce concept de confidentialité a été défini par l'Organisation internationale de normalisation (ISO) comme « le fait de s'assurer que l'information n'est accessible qu'à ceux dont l'accès est autorisé » ; il s'agit en d'autres termes de circonscrire la divulgation d'une information à un groupe restreint ou bien défini. En effet, tout au long de cette phase préventive de conciliation, les principaux acteurs à l'exclusion du juge, devront chercher à résoudre contractuellement et amiablement leur différent dans un cadre règlementé. Ils devront s'assurer que les discussions et les informations seront gardées secrètes. Ainsi, la confidentialité apparaît comme l'une des caractéristiques essentielles de la procédure de conciliation. Ainsi, cet impératif de confidentialité qui écarte le juge est justifié même si l'on observe un silence dans la sanction de violation d'un tel impératif.

- ***La justification de l'impératif de confidentialité muselant le juge***

La confidentialité est un pilier solide de la politique de sauvetage des entreprises. Par conséquent, la procédure de conciliation est basée sur ce que l'on appelle le secret de la négociation. Il est impératif de ne pas ruiner le crédit de l'entreprise et inquiéter ses clients en officialisant ses difficultés. C'est surtout parce que l'entreprise est en mauvaise posture qu'elle peut susciter un manque de confiance de la part des différents partenaires ; l'objectif du législateur doit être alors celui de préserver la bonne image du débiteur afin de ne pas aggraver sa situation, de faire en sorte que les problèmes rencontrés ne s'ébruitent point.

La confidentialité est donc la mesure de protection de l'entreprise qui, révélant des difficultés pouvant la conduire à la défaillance, les partage avec ceux susceptibles de l'aider à surmonter cette situation par la négociation d'accords amiables et loyaux. Sans la confidentialité, les difficultés pourraient être aggravées par des actions individuelles de créanciers ou partenaires voulant se prémunir brutalement d'une défaillance que l'on cherche à éviter. Mais 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 d'un commun accord sur l'état des lieux, la compréhension de l'origine des difficultés, les solutions pour les résoudre et les perspectives. 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<sup>30</sup>. Ainsi comme l'affirme la doctrine, « c'est bien la confidentialité qui peut permettre une parfaite transparence »<sup>31</sup> entre les parties concernées<sup>32</sup>.

L'on peut ainsi constater que sans confidentialité, la prévention n'est rien. Grâce au secret qui entoure les négociations entre le débiteur et ses banques, client ou fournisseurs clefs, il est plus aisé de discuter et d'échanger pour tenter de parvenir à un accord.

Une place particulière doit être en effet réservée au crédit de l'entreprise en raison de la fragilité de sa situation financière, économique et sociale<sup>33</sup>. Lors de la prévention des difficultés de l'entreprise dans la procédure préventive de conciliation du droit OHADA, la vie de l'entreprise en difficultés est dominée par le secret en raison notamment des besoins de financement ainsi que des concours de ses partenaires. Selon GUYON, pour être accompagnée dans ses difficultés, l'entreprise doit être crédible. Cependant, la propagation des rumeurs altère l'image de l'entreprise et pourrait lui faire perdre la confiance de ses partenaires<sup>34</sup> notamment ses fournisseurs et ses clients. Il est donc nécessaire de préserver sa crédibilité. Toutefois, pour bénéficier de cette confiance,

<sup>30</sup> W. BEKONO NKOA, *L'information dans le droit des entreprises en difficulté de l'espace OHADA*, thèse, université de ngaoundéré, 2016.

<sup>31</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>32</sup> W. BEKONO NKOA, *L'information dans le droit des entreprises en difficulté de l'espace OHADA*, op.cit.

<sup>33</sup> M.OULD EBA, *L'information en droit des entreprises en difficulté*, thèse op.cit, n°413, p. 244.

<sup>34</sup> Y. GUYON, « La transparence dans les procédures collectives », *LPA*, 21 avril 1999, n°79, pp. 8 et s

l'entreprise en difficultés doit être crédible et discrète sur ses difficultés passagères<sup>35</sup>.

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 de GUYON « *Précipitée encore plus vite et de manière encore plus inéluctable vers la cessation des paiements* »<sup>36</sup>.

En outre, le caractère contractuel de l'accord amiable 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 encore moins sur les créanciers non-signataires. Pour remédier au problème qui, pourrait entraîner des conséquences graves de la prise de contact avec les créanciers sur la confidentialité de l'entreprise nécessaire au crédit de l'entreprise, il est important pour le débiteur de bien choisir ceux avec lesquels il partagera son secret et, qui devront respecter l'accord de bonne foi<sup>37</sup>. Ces derniers doivent être en mesure de protéger le secret de l'entreprise et de la soutenir afin d'éviter d'inviter des créanciers dont les sacrifices non rentables porteraient atteinte à la confidentialité de l'information<sup>38</sup> malgré les efforts déployés par le conciliateur pour mettre les parties d'accord<sup>39</sup>.

Toutefois, il faut se demander comment convaincre des parties de participer à une procédure de conciliation en assurant que le déroulé des négociations demeurera confidentiel, quelle que soit l'issue. En pratique cela n'est pas tout à fait facile. En effet, il peut arriver que les informations s'échappent soit par voie de presse ou par un acteur moins conscient de l'enjeu en

évidence. Face à cette à cette situation, quelle sanction le législateur va-t-il prévu ?

#### - *La sanction liée à la violation de l'obligation de confidentialité*

Le législateur OHADA est muet en ce qui concerne la sanction liée au manquement de l'obligation de confidentialité. En tant que procédure contractuelle, il faut sans doute se référer au droit commun afin de décider si la faute a causé un préjudice ou non. En France par exemple, la question est réglée. En effet, pour le juge français la confidentialité ne signifie pas que les personnes sont soumises au secret professionnel pénalement sanctionné. Il s'agit d'une confidentialité civile, puisqu'elle peut être levée par l'entreprise bénéficiaire<sup>40</sup>.

Le non-respect de cette confidentialité est à notre sens sanctionné ainsi sur le fondement de la responsabilité civile<sup>41</sup> à travers l'octroi de dommages et intérêts si, la violation de l'obligation de confidentialité est source de préjudice pour le débiteur. A titre d'exemple, tel sera le cas de la violation qui aurait entraîné la perte de confiance des fournisseurs de l'entreprise et par voie de conséquence, l'ouverture d'une procédure collective de règlement préventif, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens qui, sont soumises à la publicité<sup>42</sup>.

Le conciliateur est tenu également à la confidentialité et non pas au secret professionnel<sup>43</sup>. Cette obligation incombe d'ailleurs à toute personne qui est appelée à la procédure ou qui, par ses fonctions en a connaissance. Cette obligation de discrétion est essentielle pour que les débiteurs en difficultés acceptent de solliciter l'ouverture d'une procédure préventive de conciliation en droit OHADA. La sanction de sa violation comme dit

<sup>35</sup> Sur une étude globale de la confidentialité, lire utilement BOURBOULOUX (H.), « Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés », *op.cit.*, spéc. n°3, p. 183 ; CHAPUT (Y.), « La réforme de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises », *JCP E*, n°38, 21 septembre 1994, I, 3786 ; LATREILLE (A.), « Réflexions critique sur la confidentialité dans le contrat », *LPA*, 07 aout 2006, n°156, pp. 4 et s.

<sup>36</sup> GUYON (Y.), « La transparence dans les procédures collectives », *op.cit.*, n°2.

<sup>37</sup> Sur la bonne foi, Lire utilement l'article 1134 du Code civil.

<sup>38</sup> F.PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op.cit.*, p. 88.

<sup>39</sup> W. BEKONO NKOVA, *L'information dans le droit des entreprises en difficulté de l'espace OHADA*, *op.cit.* p.92.

<sup>40</sup> CA Paris, 14<sup>ème</sup> ch. B, 2 avril 1999, Bull. inf. Cour de cassation, 2000, n° 121.<http://www.senat.fr>.

<sup>41</sup> Sur la mise en œuvre de cette responsabilité civile, voir les articles 1134 et 1135 pour la responsabilité contractuelle ; puis 1382 et suivants du Code civil pour la responsabilité délictuelle.

<sup>42</sup> W. BEKONO NKOVA, *L'information dans le droit des entreprises en difficulté de l'espace OHADA*, *op.cit.* p.91.

<sup>43</sup> T. MONTERAN, « Présentation générale de la prévention et de la procédure de conciliation », *Gaz. Pal.* 08 septembre 2005, n°251, pp. 8 et s.

plus haut n'est résolue que sur le plan civil et pas pénal. Cependant, face au musellement compréhensible du juge lié à l'obligation de confidentialité, l'on assiste par ailleurs à son musèlement incompréhensible au regard de l'impératif de transparence.

## **2. Un musellement incompréhensible au regard de l'impératif de transparence**

Le musellement du juge dans l'accord de conciliation au regard de l'exigence de transparence<sup>44</sup> dans l'espace OHADA est incompréhensible. Il se manifeste tant dans l'abandon de la procédure entre les mains du débiteur que par la non communication des preuves des difficultés prévisibles.

### **- Un musellement incompréhensible par l'abandon de la procédure entre les mains du débiteur**

En marquant du sceau de la confidentialité la « boîte d'outils à anticiper »<sup>45</sup>, le législateur encourage le débiteur à se mettre très tôt sous la protection judiciaire. Ainsi, la prévention par la conciliation a été laissée à la discrétion du débiteur. Son emprise est telle qu'il choisit seul les créanciers sur la table des négociations. Toutefois la souplesse de la conciliation peut inciter certains dirigeants à opter pour cette procédure même si, un risque d'utilisation inutile puisse apparaître. En effet, parce que le débiteur est de mauvaise foi qu'il va souvent être tenté de déclencher la conciliation dans le seul but d'acquiescer de nouveaux délais, voire retarder le paiement des dettes. Il peut faire de cette méthode plutôt intéressante, une sorte de passerelle pour échapper à certains créanciers<sup>46</sup>.

Face à cette situation, le musellement du juge au regard de l'impératif de transparence

est incompréhensible, puisque ce dernier est d'un grand rôle dans la procédure pour éviter que le débiteur de mauvaise foi puisse se servir de la situation.

S'agissant de l'initiative de la prévention par exemple elle est laissée à la seule discrétion du débiteur. Contrairement à certains législateurs européens<sup>47</sup> qui confient à une autorité administrative, le pouvoir d'ordonner l'ouverture d'une procédure collective, le législateur OHADA n'a pas prévu cette hypothèse<sup>48</sup>. Me Alain FENEON<sup>49</sup>, a notamment pu affirmer que « c'est à l'entreprise et à elle seule, qu'est donnée l'initiative d'engager la procédure en saisissant la juridiction compétente et de s'identifier comme une entreprise connaissant une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise ». Pour un créancier cela relèverait de l'art divinatoire<sup>50</sup>. Il doit toutefois dans le cadre de la conciliation, fournir à l'appui de sa requête un ensemble de documents juridiques et comptables apportant la preuve l'état réclamé. Ces documents ne sont pas exigés à peine d'irrecevabilité comme c'est le cas pour les procédures de règlement préventif. Le caractère volontaire<sup>51</sup> prévalant ici, le juge pourra simplement demander au débiteur de compléter sa demande s'il estime qu'un document particulier est essentiel pour la poursuite de la procédure.

Il est à constater ainsi qu'au regard de ce caractère amical et surtout volonté dont sont fortement imprégnées les procédures

<sup>44</sup> Voir W. VOUDWE BAKREO, *Exigence de transparence des sociétés commerciales dans l'espace OHADA*, *op.cit.*,

<sup>45</sup> F. REILLE, « L'instauration d'une conciliation à la française en droit des entreprises en difficulté OHADA », in *Petites Affiches*, 03 mars 2016, n°49, p.17.

<sup>46</sup> L.C. MAMBOKE BIASSALYN, « procédure de conciliation dans la prévention des difficultés des entreprises en droit OHADA », *op. cit.* p.17.

<sup>47</sup> La Grèce et l'Italie par exemple. V. en ce sens MENJUCQ, art. préc., : RJDA 6/2001, p.579, n°3, note 8.

<sup>48</sup> L.C. MAMBOKE BIASSALYN, « procédure de conciliation dans la prévention des difficultés des entreprises en droit OHADA », *op. cit.* p.17.

<sup>49</sup> A. FENEON, « Le règlement préventif : analyse critique », in *pénant*, n°870,2010, pp.15 à 27.

<sup>50</sup> Le législateur impose au débiteur lui-même « une recherche délicate et parfois divinatoire, sur les conséquences d'un fait lui-même imparfaitement inconnu ». V. KALIEU ELONGO (Y.R.) *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, *op. cit.*

<sup>51</sup> K.S. EVELAMENOU, *le concordat préventif en droit OHADA*, Thèse en droit, Université de Lomé (Togo), Université Paris-Est Val-De-Marne (France), 2012, pp.44 et sv.



préventives dites confidentielles, celles-ci ne peuvent en aucun cas être imposées au débiteur. Ainsi, le débiteur ne saurait être entraîné contre son gré dans une procédure de conciliation. Cette procédure ne peut donc pas être ouverte d'office par la juridiction compétente. La raison d'un tel monopole est que la prévention pour être efficace doit être actionnée dès l'apparition des premiers signes de défaillance. A ce moment, seul le débiteur lui-même est capable de les détecter et par conséquent déclencher la procédure.

- ***Un musèlement incompréhensible par la non communication des preuves des difficultés prévisibles***

Le législateur OHADA, à l'instar de son homologue français vise des difficultés « prévisibles », ce qui implique d'intervenir plus en amont, sans attendre forcément que les difficultés soient avérées ou sérieuses comme c'est le cas avec le règlement préventif. La formule de l'AUPC est plus large, parce que le législateur n'a pas précisé le type de difficulté concernée. Ainsi, on peut considérer que l'AUPC admet que les difficultés, qui ne sont pas nécessairement juridiques, économiques ou financières puissent donner lieu à l'ouverture de la procédure de conciliation<sup>52</sup>.

On range dans les difficultés économiques possibles les problèmes liés à l'insuffisance de fonds de roulement. Les effets néfastes de la concurrence marquée par exemple par l'arrivée de nouveau concurrent dans le secteur d'activité, l'incidence éventuelle de la perte d'un monopole, d'une exclusivité ou d'une concession<sup>53</sup>.

Les difficultés à caractère juridique renvoient par exemple à un contentieux important que le débiteur aurait avec un de ses partenaires, à une procédure de contrefaçon en cours. Elles seront d'autant plus facilement admises qu'elles

peuvent entraîner des conséquences économiques et financières importantes<sup>54</sup>.

Toutefois, il ne suffit pas que la difficulté soit identifiée. Elle doit présenter certains caractères. Elle doit être avérée ou prévisible.

On dira qu'une difficulté, quel que soit sa nature, est avérée lorsqu'elle a effectivement été constaté et que l'on peut assez facilement en mesurer les conséquences parce que les faits sont déjà survenus. La difficulté prévisible est celle dont on ne peut pas, au moment de la demande d'ouverture de la procédure qu'avoir des indices ou des craintes et qui peuvent se révéler par la suite justifiés ou non. Il s'agit seulement d'entrevoir, d'« imaginer » ces difficultés, ce qui a fait dire à certains auteurs qu'elle « impose une recherche délicate et parfois quasi divinatoire, sur les conséquences d'un fait lui-même imparfaitement connu »<sup>55</sup>. Cette conception extensive des difficultés conduit en réalité à admettre l'ouverture d'une procédure de règlement préventif dans les hypothèses plus larges et plus nombreuses que ne le sont les autres procédures<sup>56</sup>.

Il s'agit notamment de la pandémie de COVID-19 qui crée un contexte généralisé de difficultés dans les entreprises. Ainsi, dans les premières mesures de riposte gouvernementale contre cette pandémie imposante, dans certains pays de l'espace OHADA, le confinement ou le suggérant simplement dans d'autres, limitant les effectifs dans les entreprises, l'activité économique est entrée en hibernation. Les entreprises surtout celles du secteur informel comme l'agriculture, l'artisanat, la restauration, ont vu leur chiffre d'affaires considérablement baissés. La réduction des capacités de production, la limitation des entrées de caisses ont rapidement créé chez certains opérateurs économiques des tensions de trésorerie les empêchant d'honorer, dans une échéance proche ou plus ou moins lointaine, leurs engagements de

<sup>52</sup> R. AKONO ADAM, « Regards sur les innovations introduites dans la réforme ohada des procédures collectives du 10 septembre 2015 », *op.cit.* p.1854.

<sup>53</sup> Y .R., KALIEU ELONGO, *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, *op. cit.* p.66.

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> A. JACQUEMONT et R.VABRES, *Droit des entreprise en difficulté*, *op. cit.* p.64.

<sup>56</sup> Y .R., KALIEU ELONGO, *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, *op. cit.* p.67.

remboursement des dettes sociales ou d'acquittement des charges sociales et fiscales<sup>57</sup>.

Après quelques mois d'activités partielle ou de cessation d'activité pour certaines entreprises, les difficultés existent déjà et la conciliation pourrait s'avérer d'un secours indispensable à la limitation des effets de cette pandémie sur leur situation financière.

S'agissant ainsi de la validation de l'accord des parties dans la procédure de conciliation par le juge, il convient de retenir que si celui-ci est sollicité par la proposition préalable de l'accord, son pouvoir est par ailleurs muselé. Qu'en est-il alors de son intervention dans l'exécution de l'accord des parties ?

## II. LE JUGE, UN REGULATEUR DANS LA PROCEDURE PREVENTIVE CONSENSUELLE

L'issue souhaitée des négociations est qu'elle arrive à la conclusion d'un accord qui met fin aux difficultés de l'entreprise. L'accord intervenu doit être exécuté. Toutefois, le juge contribue en amont à l'exécution de cet accord (A) en plus de sa résurgence en cas de difficulté entre les parties à la négociation (B).

### A. LA CONTRIBUTION EN AMONT DU JUGE A L'EXECUTION DE L'ACCORD

L'intervention du juge en amont par rapport à l'exécution de l'accord s'effectue d'une part par la prise des mesures de suspension des poursuites et de report des paiements (1) et d'autre part par la désignation d'un conciliateur comme second appui aux parties en conciliation (2).

#### 1. La prise des mesures de suspension des poursuites et de report des paiements

Pendant toute la période d'exécution de l'accord et pour favoriser celle-ci, le juge suspend les poursuites contre le débiteur et autorise le report des paiements.

<sup>57</sup> J.-M. TATSADONG TAFEMBA, « la covid-19 et la prévention des difficultés des entreprises dans l'espace ohada », *Revue trimestrielle de droit économique*, op.cit. p.199.

#### - *L'interruption et l'arrêt des poursuites contre le débiteur*

L'article 5-12 de l'AUPC dispose que l'« accord interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle, exercée tant sur les meubles que les immeubles du débiteur, dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet ». L'interprétation stricte de cette disposition permet de dire que ne sont pas concernées par la suspension les actions qui ne tendent qu'à faire reconnaître l'existence d'un droit ou en fixer le montant<sup>58</sup>.

Ainsi, en droit français également, la suspension des poursuites, interdit notamment aux cautions d'agir contre le débiteur car cette disposition fait échec à l'article 2039 du code civil qui prévoit que la prorogation du terme d'une créance n'est pas opposable à la caution qui peut poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement. En revanche, la caution peut exercer un recours contre le débiteur en application de ce texte si l'accord a été simplement constaté par le juge. Par ailleurs, les coobligés, les cautions et les garants autonomes peuvent se prévaloir de l'accord homologué. L'accord homologué emporte de plein droit la levée de toute interdiction d'émettre des chèques mise en œuvre.

Cependant, à rebours du législateur français, celui de l'OHADA du 10 septembre 2015, ne fait pas mention des délais de grâce des articles 1244-1 et suivants du Code civil<sup>59</sup>, susceptibles d'être accordés au débiteur en cas de poursuites individuelles exercées pendant la recherche de l'accord. Cette non référence aux délais de grâce judiciaires est à saluer, parce qu'en les visant, le législateur OHADA allait autoriser l'imposition aux créanciers des délais judiciaires qui peuvent s'avérer plus longs que ceux probablement

<sup>58</sup> Y.R., KALIEU ELONGO, *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, op. cit. p73.

<sup>59</sup> Sur l'application de ces délais avant la réforme du 12 mars 2014, v. Ph. Roussel Galle, « "Être" ou "avoir été" (À propos de l'application des articles 1244-1 et suivants du Code civil lors de l'homologation de l'accord de conciliation) », *LPA*, 11 août 2008, n° 160, p. 5.

négociés dans le cadre de l'accord amiable<sup>60</sup>. Il est intéressant d'observer que l'article 5-7 de l'AUPC révisé indique que cette forme particulière de suspension des poursuites prend fin de plein droit lorsque la conciliation prend fin et, en tout état de cause, à l'expiration de la durée maximale prévue pour la conciliation (quatre (04) mois). Cette solution de l'AUPC révisé est normale, rien ne justifie que l'on paralyse indéfiniment les droits des créanciers<sup>61</sup>.

La suspension des poursuites par le juge n'existe pas seulement pendant l'exécution de l'accord, le législateur OHADA l'a également prévu pendant la recherche de l'accord. Ainsi, aux termes de l'article 5-7 de l'AUPC, il apparaît 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 [...] ». De par cette disposition, on peut comprendre tout d'abord que la volonté première du législateur OHADA est de permettre au débiteur de passer sereinement la phase de négociation avec les créanciers.

En effet, durant la préparation de l'accord, les choses parfois ne se déroulent pas si facilement. La situation des créanciers ne leur est pas tous favorable.

Ayant des intérêts divergents, Certains, alors qu'on cherche à améliorer la santé financière de l'entreprise, voire éviter une crise éventuelle, peuvent tenter d'obtenir leurs créances. La loi intervient dans ce sens afin de protéger le débiteur défaillant et éviter un tant soit peu la sortie de fonds. Mais, cette disposition est un peu limitée, puisqu'elle ne s'applique qu'aux créanciers appelés à la procédure de conciliation. Ce qui signifie que tous les autres créanciers de l'entreprise peuvent toujours chercher à obtenir

leurs paiements. Et de ce fait, ils sont susceptibles d'aggraver la situation de l'entreprise. Le débiteur n'a pas trop de choix que d'appeler les créanciers les plus importants à la conciliation.

Ensuite, pour éviter une quelconque ressemblance avec le règlement préventif, et surtout parce que la procédure de conciliation n'est pas une procédure collective proprement dite, l'acte uniforme n'admet pas une suspension automatique des poursuites. A fortiori, cela se justifie : la procédure de conciliation ne doit pas être utilisée par le débiteur dans le but premier de retarder volontairement les paiements et d'échapper de façon fallacieuse aux créanciers.

C'est pourquoi, il a été prévu des conditions pour pouvoir bénéficier de la suspension. La suspension des poursuites apparaît alors comme un avantage certain pour le débiteur. S'agissant des conditions, il faut d'une part, que le débiteur soit mis en demeure par un créancier appelé à la procédure de conciliation. Ce qui veut dire que ce dernier doit formellement l'interpeller. Cette interpellation peut s'effectuer sous diverses formes : acte extra-judiciaire (par exploit d'huissier) ; une simple lettre ; ou par la survenue d'un événement prévu par accord entre les deux parties comme valant mise en demeure. Ainsi, Cet acte doit avoir pour objet le paiement éventuel d'une créance.

D'autre part, pour bénéficier de la suspension, le débiteur poursuivi doit adresser une demande au président du tribunal. La forme de la demande n'est pas précisée par le législateur, mais puisque le président devra rendre une ordonnance, on peut supposer qu'il s'agisse d'une requête. Toutefois, le magistrat ne se prononcera pas automatiquement, sa décision est néanmoins subordonnée à l'avis du conciliateur.

Cependant, il existe une insuffisance liée à cette suspension. En effet, il est prévu pendant la durée de l'exécution de l'accord conclu, toute action en justice et toute poursuite individuelle tant sur les meubles que les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet sont interdites. Cette paralysie des droits des créanciers, vise, sans doute à garantir la bonne exécution de l'accord,

<sup>60</sup> En ce sens, v. Ph. Roussel Galle, « Le mandat ad hoc et la conciliation : l'efficacité renforcée ? », *LPA*, 21 septembre 2006, n° 189, p. 11.

<sup>61</sup> R. AKONO ADAM, « Regards sur les innovations introduites dans la réforme ohada des procédures collectives du 10 septembre 2015 », *op.cit.* p.1856.

cependant, on regrette la limitation de son étendue. Il semble, au regard du contenu de cette disposition que seules les poursuites des créanciers parties à l'accord sont interdites. Or, les poursuites et les actions en justice provenant d'un tiers peuvent tout aussi torpiller la bonne exécution de l'accord. Il aurait fallu que le législateur suivît la logique de l'article 5-7 de l'AUPC révisé qui, autorise le président du tribunal à ordonner la suspension des poursuites individuelles à tous les créanciers parties à l'accord ou non<sup>62</sup>.

#### - **Le report de paiement**

L'exécution, de l'accord emporte interruption des délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances visées à l'accord, conformément à l'article 5-12 *in fine* qui prévoit que : « *L'accord interrompt, pour la même durée, les délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances mentionnées par l'accord* ».

En France dans la pratique, il arrive très souvent que le débiteur et le créancier s'accordent sur les délais, le juge se contentant alors de constater cet arrangement conclu<sup>63</sup>. En l'absence d'un tel accord, il reviendra au tribunal qui connaît de la procédure d'accorder ou non des délais de grâce en fonction du dossier. Il pourrait par exemple les refuser, s'il est établi que le débiteur ne paie plus son créancier depuis plusieurs mois car, ainsi que cela a été dénoncé, le juge ne doit pas « *tomber dans la course au moratoire* »<sup>64</sup>, pour camoufler un état de cessation des paiements et retarder ainsi l'inévitable. Dans le cadre de la conciliation, et quand bien même le terrain est contractuel, il apparaît inutile que le juge demande au créancier poursuivant si l'octroi d'un éventuel délai de paiement à son débiteur pourrait lui porter préjudice. Ce, parce que non seulement la question n'aura pas de sens dans la mesure où si

le créancier a entrepris la démarche, c'est bien pour se faire payer, ensuite, parce que l'octroi ou le refus d'un délai de grâce relève de l'appréciation discrétionnaire du juge saisi. Toutefois, à côté de ces mesures de suspension prises par le juge, il peut également désigner un conciliateur.

#### 2. **La désignation d'un conciliateur comme second appui aux parties en conciliation**

Le conciliateur est désigné par le président de la juridiction compétente dans sa décision d'ouverture pour porter appui aux parties en conciliation. Ainsi, le conciliateur a un profil bien déterminé (1) et une mission qui lui est confié (2).

#### - **La fixation du profil du conciliateur**

Le profil du conciliateur n'est pas défini avec précision. Néanmoins, il résulte des articles 4-5 et suivants de l'AUPC que le conciliateur doit avoir le plein exercice de ses droits civils, justifier de sa compétence professionnelle et demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties concernées par la conciliation. Le conciliateur qui accepte sa mission doit porter cette acceptation à la connaissance du président de la juridiction compétente, sans délai. S'il suppose en sa personne une cause de récusation, il doit en informer le président de la juridiction et ne peut accepter sa mission qu'avec l'accord unanime et écrit des parties concernées par la conciliation. Aucun parent ou allié du débiteur jusqu'au quatrième degré inclus ne peut être désigné. Il en va de même pour tout magistrat en fonction ou ayant quitté ses fonctions depuis moins de cinq ans<sup>65</sup>.

Par ailleurs, c'est le débiteur qui opère le choix d'un conciliateur qu'il soumet à la désignation du président de la juridiction compétente. Cette possibilité donnée au débiteur a été inspiré de la loi française de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 et paraît justifiée au regard du caractère souple et contractuel de la conciliation. Étant donné que les créanciers, ont la possibilité de se joindre au débiteur pour saisir le président de la juridiction compétente aux fins

<sup>62</sup> R. AKONO ADAM, « Regards sur les innovations introduites dans la réforme ohada des procédures collectives du 10 septembre 2015 », *op.cit.* p.1860.

<sup>63</sup> Toulouse, 3<sup>e</sup> ch., 2<sup>e</sup> sect., 26 mai 2014, RG n°14/01548, *Rev. proc. coll.* 2015, comm. 177, note Ch. DELATTRE. 1497.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> F.M, SAWADOGO, « le droit des entreprises en difficulté dans l'aupc révisé de l'ohada : approche analytique », *op. cit.* p.64.

d'ouverture de la conciliation, rien n'interdit, à notre avis que ceux-ci s'accordent avec ce dernier sur le choix du conciliateur<sup>66</sup>. La maîtrise par le débiteur du choix du conciliateur, pose le problème de la possibilité par celui-ci de le récuser. Cette possibilité, contrairement, au droit français ne semble pas avoir été prévue par le législateur OHADA du 10 septembre 2015. En cas d'existence d'une incompatibilité, d'une cause de défiance à l'encontre du conciliateur, il est prévu (article 5-4 de l'AUPC révisé) que c'est ce dernier, qui doit en informer sans délai le président de la juridiction compétente qui, s'il y a lieu, peut mettre fin à sa mission et nommer un remplaçant<sup>67</sup>.

En outre, les modalités de rémunération du conciliateur sont déterminées par le président de la juridiction compétente avec l'accord du débiteur au jour de l'ouverture de la conciliation. Les critères sur la base desquels elle est arrêtée, son montant maximal et le montant des provisions sont précisés dans un document signé par le débiteur et le conciliateur et annexé à la décision d'ouverture. Si, au cours de sa mission, le conciliateur estime que le montant initialement déterminé est dépassé, il doit en informer sans délai le président de la juridiction qui fixe les nouvelles conditions avec l'accord du débiteur. À défaut d'accord, il est mis fin à la mission du conciliateur. La rémunération du conciliateur est à la charge du débiteur et fait l'objet d'une ordonnance de taxe. Cette réglementation de la rémunération du conciliateur, sauf son caractère contractuel, paraît assez confuse et de mise en œuvre difficile. Si l'on ne peut pas être plus précis, il serait peut-être préférable de se limiter à indiquer qu'elle est convenue entre les parties tant dans son montant que dans ses modalités de paiement<sup>68</sup>.

- **La détermination des missions du conciliateur dans l'accord de conciliation**

<sup>66</sup> R. AKONO ADAM, « Regards sur les innovations introduites dans la réforme ohada des procédures collectives du 10 septembre 2015 », *op.cit.* p.1852.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> V. F.M, SAWADOGO, « le droit des entreprises en difficulté dans l'aupc révisé de l'ohada : approche analytique », *op. cit.* p.65.

Le rôle du conciliateur est de favoriser la conclusion d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise entre le débiteur et ses principaux créanciers entendu comme « ceux dont la position exerce une influence déterminante »<sup>69</sup>, ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels<sup>70</sup> qui ne sont pas créanciers mais dont la position par rapport au débiteur est déterminante. L'on comprend que le conciliateur, avec le débiteur, choisira les créanciers qui seront parties à la conciliation, c'est-à-dire ceux dont l'accord est utile<sup>71</sup>. Il appartient alors au conciliateur d'animer la négociation et de susciter des propositions sérieuses et acceptables par les principaux créanciers. Un éminent auteur souligne que c'est dans ce contexte que l'expérience, la réputation ou même le « carnet d'adresses » du conciliateur peuvent se révéler particulièrement utiles<sup>72</sup>. Précisons cependant qu'il n'a aucun pouvoir de décision dans l'entreprise car le débiteur continue de disposer de l'entière maîtrise sur la gestion de ses affaires. Il assure par contre le contrôle et la crédibilité de l'ensemble du processus de négociation jusqu'à son dénouement<sup>73</sup>.

L'importance de son rôle contraste avec la limitation des pouvoirs d'investigation et d'information du conciliateur. Le souci de confidentialité de la procédure justifie probablement cette limitation du droit à l'information<sup>74</sup>.

Ainsi, plusieurs moyens d'information sont mis à sa disposition. Il bénéficie des informations transmises par le président de la juridiction compétente lors de sa désignation. En outre, le conciliateur peut également obtenir du

<sup>69</sup> D. VIDAL, G. C. GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, Gauliano, 2015, p.123,n°442.

<sup>70</sup> Article 5-5 alinéa 1 de l'AUPCAP.

<sup>71</sup> P.M, LE CORRE et E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz-Sirey, 2<sup>e</sup> éd. 2006, spéc. n°24, p. 26.

<sup>72</sup> A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, *op.cit.*, n°76, p.46.

<sup>73</sup> W. BEKONO NKO, *L'information dans le droit des entreprises en difficulté de l'espace OHADA*, *op.cit.* p.93.

<sup>74</sup> Contrairement au droit français qui consacre un large pouvoir d'information au conciliateur qui peut même recourir à un expert s'il le souhaite.

débiteur, tous les renseignements utiles<sup>75</sup>. Ainsi, le débiteur ne peut lui opposer un quelconque secret des affaires. Nous pensons qu'en cas de résistance du débiteur, il appartient au conciliateur de saisir le juge et de faire la démonstration de l'utilité du renseignement pour le bon exercice de sa mission. A l'inverse, cela n'autorise pas le conciliateur à exercer un véritable droit de communication sur les documents dressés ou détenus par le débiteur. L'on constate qu'au total, les moyens d'information mesurés mis à la disposition du conciliateur sont en harmonie avec sa mission qui est caractérisée essentiellement par le fait de convaincre les partenaires de l'intérêt d'une démarche de redressement négocié amiablement<sup>76</sup>. Le conciliateur doit rendre compte régulièrement de sa mission au Président du tribunal en formulant éventuellement des observations utiles.

Ainsi donc le juge contribue en amont à l'exécution de l'accord de conciliation, ceci à travers les mesures de suspension des poursuites, de report des paiements et la désignation d'un conciliateur. Toutefois, il réapparaît également en cas des difficultés entre les parties en conciliation.

## **B. LA RESURGENCE DU JUGE EN CAS DE DIFFICULTE ENTRE LES PARTIES A LA CONCILIATION**

Il peut arriver que l'accord conclu, homologué ou exéquaté ou non ne soit pas exécuté. Le président de la juridiction ayant connu de la conciliation est seul compétent pour connaître de toute inexécution de l'accord et pour en prononcer la résolution (A). Il peut arriver aussi que le juge intervient lorsqu'il y a impossibilité d'obtention d'un accord entre les parties (B).

### **1. Une résurgence du juge dans la résolution de l'accord des parties en cas d'inexécution**

La résolution de l'accord des parties en cas d'inexécution prononcée par le juge intervient suite à sa saisine (1) et produit des effets (2).

### **- Une résurgence conditionnée par sa saisine**

Selon la disposition de l'article 5-13 de l'AUPC, le juge saisi par l'une des parties à l'accord prononce la résolution de celui-ci ainsi que la déchéance de tout délai, s'il constate l'inexécution des engagements qui en résultent.

Les termes de cette disposition incitent à penser qu'il se n'agit non pas d'une faculté mais d'une obligation pour le tribunal qui n'a aucun pouvoir de saisine d'office de statuer en ce sens.

La décision de résolution du juge porte sur l'accord homologué ou exéquaté ou non. L'article 5-10 prévoit ainsi la possibilité que l'accord signé puisse, à la requête de la partie la plus diligente, être déposé au rang des minutes d'un notaire, ce qui n'appelle pas de développement, ou être homologué ou exéquaté<sup>77</sup> par la juridiction compétente statuant à huis clos. L'homologation ou l'exequatur est de droit et ne peut être refusé que si l'accord est contraire à l'ordre public. Le président fait apposer la formule exécutoire par le greffe. Des copies valant titre exécutoire peuvent être délivrées aux parties à l'accord.

La décision d'homologation ne fait l'objet d'aucune publicité et ne reprend pas le contenu de l'accord qui reste confidentiel. Mais, pour ne pas avoir des privilèges occultes préjudiciables aux créanciers, la publicité est prévue si le privilège de « new money » institué à l'article 5-11 a été accordé aux personnes qui ont consenti dans l'accord un nouvel apport en trésorerie ou un nouveau bien ou service au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité. Le législateur leur accorde le premier rang en matière de paiement, ce qui donne de fortes chances de paiement à ses bénéficiaires.

La décision homologuant l'accord n'est pas susceptible de recours. Elle met fin à la conciliation. Le cas échéant, la conciliation prend fin par la signature de l'accord et, en tout état de cause, à l'expiration des délais prévus par l'alinéa 1er de l'article 5-3. Toutefois, la

<sup>75</sup> W. BEKONO NKOA, *L'information dans le droit des entreprises en difficulté de l'espace OHADA*, op.cit. p.93.

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> Le cas de l'accord faisant l'objet d'exequatur semble répondre à la situation du Cameroun dont le délégué a été à l'origine de son introduction.

résolution prononcée par le juge produit des effets.

- ***Les effets produits par la résolution de l'accord***

Si la résolution est prononcée, les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances, déduction faite des sommes perçues<sup>78</sup>.

Cependant, la loi ne prévoit plus l'ouverture automatique d'une procédure collective. L'ouverture d'une procédure de sauvegarde peut se concevoir, si la société en effectue la demande et qu'il remplit les conditions. Généralement, la cessation des paiements sera déjà caractérisée et le passage au redressement ou à la liquidation judiciaire s'imposera. Il s'agit d'une mesure préventive qui permet au débiteur –qui n'est pas en état de cessation des paiements, d'être dispensé du paiement de la plupart de ses dettes afin de préparer un plan de redressement de l'entreprise<sup>79</sup>. Elle aboutit à la conclusion d'un accord négocié entre le débiteur et les créanciers et homologué par le tribunal at qui est appelé concordat préventif.

L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire met fin de plein droit à l'accord de conciliation. Même si des remises de dettes avaient été obtenues, les créanciers retrouvent l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes qui leur ont été remboursées.

Mais si l'accord a été homologué, la date de cessation des paiements ne pourra jamais être reportée rétroactivement au-delà de la date de l'accord homologué. Ainsi, les créanciers qui auront reçu un paiement dans le cadre de l'accord homologué ne risqueront pas de se voir réclamer la restitution de celui-ci, ce qu'entraîne systématiquement la rétroactivité de la cessation des paiements.

<sup>78</sup> Art. 5-13 AUPC.

<sup>79</sup> Sur cette procédure telle qu'organisée par la réforme, lire par ex : P. ROUSSEL-GALLE, « OHADA et difficultés des entreprises. Etude critique des conditions et effets de l'ouverture de la procédure de règlement préventif », *Revue de jurisprudence commerciale*, février-mars 2001 p.9 à 19, p.62 à 69.; F. DECKSON, L. AGBENETO, *Règlement préventif*, Encyclopedie du droit OHADA, *op. cit*.

Si le régime de la résolution de l'accord protège efficacement les intérêts des créanciers signataires, bénéficient également de cette disposition les créanciers non signataires dont les créances font l'objet d'un délai de grâce.

Cependant, si le juge peut resurgir en cas d'inexécution de l'accord, il peut également le faire en cas d'impossibilité d'obtention d'un accord entre les parties.

2. ***Une résurgence du juge en cas d'impossibilité d'obtention d'un accord entre les parties***

En cas d'impossibilité d'obtention d'un accord entre les parties à la conciliation, le juge est saisi selon certaines conditions (1) pour mettre fin à la procédure (2).

- ***Les conditions de saisine du juge en cas d'impossibilité d'obtention d'un accord***

Pour saisir le juge, le conciliateur doit d'une part constater que les parties à la conciliation sont dans l'impossibilité de se mettre d'accord, et d'autre part celui-ci doit adresser sans délai un rapport écrit au Président du tribunal<sup>80</sup>.

Toutefois, l'impossibilité d'obtention d'un accord peut être le fait du débiteur. Il y a donc un risque superfétatoire de la procédure. Ainsi, les chefs d'entreprises sont ceux-là qui doivent faire preuve d'optimisme pour redresser leur situation financière. La souplesse de la conciliation peut, peut-être inciter certains dirigeants à opter pour cette procédure même si, un risque d'utilisation inutile puisse apparaître. En effet, il faut noter que c'est parce que le débiteur est de mauvaise foi qu'il va souvent être tenté de déclencher la conciliation dans le seul but d'acquiescer de nouveaux délais, voire retarder le paiement des dettes.

Ainsi, il peut faire de cette méthode plutôt intéressante, une sorte de passerelle soit à l'ouverture d'une procédure collective future, soit pour masquer une éventuelle cessation de paiement, soit pour échapper à certains créanciers.

Pour éviter que la conciliation ne soit utilisée comme du dilatoire, l'AUPC précise deux choses

<sup>80</sup> Art. 5-8 AUPC.

: d'une part, qu'avant l'ouverture de la procédure le juge vérifiera la situation du requérant ; c'est-à-dire, qu'il procédera à l'analyse d'un certain nombre de pièces fournies par le débiteur. Il s'agit en l'occurrence, d'un extrait d'immatriculation au RCCM ; d'une attestation dans laquelle il déclare sur l'honneur ne pas être en cessation de paiement et qu'aucune procédure collective n'est ouverte à son encontre ; d'un état de trésorerie et un état chiffré des créances et des dettes avec indication des dates d'échéances ; etc.

Aussi, il est fait précision que les documents doivent être datés, signés et certifiés conformes et sincères par le requérant. Ainsi, la situation exacte du débiteur et ses conditions d'éligibilité devront passer au scanner de façon minutieuse par le magistrat. Pour cela, il dispose de tous ces pouvoirs d'investigation auprès des clients, partenaires et banquiers du requérant.

D'autre part, pour toujours éviter une utilisation superflue de la procédure, l'acte uniforme pose le principe selon lequel « conciliation sur conciliation ne vaut ». En effet, aux termes de l'article 5-3, il appert qu'une nouvelle procédure de conciliation ne peut être ouverte avant l'expiration d'un délai de trois (3) mois. Cette disposition permet donc de limiter le recours intempestif à la conciliation, car bien qu'on recherche le sauvetage de l'entreprise, il ne s'agit pas d'encourager à frauder.

**- Le contenu de la décision du juge en cas d'impossibilité d'obtention d'un accord**

Après la saisine par le conciliateur du juge, celui-ci entend le débiteur et prend une décision mettant fin à la mission du conciliateur ainsi qu'à la procédure de conciliation. Cette décision est notifiée au débiteur, au conciliateur et aux créanciers et cocontractants appelés à la conciliation, sans délai. Elle ne fait l'objet d'aucune publicité<sup>81</sup>.

Par ailleurs, il faut noter que l'interruption d'un accord ne peut provenir seulement de l'impossibilité de trouver un accord entre les parties, elle peut aussi être causée par la survenance de la cessation des paiements. Une entreprise est en état de cessation des paiements lorsqu'il lui est impossible de faire face à son

passif exigible au moyen de son actif disponible<sup>82</sup>.

En réalité cela signifie que l'existence d'une cessation des paiements doit supposer la réunion de deux éléments : un passif exigible trop important de l'entreprise et un actif disponible insuffisant pour y faire face. S'agissant du passif exigible, il comprend l'ensemble des dettes certaines, liquides et exigibles de l'entreprise. Il correspond donc au passif devant donner lieu à paiement immédiat, c'est-à-dire qu'on doit être en face d'une dette liquide susceptible soit d'être évaluée en argent, soit d'un titre qui contient tous les éléments permettant cette évaluation. Aussi, la dette doit être échue et susceptible d'exécution forcée.

Par conséquent, la simple contestation d'un résultat déficitaire ne permet pas de caractériser la cessation de paiement. Enfin, la dette doit aussi être certaine c'est-à-dire être indiscutée dans son existence et son montant. A titre d'exemple, on peut alors citer les salaires, les charges, factures échues, etc.

En revanche, l'actif disponible correspond à l'actif immédiatement réalisable par l'entreprise. Il comprend les sommes dont l'entreprise peut disposer immédiatement soit parce qu'elles sont liquides soit parce que leur conversion en liquidité est possible à tout moment et sans délai. Il s'identifie alors à la trésorerie de l'entreprise, en d'autres termes, on peut citer l'ensemble des sommes en caisse, des effets de commerce à vue ou du solde créditeur des comptes bancaires.

La survenance de la cessation des paiements au cours de procédure de conciliation a un effet tellement capital qu'il faut obligatoirement le mentionner. Le législateur en apporte la précision. En effet, en sollicitant la procédure de conciliation, en principe le débiteur se condamne à réussir. S'il s'y prend mal, l'entreprise court le risque de voir apparaître la cessation des paiements. De ce fait les chances de sauvetage de l'entreprise peuvent très vite s'amoinrir. C'est pourquoi le législateur exclut la cessation des paiements des conditions d'ouverture d'une procédure de conciliation. Il ressort des dispositions de l'AUPC, qu'en aucun cas un débiteur dans une telle situation n'en bénéficiera.

<sup>81</sup> Art.5-9 AUPC.

<sup>82</sup> Art. 25 AUPC.



Sa demande ne sera jamais couronnée de succès. Le législateur OHADA, corrobore en précisant que si le conciliateur au cours de sa mission a connaissance de la survenance de la cessation des paiements, il doit sans délai informer le Président de la juridiction compétente<sup>83</sup>.

A priori, cela pourrait signifier que le conciliateur au cours de sa mission notamment de recherche de l'accord amiable, se doit de veiller à la situation financière et économique du débiteur. Si la situation se dégrade, ça ne servira à rien qu'il puisse poursuivre car la mission aura déjà en quelque sorte échouée.

### CONCLUSION

En somme, le juge participe à la prévention des difficultés des entreprises à travers la procédure préventive consensuelle 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 sauvegarder. A cet effet, son intervention est duale. D'une part, le juge participe dans la validation de l'accord des parties à la conciliation par la soumission d'une proposition préalable qui lui est faite par ces dernières. Toutefois, son pouvoir dans la validation de l'accord reste souvent muselé au regard de l'impératif de confidentialité et de l'exigence de transparence. D'autre part, le juge intervient également dans l'exécution de l'accord de conciliation. D'abord, par la contribution en amont à l'exécution de l'accord à travers la prise des mesures de suspension de poursuite et la désignation d'un conciliateur comme second appui aux parties en conciliation. Ensuite, par sa résurgence en cas de difficulté entre les parties soit pour prononcer la résolution de l'accord en cas d'inexécution, soit pour mettre fin à la mission du conciliateur ainsi qu'à la procédure de conciliation.

---

<sup>83</sup> Art. 5-6 AUPC