

La Protection De La Bonne Foi Du Débiteur Dans Les Procédures Collectives De L'ohada

ENDENE MANDENGUE Lionel Claude

Doctorant en droit privé et sciences criminelles

Université de Dschang (Cameroun)

Mail : endenelionnel@yahoo.com

RÉSUMÉ

Cette étude ambitionne de mettre en exergue le principe de bonne foi, qui est au cœur des procédures collectives de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA). L'existence de ce principe est déductible en filigrane au regard de l'existence de nombreuses prescriptions, restrictions, interdictions et surtout du fait de l'existence des sanctions. À ce titre, au rang des acteurs ayant un rôle prépondérant dans la mise en œuvre des procédures collectives, figure en bonne place celui du débiteur. Ainsi, la question de la protection de la bonne foi de ce dernier ne cesse de se poser avec acquiescement. De ce fait, des analyses sur les mécanismes existants destinés à parvenir à cette finalité demeurent riches d'intérêt. Tout compte fait, cette étude nous révèle qu'il existe des mesures de protection de la bonne foi en dépit des écueils qui entament son efficacité, et qu'en cas de comportements constitutifs de mauvaise foi, les personnes ayant subi un préjudice doivent pouvoir poursuivre le débiteur afin d'être rétabli dans leurs droits.

Mots-clés : Bonne foi, débiteur, protection, inopposabilité, période suspecte.

ABSTRACT

This study aims to show that the principle of good faith which is at the heart of the collective proceeding of the Organization of Harmonization of Business Law in Africa (OHADA). The existence of this principle is implicitly deductible with regard to the existence of numerous prescriptions, restrictions, prohibitions and especially because of the existence of sanctions. As such, among the actors having a predominant role in the implementation of collective procedures, figures prominently that of the debtor. Thus the question of the protection of good faith of the latter does not cease to arise with acquiescence. As a result, analyzes of the existing mechanisms intended to achieve this end remain rich in interest. All in all, this study reveals to us that there are measures to protect good faith despite the pitfalls that undermine its effectiveness and that in the event of behavior constituting bad faith, those who have suffered damage must be able to sue the debtor in order to be restored to their right.

Keywords : Good faith, debtor, protection, inoposability, suspicious period.

INTRODUCTION

La mise en œuvre des procédures collectives requiert l'intervention de divers acteurs¹. Afin de réguler la conduite de ces derniers, et singulièrement celle du débiteur², l'on peut desceller au cœur du dispositif de l'Acte Uniforme portant Organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif (AUPCAP)³ le principe de bonne foi. Ce principe est déductible au regard de la lettre et de l'esprit du législateur de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) à travers l'exigence de loyauté⁴, mais également à travers l'existence de diverses prescriptions, restrictions, interdictions et surtout du fait de l'existence des sanctions. C'est dire que le principe de bonne foi occupe une place prépondérante dans les procédures collectives et mérite une protection particulière.

Le terme protection désigne l'action de protéger, de défendre quelque chose ou quelqu'un. En référence au vocabulaire juridique de l'Association Capitant, le vocable « *protection* » est une précaution qui, répondant au besoin de celui ou celle qu'elle couvre, correspond en général à un devoir pour celui qui l'assure, consiste à prémunir une personne ou un bien contre un risque, à garantir sa sécurité, son

¹Au rang des acteurs de la procédure collective, l'on peut citer sans être exhaustif le débiteur, les créanciers, les mandataires judiciaires (l'expert en règlement préventif et le syndic en redressement judiciaire et de liquidation des biens, le président de la juridiction compétente.

² Le débiteur vient du latin « *débitori* » qui désigne toute personne tenue envers une autre personne d'exécuter une prestation. Au sens de l'AUPCAP, le débiteur désigne toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole, toute personne morale de droit privé, ainsi que toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé. (art. 1-1 de l'AUPCAP.). Dans le cadre de ce travail, le débiteur devra s'entendre comme toute personne physique commerçante, ou toute personne de droit privé même non commerçante contre laquelle est ouverte une procédure collective.

³ Acte uniforme portant Organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif du 10 septembre 2015 qui abroge et remplace l'Acte uniforme initial en l'occurrence celui adopté le 10 avril 1998, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1999.

⁴ Art. 5 de l'AUPCAP.

intégrité par des moyens juridiques matériels⁵. La protection vise donc dans le cas d'espèce, l'ensemble des moyens de droit tendant à préserver ce sur quoi elle porte, en l'occurrence la bonne foi.

La bonne foi n'est pas une notion facile à cerner. En effet, il s'agit d'une notion cadre⁶, d'une notion plastique⁷dépourvue de contenu déterminé⁸. Néanmoins, en matière de procédures collectives, la bonne foi du débiteur fait référence, non à la croyance ou à la connaissance d'une situation juridique donnée⁹, mais plutôt au comportement loyal. Ainsi, le débiteur de bonne foi est celui qui se comporte ou agit de manière loyale, droite, juste et honnête. *A contrario*, le débiteur de mauvaise foi serait celui qui a un comportement déloyal, qui fait preuve de duplicité, de perfidie, qui emprunte les voies tortueuses de la malhonnêteté. Ainsi, le principe de bonne foi s'apparente à une règle d'évaluation du comportement du débiteur faisant l'objet des procédures collectives.

Les procédures collectives encore appelées le droit des entreprises en difficultés¹⁰, s'entendent comme toutes procédures judiciaires ouvertes lorsque le débiteur professionnel ou la personne morale de droit privé n'est plus à mesure de payer ses dettes, ou tout le moins connaît de sérieuses difficultés financières¹¹. Elles mettent en jeu divers intérêts antagonistes difficiles à concilier¹². C'est sans doute

⁵ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 12^{ème} éd., 2018, p. 1743.

⁶ Selon le Professeur CORNU (G.), une notion-cadre est une notion générique qui a pour but de donner une idée générale à des exemples particuliers, mais qui ne saurait en faire jaillir à toutes les applications. La notion-cadre précise CORNU, a un pouvoir évocateur qui rachète l'imprécision de son énoncé. Sa technique n'est pas de fournir une liste exhaustive des matières auxquelles elle va s'appliquer, mais de définir un cadre général aux frontières précises pouvant embrasser un certain nombre de situation. V., CORNU (G.), *Le principe de bonne foi*, thèse de Doctorat, Paris, 1928, p. 9 cité par PICOD (Y.), *in Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse de Doctorat, Dijon, LGDJ, 1989, p. 86.

⁷BENABENT (A.), *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 6^{ème} éd. 1997, n°285, p.188 ;

⁸AMIC (L.) *La loyauté dans les rapports de travail*, thèse de Doctorat, Université d'Avignon, 2014, p. 8 ;

⁹ Pour une appréhension globale de la double facette de la notion de bonne foi, V. CORNU (G.), *Vocabulaire juridique, op.cit.*, p. 133.

¹⁰ KALIEU ELONGO (Y.R.), *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, PUA, Yaoundé, 2016, p. 8.

¹¹SAWADOGO (F.M.), « La remise en cause des obligations en droit des procédures collectives par la règle du zéro heure en Afrique francophone », *in l'obligation, Harmattan, Cameroun*, 2015, p. 836.

¹² Le droit des procédures collectives est le domaine de prédilection de toutes sortes de conflits dont le droit ne parvient pas toujours à solutionner de manière équitable. En effet, il existe d'une part un conflit d'intérêt entre les créanciers et le débiteur ou l'entreprise et d'autre part entre

dans le souci de concilier les intérêts en présence, et préserver une certaine morale dans la gestion des procédures collectives que la bonne foi est requise. C'est à juste titre qu'un auteur¹³ faisait déjà remarquer que la bonne foi est un moyen permettant au législateur et aux tribunaux de « faire pénétrer la règle morale dans le droit ». Ainsi, lorsqu'on envisage de sécuriser la bonne foi du débiteur faisant l'objet d'une procédure collective, une question surgit à notre esprit celle de savoir, quels sont les mécanismes institués par législateur OHADA destinés à parvenir à cette finalité? Cette interrogation présente le mérite de mettre à nue les mesures de protection de la bonne foi, et par ricochet de les apprécier. À l'analyse, il nous est permis de constater que la protection de la bonne foi du débiteur est perceptible dans le déclenchement des procédures (I), et au cours du déroulement des procédures (II).

I- La protection de la bonne foi du débiteur dans le déclenchement des procédures

L'ouverture des procédures collectives implique au préalable que, soit créé un lien d'instance¹⁴. La création de ce lien d'instance donne lieu à l'ouverture de la procédure. En général, la création de ce lien d'instance incombe à titre principal au débiteur, et à titre secondaire à d'autres acteurs¹⁵. Ainsi, lorsque la procédure est enclenchée, le débiteur se doit d'agir convenablement selon les règles requises. Afin de favoriser la bonne conduite de ce dernier dans l'initiation des procédures, le législateur OHADA a procédé à l'encadrement du recours aux procédures (A), tout en exigeant de la transparence dans le recours aux procédures (B).

A) L'encadrement du recours aux procédures

Le législateur OHADA dans le souci de résoudre les difficultés des entreprises, a institué plusieurs procédures. Il s'agit de la procédure de conciliation, de la procédure de règlement préventif, de la procédure de redressement judiciaire, de la procédure de liquidation des biens¹⁶, ainsi que les procédures

les créanciers. Sur ce dernier point, même à l'intérieur du groupe des créanciers, tous ne sont pas logés à la même enseigne. Un traitement particulier est réservé à certains créanciers compte tenu de certains droits qui leur sont spécifiques. V. en ce sens, KOM (J.), *Droit des entreprises en difficultés OHADA*, PUA, Yaoundé, 2013, p. 17.

¹³RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., 1949, n° 157, P. 216 ;

¹⁴ Il désigne un lien juridique d'origine légale qui s'institue entre le demandeur et le défendeur, et se superpose au rapport juridique fondamental dont la reconnaissance est demandée en justice. L'existence de ce lien investit les plaideurs de prérogatives, de droits, de devoirs, des facultés. V. GUINCHARD (S.), DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques*, 25^{ème} éd., 2017-2018, p. 1251 et suiv.

¹⁵ Il s'agit respectivement des créanciers, de la juridiction compétente et du représentant du ministère public

¹⁶ V. art. 2 al. 1 et suiv. de l'AUPCAP.

propres aux entreprises de petites tailles¹⁷. Ainsi, le débiteur dispose d'une boîte à outils lui permettant d'opérer des choix¹⁸. Cependant, ce choix est orienté et conditionné par la satisfaction de certaines exigences afin d'éviter l'usage superfétatoire des procédures. Vu sous ce prisme, le recours aux procédures par le débiteur est largement tributaire de l'ampleur des difficultés de l'entreprise (1), et de l'écoulement du temps entre différentes procédures (2).

1- Le recours aux procédures tribuaires de l'ampleur des difficultés de l'entreprise

Le recours aux procédures collectives par le débiteur n'est pas toujours optionnel mais, subordonné à certaines exigences. Ces exigences sont pour l'essentiel liées aux difficultés auxquelles il fait face. Ainsi, afin d'éviter un usage de mauvaise foi des procédures, le recours à une procédure particulière dépend largement du degré des difficultés, et variera selon que le débiteur est en état de cessation des paiements (a), ou pas (b).

a) En l'absence de la cessation des paiements

Lorsque le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements¹⁹, il dispose d'une large liberté en matière de déclenchement des procédures. À ce titre, il peut opter selon l'ampleur de ses difficultés, aux procédures amiables ou contractuelles de résolution des difficultés, ou à la procédure judiciaire de résolution des difficultés.

Dans le premier cas, c'est-à-dire en ce qui concerne les procédures amiables de résolution des difficultés, le législateur OHADA a laissé une large liberté de manœuvre au débiteur afin de recourir aux procédures amiables antérieures à la cessation des paiements. Ainsi, le débiteur pourra recourir à la procédure de médiation²⁰, ou encore à la procédure de conciliation²¹. Cependant, le législateur OHADA n'a ni défini la médiation, ni organisé son régime

juridique comme il l'a fait avec la conciliation, mais autorise plutôt les entreprises à y recourir avant qu'elles ne soient en cessation des paiements. Ce vide juridique donne la latitude à chaque État partie d'organiser la médiation comme il entend. Cette permission pourrait générer l'insécurité juridique dans un espace où le droit applicable se veut uniforme²². Pour cette raison, nous nous attarderons exclusivement à la procédure de conciliation²³. Ainsi, le débiteur pourra recourir à cette dernière s'il connaît des « *difficultés avérées ou prévisibles mais qui n'est pas encore en cessation des paiements*²⁴ ». Cependant, cette formule est quelque peu ambiguë quant au sens à donner aux « *difficultés avérées ou prévisibles* ». Une difficulté avérée est aisée à cerner puisqu'elle présuppose une manifestation concrète de la difficulté en question, telle des gênes de caisses, ou encore le défaut de cotisations sociales. Des interrogations persistent cependant sur ce que l'on entend par « *difficultés prévisibles* ». On peut penser que cette notion signifie que le débiteur qui n'est pas encore en difficulté, « *doit être confronté à assez court terme à un problème grave qu'il ne peut résoudre, avec des moyens ordinaires tel un simple crédit bancaire, et qui, non traité, met en danger l'exploitation normale de l'entreprise*²⁵ ». C'est dire que, le débiteur peut recourir à la procédure de conciliation en présence des difficultés de quelque nature que ce soit, réelles ou prévisibles, même comme l'a si bien souligné un auteur²⁶, qu'il paraît bien délicat d'« *éprouver une difficulté prévisible* » à condition de ne pas avoir cessé ses paiements.

Il en va différemment en droit français, où la procédure de conciliation peut être sollicitée par un débiteur qui « *éprouve une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible* » mais, ne se trouve pas « *en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours*²⁷ ». C'est dire qu'en droit français, le débiteur peut recourir à la

¹⁷ Il s'agit entre autres de la procédure de règlement préventif simplifiée (art. 24 de l'AUPCAP.), de la procédure de redressement judiciaire simplifiée (art. 145 de l'AUPCAP), et de la procédure de liquidation des biens simplifiée (art.179 de l'AUPCAP).

¹⁸ V. en ce sens ROUSSEL GALLE (Ph.), « Les débiteurs dans l'AUPCAP révisé : la modernisation du droit de l'insolvabilité dans la continuité », *Droit et patrimoine*, n° 253, décembre 2015, p. 28.

¹⁹ La cessation des paiements désigne « *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 crédit ou les délais de paiement dont le débiteur bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face à son passif exigible* ». Voir art. 1-3 de l'AUPCAP du 10 septembre 2015.

²⁰ Voir art. 1-2 de l'AUPCAP.

²¹ Voir art 2 de l'AUPCAP.

²² AKONO (A.R.), « Regard sur les innovations introduites dans les réformes OHADA des procédures collectives du 10 septembre 2015 », *Penant*, n° 897, octobre-décembre 2016, p. 55.

²³ La procédure de conciliation est définie 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 par le biais de négociations privées et la conclusion d'un accord de conciliation négocié entre le débiteur et ses créanciers ou du moins ses principaux créanciers, grâce à l'appui d'un tiers neutre, impartial et indépendant dit conciliateur* ». V. art. 2 de l'AUPCAP.

²⁴ Art. 5-1 de l'AUPCAP.

²⁵ PEROCHON (F.), *Entreprise en difficulté*, LGDJ, Paris, 10^e éd., 2014.

²⁶ LE CORRE (P.M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz-action, 2015-2016, p. 224.

²⁷ VOINOT (D.), *Procédures collectives*, Montchrestien, coll. « cours », 2011, cité par SAWADOGO (F.M.), *Droit et patrimoine*, n° 253, décembre 2015, p. 35.

procédure de conciliation en présence d'une difficulté de nature économique, financière ou juridique avérée ou prévisible même lorsqu'il se trouve en état de cessation des paiements à condition de ne pas l'être depuis plus de quarante-cinq jours, à la date à laquelle la procédure est sollicitée.

Dans le second cas, c'est-à-dire en présence de la procédure judiciaire de résolution des difficultés antérieures à la cessation des paiements, le débiteur pourra recourir à la procédure de règlement préventif²⁸. C'est une procédure dont l'ouverture emporte suspension des poursuites individuelles, interdictions de paiements des créances antérieures, et dessaisissement partiel du débiteur. C'est donc une procédure lourde de conséquences lorsqu'elle est ouverte car elle apporte des restrictions aux droits des créanciers, ainsi qu'aux droits du débiteur.

Le débiteur qui sollicite l'ouverture de la procédure de règlement préventif, vise un objectif principal, celui de la suspension des poursuites individuelles. En effet, la décision de suspension des poursuites individuelles interdit toutes les poursuites tendant à obtenir le paiement des créances nées antérieurement à ladite décision, elle concerne aussi bien les voies d'exécution que les mesures conservatoires, y compris toutes mesures d'exécution extrajudiciaire²⁹. En contrepartie des limitations qui frappent les créanciers, le débiteur voit sa liberté d'action limitée. Certes, il reste à la tête de l'entreprise mais, cette possibilité qui lui est offerte ne doit pas être l'occasion de prise des mesures qui y sont défavorables ou qui lèsent les intérêts des créanciers³⁰ c'est pourquoi, les actes passés par ce dernier sont susceptibles d'être neutralisés. Ainsi, afin d'éviter que le débiteur en fasse mauvais usage de la procédure, comme ce fut le cas³¹, le législateur subordonne l'ouverture de la procédure de règlement préventif à une double condition : il faut que le débiteur ne soit pas en cessation des paiements, et qu'il justifie de difficultés financières ou économiques sérieuses. Et s'il s'agit d'un débiteur répondant à la définition de petite entreprise³², il pourra recourir au règlement préventif simplifié.

²⁸ Le règlement préventif est une procédure ouverte au débiteur qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés financières ou économiques sérieuses. V. art. 6 de l'AUPCAP.

²⁹ Art. 9 de l'AUPCAP.

³⁰ SAWADOGO (F.M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficultés*, op.cit., p. 65.

³¹ NGWE (M.A.), « L'application des Actes uniformes de l'OHADA au Cameroun », *Penant*, n° 850, 2005, p. 81 et suiv. dans cet article, l'auteur relève que « les mauvais débiteurs menacent les créanciers qui veulent entamer des procédures de recouvrement, de se mettre en règlement préventif pour bénéficier de suspension des procédures prévues par l'article 9 de l'AUPCAP ».

³² La petite entreprise est « toute entreprise individuelle, société ou autre personne morale de droit privé dont le

L'ensemble des conditions objectives fixées par le législateur OHADA, relatives à la procédure de conciliation et à la procédure de règlement préventif participent à garantir ou mieux, à réguler la conduite du débiteur dans l'enclenchement de ces procédures. Toutefois, ces conditions restent limitées au regard de la faculté qui lui est offerte dans le recours aux procédures préventives de la cessation des paiements. En effet, il n'existe pas à proprement parlé d'obligation qui pèse sur le débiteur en matière de déclenchement des procédures. Seul ce dernier juge de l'opportunité de saisir ou non la juridiction compétente en vue de l'ouverture de la procédure collective (conciliation, règlement préventif, règlement préventif simplifié). Sous ce prisme, la protection de la bonne foi du débiteur devient difficile à préserver dans la mesure où on ne saurait lui reprocher de n'avoir pas recouru à ces procédures, car son choix est perçu dans ce contexte comme un acte de gestion. Sauf à préciser que lorsqu'il choisit d'y recourir, une obligation prend corps à son égard, notamment celle de fournir un certain nombre de renseignements³³ à la suite de l'information de la juridiction compétente sur l'état de ses difficultés, et ces informations doivent traduire la réalité. C'est-à-dire à *contrario* que la mauvaise foi du débiteur ne peut être appréciée qu'au regard de la sincérité des informations fournies à la juridiction compétente. Quid des procédures tenant à la cessation des paiements.

b) En présence de la cessation des paiements

La cessation des paiements³⁴ est la condition d'ouverture des procédures curatives³⁵. Ainsi, dès lors que cet état est constitué, le choix du débiteur s'estompe et se mue en obligation. Dans ce cas de figure, la mutation du verbe « *pouvoir* » comme c'est le cas dans les procédures préventives de la cessation des paiements, au verbe « *devoir* » comme c'est le cas dans les procédures curatives n'est pas anodine. En effet, elle traduit en réalité une mesure destinée à protéger la bonne foi du débiteur dans le déclenchement des procédures. De ce fait, ce dernier

nombre de travailleurs est inférieur ou égal à vingt (20), et dont le chiffre d'affaire n'excède pas cinquante millions (50.000.000) de francs, hors taxes, au cours des douze (12) mois précédant la saisine de la juridiction compétente ». V. art. 1-3 *in fine* de l'AUPCAP.

³³ V. art. 5-2 et 6-1 de l'AUPCAP.

³⁴ La cessation des paiements désigne « 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 crédit ou les délais de paiement dont le débiteur bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face à son passif exigible ». V. art. 25 al. 2 de l'AUPCAP

³⁵ Il s'agit de la procédure de redressement judiciaire et la procédure de liquidation des biens ainsi que les procédures nouvelles destinées aux petites entreprises à savoir la procédure de redressement judiciaire simplifiée et la procédure de liquidation des biens simplifiées.

ne dispose plus d'option ou de simple faculté. Il est désormais tenu de solliciter, soit l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire lorsque sa situation n'est pas irrémédiablement compromise, soit une procédure de liquidation des biens lorsque sa situation financière est irrémédiablement compromise, c'est-à-dire lorsque les chances de survie l'entreprise ne sont plus envisageables. C'est ce qui résulte de l'AUPCAP qui dispose que « *Le débiteur qui est en cessation des paiements doit faire une déclaration aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens quelle que soit la nature de ses dettes* »³⁶. Cette obligation mise à la charge du débiteur est destinée à réguler son comportement ou mieux, à conforter sa bonne foi de telle sorte que le débiteur qui se trouve en cessation des paiements, et qui s'abstient de la déclarer à la juridiction compétente dans les délais³⁷ expressément prévus, commet une infraction dite de banqueroute³⁸. La consécration de cette infraction participe à la préservation de la bonne foi du débiteur, car se dernier se sentira menacé par les sanctions pénales en cas d'inobservation de l'obligation déclarative mise à sa charge. Parallèlement, afin d'éviter le recours superposé des procédures, manifestation de la mauvaise foi, le législateur OHADA subordonne ce recours à l'écoulement d'un certain temps.

2) Le recours aux procédures tribulaire des délais

Dans le souci d'éviter le recours intempestif des procédures, le législateur OHADA a subordonné le recours des procédures préventives de la cessation des paiements à l'écoulement d'un certain temps. Il s'agit notamment de la procédure de conciliation (a), et la procédure de règlement préventif (b).

a) L'exigence des délais dans la procédure de conciliation

La conciliation, procédure à accès facile, regorge un risque considérable sur son utilisation superfétatoire. Le débiteur de mauvaise foi peut faire de cette procédure, une technique purement dilatoire. En effet, il peut être généralement tenté de faire déclencher la procédure dans le seul but d'obtenir de nouveaux délais de paiement, ou de retarder le paiement des dettes. Cette procédure lui servira donc de passerelle soit à l'ouverture d'une procédure collective future, soit pour masquer une éventuelle cessation de paiements, soit pour échapper à certains

créanciers³⁹. Afin d'éviter ou de limiter ces risques, le législateur OHADA a encadré le recours à la procédure de conciliation. À ce titre, il est de principe que « *conciliation sur conciliation ne vaut* »⁴⁰. Quand bien même le débiteur a déjà été soumis à une procédure de conciliation, il ne saurait bénéficier d'une nouvelle procédure que si la durée prévue pour la conciliation est épuisée. Cette durée est de trois mois, mais susceptible d'être prorogée d'un (1) mois au plus à la demande du débiteur, par une décision spécialement motivée du juge et après avis du conciliateur⁴¹.

Parallèlement, le débiteur soumis à une précédente procédure de conciliation ne saurait bénéficier d'une nouvelle procédure qu'après l'expiration d'un délai de trois mois⁴². La fixation des délais est salutaire et concourt à limiter ou à éviter le recours intempestif de la procédure de conciliation. Il en est de même de la procédure de règlement préventif.

b) L'exigence des délais dans la procédure de règlement préventif

Le recours au règlement préventif est également entouré des délais afin de limiter les cas de plusieurs règlements préventifs successifs. En effet, il y a des risques d'usage superflu de la procédure de règlement préventif dont l'objectif premier recherché par le débiteur, est la suspension des poursuites individuelles. Ainsi, le débiteur de mauvaise foi peut être tenté de recourir incessamment à cette procédure dans le seul but d'obtenir de nouveaux délais de paiements ou des remises de dettes, ainsi que de la suspension des poursuites individuelles. Conscient de cet état de chose, le législateur OHADA à limiter la durée de la suspension des poursuites individuelles⁴³. Ainsi, aucune règle de délai ne s'applique lorsque le débiteur a demandé l'ouverture d'une procédure de règlement préventif et ne l'a pas obtenu. En revanche, si le règlement préventif a abouti à un concordat préventif, le débiteur ne peut demander de nouveau un règlement préventif avant l'expiration d'un délai de trois (03) ans, à compter de la décision d'homologation et en tout état de cause, si le concordat préventif reste encore en cours d'exécution.

Dans le même ordre d'idée, si le règlement préventif a été ouvert mais n'a pas abouti à un concordat préventif, le délai de trois (03) ans est réduit à dix-huit (18) mois puisque dans une telle hypothèse, ce délai paraît suffisamment long pour éviter les risques de voir le règlement préventif utilisé uniquement pour bénéficier de la suspension des

³⁶ Art. 25 al. 3 de l'AUPCAP.

³⁷ Le délai offert au débiteur pour procéder à la déclaration de sa cessation des paiements auprès du greffe de la juridiction compétente est de trente (30) jours à compter de la date de ladite cessation des paiements. V. art 25 al.4 de l'AUPCAP.

³⁸ Pour toute étude sur les infractions de banqueroutes et celles qui lui sont assimilées, V., art. 266 et suiv. de l'AUPCAP.

³⁹ MAMBOKE BIASSALY (L.C.), « La procédure de conciliation dans la prévention des difficultés des entreprises en Droit OHADA, P. 17, Disponible sur www.village-justice.com.

⁴⁰ Art. 5-2 al. 5 de l'AUPCAP.

⁴¹ Art. 5-3 de l'AUPCAP.

⁴² *Idem*.

⁴³ Art. 4 de l'AUPCAP.

poursuites individuelles⁴⁴. En tout état de cause, en marge de l'encadrement du recours aux procédures par les délais, l'exigence de la transparence est également requise.

B) L'exigence de la transparence dans le recours aux procédures

La transparence est au cœur des finalités des procédures collectives. La notion de transparence n'était pas usuelle et n'entraînait même pas dans les préoccupations du droit.⁴⁵ Seul le secret était exalté⁴⁶ et prévalait dans diverses matières⁴⁷. C'est ainsi qu'un auteur a lancé un appel à la modération du législateur en lui proposant de mettre fin au secret absolu ou de laisser au secret des affaires une souplesse et une élasticité favorables à toutes les adaptations⁴⁸. Cela a conduit à un tempérament du secret afin de laisser libre cours à la communication, car le bien vient de la communication et par la communication et donc en définitive de la transparence. Mais cette notion de transparence, bien que riche d'intérêt, ne fait l'objet d'une définition juridique. Nous essayerons tout de même de la définir suivant deux acceptions : Selon une approche simpliste, la transparence est « *la qualité de ce qui laisse paraître la réalité toute entière, de ce qui exprime la vérité sans l'altérer* »⁴⁹. Elle désigne également « *Le phénomène par lequel un corps se laisse pénétrer par des rayons lumineux assez abondants pour permettre de distinguer avec une certaine netteté les objets placés derrière ou en lui. Il désigne ainsi la qualité essentielle de l'eau, du cristal, du diamant, autant de matières laissant si bien filtrer la lumière qu'elles donnent passage au regard* »⁵⁰. De ces définitions, on peut retenir que la transparence est le caractère d'un élément qui échappe au secret, elle est la qualité de ce qui, dans les actions de quelqu'un est sans énigme, livré au public ou à un cercle plus ou moins étendu de personnes. Elle apparaît comme l'antithèse du secret et ne peut donc viser que des informations, qui abandonnent le statut de vérité étouffée pour celui de

vérité communiquée⁵¹. Ainsi, la transparence qui traduit un état d'information, pèse sur tous les acteurs des procédures car il y'a interaction entre ces derniers en vue d'assurer la circularité de l'information. Cependant, dans la mesure où nous abordons le déclenchement des procédures collectives, seule sera abordée l'obligation de transparence qui pèse sur le débiteur. Cette dernière qui se matérialise à travers l'obligation d'information, doit présenter le caractère de sincérité et de sérieux. Ainsi, l'information fournie par le débiteur au tribunal doit être sincère (1), aussi, elle doit présenter un caractère sérieux dans les offres concordataires (2).

1) L'information sincère du tribunal

Le législateur OHADA ne précise pas de manière expresse le caractère de l'information à fournir par le débiteur. Toutefois, que l'information soit facultative⁵² ou obligatoire⁵³, elle doit présenter le caractère de sincérité qui découle de l'obligation de transparence. Cette dernière est une condition de la sincérité car sans elle, la sincérité ne peut vraiment prospérer⁵⁴. Ainsi, le débiteur doit faire preuve de sincérité dans ses déclarations à l'égard du tribunal notamment, dans les pièces à fournir en vue d'éclairer la lanterne du juge sur l'opportunité de l'ouverture de la procédure sollicitée. Ces pièces sont relatives aux documents liés à la comptabilité de l'entreprise et ceux qui ne le sont pas⁵⁵. Dans l'un ou l'autre cas, les informations fournies par le débiteur par le truchement des documents exigés, doivent traduire la réalité sans l'altérer car, l'ouverture de la procédure sollicitée en dépend largement. C'est dire qu'une information erronée fournie par le débiteur aura une influence considérable sur l'ouverture ou non d'une procédure collective, bien que le juge dispose des outils pouvant lui permettre de vérifier la véracité des faits allégués par le débiteur dans ses déclarations.

Mais, ces procédés de vérification ne peuvent se faire qu'après la décision d'ouverture. C'est dire qu'à la suite des déclarations faites par le débiteur, le juge saisi peut prendre une décision d'ouverture d'une procédure et par la suite, se raviser à l'issue des procédés de vérifications. Ainsi par exemple, le débiteur peut saisir le juge en vue de l'ouverture d'une

⁴⁴ SAWADOGO (F.M.), « OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2018, p. 1165.

⁴⁵ CARBONNIER (J.), « propos introductifs », colloque de DEUVILLE, la transparence, *RJcom*, 11/1993, n° spécial, p. 9, cité par TCHOUAMBIA TOMTOM (L.J.B.), in, *La transparence dans les procédures collectives d'apurement du passif de l'OHADA*, thèse de Doctorat, Université de Dschang, juillet 2013, p. 1.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Il s'agit sans être exhaustif, de quelques matières protégées par le secret telles le secret de l'instruction, le secret défense, le secret professionnel, le secret de fabrique, le secret de la vie privée, le secret des affaires, etc.

⁴⁸ MAYER (M.), Le secret d'affaire en matière commerciale, thèse de doctorat, Paris, 1990, cité par TCHOUAMBIA TOMTOM (L.J.B.), *op.cit.*, p. 1.

⁴⁹ Dictionnaire Larousse

⁵⁰ GARAUD (E.), *La transparence en matière commerciale*, thèse de Doctorat, Limoges, 1995, p.1.

⁵¹ TCHOUAMBIA TOMTOM, *La transparence dans les procédures collectives d'apurement du passif de l'OHADA*, *op.cit.*, p. 3

⁵² Lorsque le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements, il dispose d'une large liberté en matière d'information à l'égard du tribunal sur l'état de ses difficultés.

⁵³ Lorsque le débiteur est en état de cessation des paiements, il ne dispose plus d'une simple faculté, mais plutôt d'une obligation d'informer la juridiction compétente sur l'état de ses difficultés.

⁵⁴ MAGUAFO NGUM (H.Y.), *La sincérité dans le contrat de transport maritime de marchandises de la CEMAC*, thèse de Doctorat, Université de Dschang, 2020, p. 10.

⁵⁵ V. Art- 6-1 de l'AUPCAP.

procédure de règlement préventif. Le juge après l'avoir ouvert, désigne un expert chargé de lui faire un rapport sur la situation du débiteur. Le rapport de l'expert peut révéler que le débiteur est en état de cessation des paiements. Ainsi, le juge devra soit prononcer le redressement judiciaire si la situation du débiteur n'est pas irrémédiablement compromise, soit la liquidation des biens si le sauvetage de l'entreprise n'est plus envisageable. Cet exemple traduit à suffisance l'importance de la sincérité du débiteur dans ses obligations déclaratives, et participe à la préservation de la bonne foi de ce dernier. Cette sincérité est également importante dans les procédures qui requièrent des offres concordataires.

2) L'information sincère dans les offres concordataires

Le déclenchement de certaines procédures est tributaire de la présentation ou non par le débiteur d'une offre de concordat. Il s'agit de la procédure de règlement préventif et la procédure de redressement judiciaire. Sont donc exclu la procédure de conciliation qui requiert un accord de conciliation et non un concordat, et la procédure de liquidation des biens qui marque la disparition de l'entreprise dans laquelle aucun concordat n'est requis.

Le concordat peut être défini comme une convention conclue entre le débiteur et ses créanciers, chirographaires et privilégiés, avec homologation de justice destinée à garantir son sérieux et sa viabilité, convention par laquelle le débiteur présente un plan de règlement du passif et de redressement de l'entreprise qu'il exécutera une fois remis à la tête de ses affaires. C'est en d'autres termes, un acte juridique collectif comme la convention collective en droit du travail, homologué par la justice après son adoption par les créanciers⁵⁶. Ainsi, la présentation d'un concordat est exigée pour l'ouverture de la procédure de règlement préventif de même que la procédure de redressement judiciaire. Sauf à noter que dans la procédure de règlement préventif, la proposition de concordat est nécessairement exigée, alors que dans le redressement judiciaire, la juridiction compétente peut prononcer son ouverture dans plusieurs hypothèses notamment, lorsqu'un concordat sérieux est proposé, ou a des chances sérieuses d'être obtenu, ou si une cession globale de l'entreprise est envisageable⁵⁷. C'est dire à *contrario* que la procédure de redressement judiciaire peut être ouverte même en l'absence d'une proposition de concordat.

Tout compte fait, pour que la proposition de concordat puisse jouer son rôle, le législateur OHADA lui attache une exigence fondamentale à savoir son caractère sérieux, manifestation de la bonne foi du débiteur et condition indispensable pour l'obtention de son homologation. Cependant, le législateur OHADA s'est abstenu de dire ce qu'il faut entendre par

concordat sérieux. En l'absence de définition, on devra entendre par concordat sérieux « *celui qui, tout en préservant et en assainissant l'entreprise, assure le paiement des créanciers dans les conditions acceptables*⁵⁸ ». C'est aussi « *celui qui, ne dit pas consister en des perspectives bien évaluées, mais plutôt en des mesures concrètes et des propositions réelles tout aussi bien quant au personnel qu'aux ressources et à des remises des créanciers et délais obtenus en vue de redémarrer l'activité et apurer collectivement le passif*⁵⁹ ». C'est dire en définitive que le contenu de la notion de concordat sérieux n'est pas facile à déterminer. C'est la pratique des juridictions qui nous permettra de donner un contenu réel à cette notion, et donc à apprécier la bonne ou la mauvaise foi du débiteur.

Ainsi, lorsque les conditions requises ne sont pas réunies, le concordat présentera un caractère non sérieux, manifestation de la mauvaise foi du débiteur et par conséquent, ne bénéficiera pas de l'approbation de la juridiction compétente à travers son homologation. L'exigence du caractère sérieux et l'intervention du juge sont nécessaires pour garantir la bonne foi du débiteur à plus d'un titre.

Tout d'abord, l'intervention du juge est marquée par la nécessité d'assurer la protection des créanciers minoritaires et absents, qui seront liés par la décision de la majorité.

Ensuite, afin d'éviter que les créanciers majoritaires ne soient abusés par un débiteur de mauvaise foi qui leur ferait des propositions intéressantes, mais difficiles à exécuter.

Enfin, afin d'écartier un concordat qui sera accordé à un débiteur frauduleux. La fraude proviendrait de la connaissance qu'a le débiteur du préjudice qu'il causera aux créanciers du fait des engagements pris à la légère dans les propositions concordataires.

Tout compte fait, il appartiendra au juge de déterminer au gré des espèces qui lui seront soumis, le caractère sérieux ou non d'un concordat. Comme le relève un auteur⁶⁰ il s'agira d'une appréciation subjective. Ainsi, en vue d'apprécier la bonne ou la mauvaise foi du débiteur, la juridiction compétente pourra s'appuyer sur ses antécédents tant sur le plan pénal que fiscal. Par exemple, un débiteur qui ne paie pas régulièrement ses impôts ou qui a déjà été condamné pour des infractions contre les biens, sera regardé avec suspicion alors que le débiteur qui se sera par le passé, comporté avec rectitude devant les autorités fiscales et même dans les prestations liées à la prévoyance sociale de ses employés, sera regardé

⁵⁸ *Ibidem*, p. 118.

⁵⁹ TGI de Ouagadougou, jugement n° 100 du 24 janvier 2001, Liquidation des biens des établissements KARGO Issaka et frères, Ohadata, J-02-59.

⁶⁰ DUBLANCHE (M.), « Morale des affaires et plan de cession, Acte du colloque de Toulouse 1 sur la morale et le droit des affaires », cité par SOH FOGNO (D.R.), *Le débiteur à l'épreuve des procédures collectives d'apurement du passif de l'OHADA*, thèse de Doctorat, Université de Dschang, 04 octobre 2012, p., 91.

⁵⁶ SAWADOGO (F.M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op.cit., p. 270

⁵⁷ Art. 33 de l'AUPCAP.

favorablement comme étant de bonne moralité et donc de bonne foi. L'appréciation devra être faite au cas par cas, et le juge ne devra agir dans un sens ou dans l'autre qu'au regard de son intime conviction⁶¹. En définitive, l'exigence d'un concordat sérieux participe à préserver la bonne foi du débiteur, dans la mesure où le caractère sérieux du concordat conditionne l'ouverture de la procédure collective sollicitée. Le législateur OHADA ne s'est pas cantonné à garantir la bonne foi du débiteur dans le déclenchement des procédures, il l'a également fait lors du déroulement des procédures.

II) La protection de la bonne foi du débiteur dans le déroulement des procédures

Lorsqu'une procédure collective est ouverte, divers intérêts antagonistes s'opposent. En effet, il existe un conflit d'intérêt entre créanciers, mais également entre créanciers et débiteur. Sur ce dernier point, afin que nul ne sente lésé, le législateur OHADA a mis sur prévu des mesures visant à garantir la bonne foi du débiteur lors du déroulement des procédures. Il s'agit de la restriction de ses droits (A), ainsi que l'existence des sanctions visant sa personne (B).

A) La restriction des droits du débiteur

Lors du déroulement des procédures, afin d'éviter que le débiteur lèse les intérêts des créanciers par son comportement de mauvaise foi, le législateur OHADA a entamé de manière variable ses droits (1), dont le non-respect entraîne la neutralisation des actes passés en violation de ses droits (2).

1) La variabilité de la restriction des droits du débiteur

Les droits du débiteur sont restreints selon le type de procédure en présence. L'ampleur de la restriction varie selon qu'il s'agisse des procédures préventives⁶² de la cessation des paiements, ou des procédures curatives⁶³. En effet, lorsque le débiteur est soumis à une procédure de conciliation, ou à une procédure de règlement préventif, la restriction de ses droits est opérée de manière différente. Ainsi, dans le cadre de la procédure de conciliation, le débiteur dispose d'une large liberté d'action contrairement à la procédure de règlement préventif dans laquelle il y'a limitation de sa liberté d'action. Sur ce dernier point, en contrepartie des restrictions qui frappent les créanciers à travers la suspension des poursuites individuelles, la liberté d'action du débiteur est également restreinte.

En effet, pendant la période de la suspension des poursuites individuelles, le débiteur conserve la gestion de son entreprise ce qui est favorable à sa restructuration. Cependant, cette période de

⁶¹ SOH FONGNO (D.R.), *op.cit.*, p. 91

⁶² Les procédures préventives de la cessation des paiements sont constituées, de la procédure de conciliation et de la procédure de règlement préventif.

⁶³ Les procédures curatives sont constituées de la procédure de redressement judiciaire et de la procédure de liquidation des biens.

suspension des poursuites peut être une opportunité pour ce dernier d'accomplir des actes de mauvaise foi lésant ainsi les intérêts des créanciers. Conscient de cette possibilité, le législateur OHADA a interdit au débiteur d'accomplir certains actes notamment, le paiement total ou partiel des créances nées antérieurement à la décision d'ouverture, les actes de disposition étranger à l'exploitation normale de l'entreprise, ou encore de consentir une sûreté⁶⁴. Ces interdictions participent à garantir la bonne foi du débiteur soumis en règlement préventif. Il en est de même des interdictions faites au débiteur qui a cessé ses paiements.

Lorsque le débiteur a cessé ses paiements, il doit être soumis aux procédures curatives à savoir le redressement judiciaire et la liquidation des biens. En effet, lorsque sa situation n'est pas compromise, il est admis en procédure de redressement judiciaire dans laquelle il est assisté par le syndic dans la gestion de l'entreprise. En revanche, lorsque sa situation est irrémédiablement compromise, il est admis en liquidation des biens dans laquelle il est supplanté par le syndic. Dans l'un ou l'autre cas, il lui est également interdit de poser certains actes du fait de la période suspecte⁶⁵ dont les plus saillants concernent les transmissions à titre gratuit, les contrats commutatifs déséquilibrés, le paiements des dettes non échue, ainsi que les paiement des dettes échue par des procédés anormaux. Cette liste n'est pas exhaustive. Ainsi, la période suspecte étant propice à la commission des actes de mauvaise foi,, le législateur OHADA, par le jeu des inopposabilités, permet de frapper d'infirmité juridique les actes de cette nature passés par le débiteur, contrairement au législateur français qui opte pour la nullité des actes passés en période suspecte.⁶⁶

2) L'inopposabilité des actes du débiteur en cas de violation des restrictions

La nature humaine étant ce qu'elle est, il est assez probable que le débiteur en difficulté soit tenté de se livrer à certaines opérations frauduleuses dans les jours précédents l'ouverture de la procédure collective⁶⁷. Le législateur OHADA appréhende cette problématique en prévoyant un mécanisme de neutralisation des actes passés par le débiteur en violation des restrictions ; il s'agit de l'inopposabilité. En effet, le droit des procédures collectives fait

⁶⁴ Art. 11 de l'AUPCAP.

⁶⁵ Cette dernière désigne une période au cours de laquelle les actes passés par un débiteur en difficulté sont susceptibles d'être remis en cause. Cette période va de la date de la cessation des paiements, au jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. La durée de la période suspecte est fixée par le tribunal au moment du jugement d'ouverture, et ne saurait en aucun cas excéder dix-huit (18) mois.

⁶⁶ Art. 11 de l'AUPCAP.

⁶⁷ PETEL (Ph.), *Procédures collectives*, Dalloz, Paris, 8^{ème} éd., 2014, p. 201.

recours aux inopposabilités pour remettre en cause les actes passés par le débiteur en violation de son exigence de bonne foi dans trois hypothèses ; la première concerne les actes passés pendant la période suspecte, la seconde concerne ceux passés en violation de l'assistance dans la procédure de redressement judiciaire⁶⁸, et la dernière est relative à ceux passés en violation du dessaisissement dans la procédure de liquidation des biens⁶⁹.

Tout d'abord, relativement aux actes de mauvaise foi passés pendant la période suspecte, le législateur OHADA énonce le principe de leurs inopposabilités à la masse des créanciers en ces termes : « *sont inopposables de droit ou peuvent être déclarés inopposables à la masse des créanciers, telle que définie par l'article 72 ci-après, les actes passés par le débiteur pendant la période suspecte débutant à la date de la cessation des paiements et finissant à la date de la décision d'ouverture* »⁷⁰. Ainsi, pour combattre la mauvaise foi du débiteur et préserver l'égalité entre les créanciers, le législateur OHADA a prévu l'inopposabilité à la nullité jadis prévue par le Code de commerce. L'inopposabilité est une sanction qui prend sa source dans une imperfection de la formation du contrat mais qui, en règle générale, a pour seul objet la protection des tiers dont les intérêts légalement protégés ont été méconnus par les contractants⁷¹. Tout se passe à l'égard des tiers comme si le contrat n'avait pas été conclu⁷². Par contre, la nullité sanctionne l'inobservation des conditions de formation du contrat en l'anéantissant rétroactivement. La conséquence en est que le contrat inopposable aux tiers reste valable entre les parties, alors que le contrat nul ne produit les effets ni à l'égard des parties, ni à l'égard des tiers.

En définitive, le recours à l'inopposabilité de la période suspecte permet de remettre en cause les actes qui ont été passés par le débiteur en violation des interdictions de paiement, ou d'inscription de sûretés après le jugement d'ouverture, ayant pour but de priver l'acte de ses effets juridiques⁷³ et participe à notre sens à garantir la bonne foi du débiteur tant et si bien que les cas d'inopposabilités ont été prévus aux articles 68 et 69 de l'AUPCAP, et en cas de commission de ses actes par le débiteur, ils seront purement et simplement passibles de neutralisation. En marge de l'inopposabilité comme moyen de neutralisation des actes perpétrés par le débiteur au

mépris des interdictions, le législateur OHADA a également prévu des sanctions visant le débiteur ayant fait preuve de mauvaise foi.

B) Les sanctions visant le débiteur de mauvaise foi

Le législateur OHADA dans le but de réguler la conduite du débiteur, a institué une kyrielle de sanctions qui peuvent être punitives (1), ou réparatrices (2).

1) Les sanctions punitives

L'expression « *sanctions punitives* » est empruntée aux spécialistes des sciences de l'éducation qui, pour distinguer la punition de la sanction, considèrent que la punition est humiliante et parfois disproportionnée, alors que la sanction est toujours juste et connue d'avance ; les mesures pénales et disciplinaires frôlent parfois l'humiliation quand elles sont prononcées contre les personnes coupables de comportements déloyaux⁷⁴ et donc de mauvaise foi. Quoi qu'il en soit, que la sanction soit humiliante ou non, le débiteur ayant fait preuve de mauvaise foi dans la gestion de la procédure collective peut, selon les cas, subir des sanctions pénales (a), ou tout simplement la sanction professionnelle (b).

a) Les sanctions pénales

Les sanctions pénales jouent un rôle très important dans le monde des affaires. En effet, comme le relève un auteur⁷⁵, elles produisent un effet dissuasif en ce sens qu'elles emmènent les débiteurs et dirigeants à éviter la commission des actes incriminés, de même qu'un effet distributif et surtout « *éradicatif* » car il faut, si les conditions sont réunies, appliquer les peines prévues et empêcher pour l'avenir la commission des actes incriminés. Nous envisagerons les sanctions pénales visant le débiteur, en référence aux lois pénales en vigueur dans les États parties au traité OHADA.

Pour le cas du Cameroun, nous ferons référence à la loi n° 2016/007 du 12 juillet 2016 portant Code pénal Camerounais, ainsi qu'à la loi du 10 juillet 2003 relative à la répression des infractions contenues dans certains Actes uniformes. C'est la résultante des dispositions de l'AUPCAP, qui dispose que « *Les personnes déclarées coupables de banqueroute et de délits assimilés à la banqueroute sont passibles des peines prévues pour ces infractions par les dispositions prises par chaque État parti conformément à l'article 5 du traité OHADA* »⁷⁶. À ce titre, l'article 25 de la loi du 10 juin 2003, punit le débiteur déclaré coupable de banqueroute simple et infractions assimilées, d'une peine d'emprisonnement d'un (1) mois à deux ans. Aux côtés de ces peines principales, le juge peut également prononcer les

⁶⁸ Art. 52 de l'AUPCAP.

⁶⁹ Art. 53 de l'AUPCAP.

⁷⁰ Art. 67 de l'AUPCAP.

⁷¹ TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, les obligations*, Précis Dalloz, 13^{ème} éd., 2013 p. 98.

⁷² KEUGONG NGUEKEN (R.S.), *Le droit commun des contrats face à l'émergence des droits communautaires africains, thèse de Doctorat*, Université de Dschang, 2013, p 122.

⁷³ TATSADONG TAFEMPA (J.M.), « La déloyauté dans une société soumise aux procédures collectives », *Juridic périodique*, n° 155, 2018, p.147.

⁷⁴ *Ibid*, p. 144.

⁷⁵ SAWADOGO (F.M.), OHADA, *Droit des entreprises en difficultés*, op.cit., p.347.

⁷⁶ Art. 226 de l'AUPCAP.

peines complémentaires à savoir la déchéance⁷⁷, ou encore la publicité de la faute commise. Dans le même ordre d'idée, le Code pénal Camerounais punit les agissements de mauvaise foi des dirigeants sociaux envers les associés. En effet, l'article 313 dudit Code sanctionne, au titre de la tromperie envers des associés, le dirigeant qui, dans le but d'induire en erreur un ou plusieurs associés, actionnaires ou créanciers, fait une fausse déclaration ou fournit un compte faux.

Toutefois, il convient de relever qu'il existe des pesanteurs en matière pénale qui affecte une protection efficace de la bonne foi du débiteur. En effet, il est utile de rappeler que le législateur OHADA a adonné quitus aux législateurs nationaux le pouvoir de sanctionner les faits constitutifs de mauvaise foi. C'est dire que l'application effective et complète du droit OHADA nécessite l'intervention constante des États membres dans leur ordre juridique interne. Le rôle des États est donc crucial dans l'effectivité du droit OHADA notamment en matière pénale. Sur ce dernier point, le principe de la légalité des délits et des peines n'a de sens que si un fait constitutif d'infraction est assorti des sanctions y afférentes. Ainsi, pour que le débiteur fasse preuve de bonne foi, il doit se sentir menacer par l'existence des sanctions. À ce titre, certains législateurs nationaux se sont acquittés de leur devoir édicté par le législateur OHADA, en prévoyant des sanctions aux incriminations d'ordre communautaires. C'est dire à *contrario* qu'il existe des États qui sont encore à la traîne ce qui est à notre sens un frein à une meilleure protection de la bonne foi du débiteur au sein de ces pays. Au rang des pays s'étant acquitté de leur devoir communautaire, on peut noter par exemple le cas du Cameroun⁷⁸ ainsi que du Sénégal à travers la loi n°98-22 du 26 mars 1998 portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'acte uniforme relatif aux droits de sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. C'est également le cas de la République Centrafricaine à travers la loi n°10.001 du 06 janvier 2010 portant Code pénal Centrafricain. La liste n'est pas exhaustive. Cet état de chose pourra générer la création des inégalités entre les justiciables. En effet, un comportement peut constituer une infraction en un certains lieux, alors que le même comportement peut être considéré

comme licite ou comme une infraction bénigne dans d'autres⁷⁹.

De même, comment concevoir que dans le même espace juridique la commission d'une infraction soit différemment réprimé selon les pays de sa commission⁸⁰. La conséquence immédiate sera l'existence des sanctions divergentes pour des mêmes faits au sein d'un même espace intégré. De ce fait, l'on observera la création des « *pays d'asile* » et des « *pays de refuge* ». Ainsi, l'opérateur économique comparera les différentes législations et choisira les pays où il existe une impunité pour certaines infractions, ou alors là où la loi pénale est douce. De même, les investisseurs pourraient privilégier les pays à répression moins rigoureuse et où les conditions pénitentiaires sont humainement acceptables⁸¹. Pour juguler cette situation, et pour plus d'efficacité, il est bon que le droit matériel soit accompagné du droit pénal⁸² car brandonné le droit pénal aux législateurs nationaux revient à saper l'idée d'unification recherchée pour ne se contenter que de la simple harmonisation⁸³. Ainsi, il est nécessaire de parachever l'harmonisation des dispositions pénales dans l'espace OHADA, afin de contrecarrer l'émergence des pays « *paradis pénaux* » et « *enfers pénaux* » notamment, par l'harmonisation des sanctions ce qui participera non seulement à lutter contre la réticence de certains États dans l'élaboration des sanctions, mais également à lutter contre la disparité des sanctions. Ces mesures contribueront à notre sens une protection plus efficace de la bonne foi du débiteur. Quid de sanction professionnelle ?

b) La sanction professionnelle

La sanction professionnelle du débiteur ayant fait preuve de mauvaise foi est la faillite personnelle. Elle est applicable aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole ; aux personnes physiques dirigeantes de personnes morales qu'ils soient de droit ou de fait, rémunérés ou non, ainsi qu'aux personnes physiques représentantes permanentes de personnes morales. Le législateur OHADA a limitativement énuméré les hypothèses⁸⁴ dans lesquelles la juridiction compétente peut prononcer la faillite personnelle. Cette sanction frappe les actes de mauvaise foi qui porte une atteinte grave aux règles et usages du commerce. Ainsi,

⁷⁷ La déchéance est une dérivée du mot déchoir et du latin « *decadere* », lui-même dérivé de « *cadere* », c'est-à-dire tombé. Il s'agit en fait de la perte d'un droit, d'une fonction, d'une qualité ou d'un bénéfice, encourue à titre de sanction, pour cause d'indignité, d'incapacité, de fraude, soit d'incurie⁷⁷. La perte de ce droit acquis apparaît comme une sanction nettement efficace, et on pense qu'elle permettrait au débiteur d'éviter le risque de ne plus jamais intervenir sur le marché.

⁷⁸ Cf. *supra*.

⁷⁹ YAWAGA (S.), « Regard de l'émergence d'un droit pénal des affaires en Afrique : Le cas du droit pénal OHADA, Acte du colloque AKAM AKAM (A.), (dir.), *Les mutations juridiques dans l'espace OHADA*, éd., L'Harmattan, Paris, 2009, p. 71 et suiv.

⁸⁰ ANOUKAHA (F.), « L'OHADA en marche », *op.cit.*, p. 17.

⁸¹ MDONTSA FONE (M.-A.), « À propos de l'extension de la compétence pénale OHADA », *Revue Africaine des Sciences Juridiques-FSJP*, Université de Yaoundé II, p. 81.

⁸² ANOUKAHA (F.), *op.cit.*, p. 17.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Art. 196 et suiv. de l'AUPCAP.

lorsque le débiteur a commis un acte susceptible d'être passible de faillite personnelle, il incombe au syndic d'informer immédiatement le ministère public et le juge-commissaire à qui il fait un rapport dans un délai de dix (10) jours.

Le juge-commissaire adresse ce rapport au président de la juridiction compétente. Dès qu'il est saisi du rapport du syndic ou du juge-commissaire, le président de la juridiction compétente fait citer à comparaître à jour fixe, huit (8) jours au moins à l'avance, par signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire. Le débiteur en cause doit impérativement comparaître en personne. La représentation est en principe prohibée, mais exceptionnellement, « *en cas d'empêchement dûment justifié, ils peuvent se faire représenter par une personne munie d'un pouvoir spécial et habilitée à représenter les parties devant la juridiction saisie* »⁸⁵. Si le débiteur ne se présente pas ou ne se fait pas représenter, la juridiction compétente statue par une décision réputée contradictoire à leur égard. Lorsque les faits de la cause justifient la faillite personnelle, et en l'absence d'une possibilité de réhabilitation du débiteur, le prononcé de la faillite entraîne de nombreuses conséquences à l'égard de ce dernier. Il s'agit de l'interdiction générale de faire le commerce et, notamment de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise commerciale à forme individuelle ou toute personne morale, de l'interdiction d'exercer une fonction publique élective et d'être électeur pour ladite fonction publique, et de l'interdiction d'exercer toute fonction administrative, judiciaire ou de représentation professionnelle. À ces interdictions, l'on peut adjoindre la privation de droit de vote aux assemblées de la personne morale. En effet, « *La faillite personnelle des dirigeants des personnes morales prive ceux-ci du droit de vote dans les assemblées de ces personnes morales contre lesquelles est ouverte une procédure collective* »⁸⁶. Cette sanction professionnelle lourde de conséquences qui priver le débiteur de l'exercice d'une fonction commerciale et non commerciale, ainsi que les sanctions pénales qui font du débiteur sujet du paiement d'amendes et de privation de liberté, participent à garantir la bonne foi de ce dernier faisant l'objet d'une procédure collective. Il en est de même des sanctions réparatrices.

2) Les sanctions réparatrices

Les sanctions réparatrices sont celles qui visent principalement à réparer le dommage causé à autrui. Elles se matérialisent par l'octroi des dommages-intérêts à la victime par le débiteur de mauvaise foi. Ainsi, pour bénéficier des dommages-intérêts, la victime doit, sur le fondement de l'article 1382 du code civil, intenter une action en responsabilité civile. Pour que cette action puisse prospérer, la victime des

actes de mauvaise foi du débiteur doit être à même d'apporter la preuve de l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice condition sans laquelle aucune action en responsabilité ne serait possible. Ainsi, lorsque le débiteur a commis des actes de mauvaise foi préjudiciables aux associés, ou aux créanciers, il peut faire l'objet selon le cas, de l'action en comblement du passif (a), ou l'action en extension de procédure (b).

a) L'action en comblement du passif.

L'action en comblement du passif est prévue à l'article 183 de l'AUPCAP. Cet article dispose que « *Lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, la juridiction compétente peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider, à la requête du syndic, du ministère public ou de deux contrôleurs dans les conditions de l'article 72 alinéa 2 ci-dessus, ou même d'office, que les dettes de la personne morale sont supportées en tout ou partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants ou certains d'entre eux* ». À la lecture de cette disposition, il en ressort que l'exercice de l'action en comblement du passif est subordonnée à l'existence d'une faute de gestion, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice. En l'absence de définition légale de la faute, on peut considérer comme faute de gestion les initiatives irréflechies, l'incurie ou la négligence dans la conduite des opérations⁸⁷. Elle doit être prouvée par le demandeur, et il reviendra en tout état de cause à la juridiction compétente, au gré des espèces, de caractériser la faute de gestion. Quant au préjudice, il résulte de l'insuffisance d'actif. Ainsi, la preuve de l'insuffisance d'actif est une condition préalable à la recevabilité de l'action. Elle vient d'une comparaison entre le montant des dettes et des actifs. Pour ce qui est du lien de causal, il faut qu'il y ait un lien direct entre le préjudice et la faute. Avec la disparition de la présomption irréfragable de causalité entre la faute et le dommage, il devient impératif de démontrer qu'une faute de gestion des dirigeants a entraîné l'insuffisance d'actif ou y a contribué.

b) L'action en extension de procédure

L'action en extension des procédures a pour objectif premier d'atteindre ceux qui se sont comportés en véritable maître de l'affaire et qui veulent se rattacher derrière la personne morale de la société pour ne pas contribuer au paiement des créanciers alors qu'ils ont profité de la société pendant la période faste⁸⁸. Elle constitue une sanction plus sévère que le comblement du passif. En effet, le passif des dirigeants comprend l'ensemble du passif de la personne morale, alors que le comblement du passif ne fait supporter par les dirigeants qu'une partie du passif. De plus, l'extension des procédures collectives entraîne *de facto* toutes les limitations

⁸⁵ Art. 201 al. 2 de l'AUPCAP.

⁸⁶ Art. 199 de l'AUPCAP.

⁸⁷ SAWADOGO (F.M.), *op.cit.* p. 1807.

découlant de l'ouverture de la procédure collective *stricto sensu* à savoir le dessaisissement. Tout compte fait, que les sanctions visant le débiteur de mauvaise foi soient punitives ou réparatrices, elles concourent à garantir sa bonne conduite dans la gestion de la procédure collective.

CONCLUSION

En définitive, le principe de bonne foi est au cœur du dispositif de l'AUPCAP. Afin de préserver la bonne foi du débiteur, le législateur OHADA a prévu une panoplie de mesures destinée à parvenir à cette finalité. Ainsi, l'encadrement du recours aux procédures, la fixation des délais dans le recours aux procédures, l'aménagement des droits du débiteur, l'usage du droit pénal, et du droit civil ont été d'un apport inestimable aussi bien dans le déclenchement des procédures que dans le déroulement des procédures. Toutefois, ces mesures bien que salutaire reste à parfaire pour une protection efficiente et efficace de la bonne foi du débiteur faisant l'objet d'une procédure collective. Toutefois, le législateur OHADA ne se borne pas à garantir la bonne foi du débiteur, celle des acteurs intervenants dans la mise en œuvre des procédures se trouve également garantie.

INDICATION BIBLIOGRAPHIQUE

A) OUVRAGES

- 1- **BENABENT (A.)**, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 6^{ème} éd. 1997, 188 p ;
- 2- **CORNU (G.)**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 11^{ème} éd., PUF, Quadrige, 2018, 1095 p ;
- 3- **GUINCHARD (S.)**, **DEBARD (T.)**, *Lexique des termes juridiques*, 25^{ème} éd., 2017-2018, 2158 p ;
- 4- **KALIEU ELONGO (Y.R.)**, *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, PUA, Yaoundé, 2016, 213 p ;
- 5- **KOM (J.)**, *Droit des entreprises en difficultés*, PUA, Yaoundé, 2013, 288 p ;
- 6- **LE CORRE (P.M.)**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz-action, 2016, 224 p ;
- 7- **PEROCHON (F.)**, *Entreprise en difficulté*, LGDJ, Paris, 10^e éd., 2014, 692 p ;
- 8- **PETEL (Ph.)**, *Procédures collectives*, Dalloz, Paris, 8^e éd., 2014, 262 p ;
- 9- **RIPERT (G.)**, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., 1949 ;
- 10- **SAWADOGO (F.M.)**, *OHADA, Droit des entreprises en difficultés*, éd. Bruyland, Bruxelles, 2002, 444 p ;
- 11- **TERRE (F.)**, **SIMLER (Ph.)** et **LEQUETTE (Y.)**, *Droit civil, les obligations*, Précis Dalloz, 13^{ème} éd., 2013, 1585 p ;

B) THÈSES

- 1- **AMIC (L.)** *La loyauté dans les rapports de travail*, thèse de Doctorat, Université d'Avignon, 2014 ;
- 2- **GARAUD (E.)**, *La transparence en matière commerciale*, thèse de Doctorat, Limoges, 1995 ;
- 3- **KEUGONG NGUEKEN (R.S.)**, *Le droit commun des contrats face à l'émergence des droits communautaires africains*, thèse de Doctorat, Université de Dschang, 2013 ;

4- **MAGUAFO NGUM (H.Y.)**, *La sincérité dans le contrat de transport maritime de marchandises de la CEMAC*, thèse de Doctorat, Université de Dschang, 2020 ;

5- **PICOD (Y.)**, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse de Doctorat, Dijon, LGDJ, 1989 ;

6- **SOH FOGNO (D.R.)**, *Le débiteur à l'épreuve des procédures collectives d'apurement du passif de l'OHADA*, thèse de Doctorat, Université de Dschang, 04 octobre 2012 ;

7- **TCHOUAMBIA TOMTOM (L.J.B.)**, *La transparence dans les procédures collectives d'apurement du passif de l'OHADA*, thèse de Doctorat, Université de Dschang, juillet 2013 ;

C) ARTICLES

1- **AKONO (A.R.)**, « Regard sur les innovations introduites dans les réformes OHADA des procédures collectives du 10 septembre 2015 », *Penant*, n° 897, octobre-décembre 2016. pp. 101-132 ;

2- **ANOUKAHA (F.)**, « L'OHADA en marche », *in Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, PUA, n° spécial, T. 6 2002, pp. 7-14 ;

3- **CARBONNIER (J.)**, « propos introductifs », colloque de DEAUVILLE, la transparence, *RJcom*, n° spécial, 1993 ;

4- **MAMBOKE BIASSALY (L.C.)**, « La procédure de conciliation dans la prévention des difficultés des entreprises en Droit OHADA », Disponible sur www.village-justice.com ;

5- **MDONTSA FONE (M-A.)**, « À propos de l'extension de la compétence pénale OHADA », *Revue Africaine des Sciences Juridiques-FSJP*, Université de Yaoundé II, pp. 16-24 ;

6- **NGWE (M.A.)**, « L'application des Actes uniformes de l'OHADA au Cameroun », *Penant*, n° 850, avril-juin 2005, pp. 161-195 ;

7- **ROUSSEL GALLE (Ph.)**, « Les débiteurs dans l'AUPCAP révisé : la modernisation du droit de l'insolvabilité dans la continuité », *Droit et patrimoine*, n° 253, décembre 2015, pp. 28-31 ;

8- **SAWADOGO (F.M.)**, « OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés », *Juriscopus*, 2018, pp. 1109-1126 ;

9- **SAWADOGO (F.M.)**, « La remise en cause des obligations en droit des procédures collectives par la règle du zéro heure en Afrique francophone », *in l'obligation*, Harmattan, Cameroun, 2015, pp. 1 et suiv ;

10- **TATSADONG TAFEMPA (J.M.)**, « La déloyauté dans une société soumise aux procédures collectives », *Juridis périodique*, n° 155, 2018. pp. 135-148 ;

11- **YAWAGA (S.)**, « Regard de l'émergence d'un droit pénal des affaires en Afrique : Le cas du droit pénal OHADA », Acte du colloque **AKAM AKAM (A.)**, (dir.), *Les mutations juridiques dans l'espace OHADA*, éd., L'Harmattan, Paris, 2009, pp. 101-132 ;