

L'UNANIMITE DE L'ACCORD DE CONCILIATION EN DROIT OHADA : UNE LOGIQUE JURIDIQUE IRREALISTE ?

Moussa Fanta KOUROUMA

Docteur en droit privé

Introduction

Le droit communautaire OHADA¹ connaît, depuis sa création, une réelle évolution. De nouveaux actes uniformes sont adoptés.² Les anciens sont adaptés³ et d'autres sont en vue.⁴ La dynamique exprimée procède de la volonté des chefs d'Etat et de gouvernement de créer et préserver la sécurité juridique et judiciaire des relations d'affaires.⁵ En effet, les pays africains avaient adopté des textes calqués sur le modèle des puissances colonisatrices au lendemain des indépendances⁶ ; des textes qui n'ont pas connu de réformes adaptées, favorisant ainsi l'insécurité juridique et judiciaire et rendant difficile l'appréhension du droit applicable. Toute chose susceptible de

provoquer la stagnation de l'économie nationale qui repose essentiellement sur le secteur privé.⁷ Parmi les actes adoptés dans la foulée de la création de l'organisation, figure celui relatif aux procédures collectives d'apurement du passif d'un débiteur. Il a connu une large réforme le 10 septembre 2015 : la procédure de conciliation a notamment été instituée, le règlement préventif, créé par le texte de 1998, simplifié et sécurisé et le champ d'application des procédures collectives étendu.⁸

La dialectique de la réflexion sur la finalité du droit des entreprises en difficulté - appellation que nous préférons à celle du droit des procédures collectives adoptée en droit Ohada⁹ - porte, dans un

¹ L'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

² La procédure de conciliation créée en 2015 : pour tout savoir sur cette nouvelle procédure : C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018 ; La médiation créée en 2017.

³ Il s'agit entre autres, de l'acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif, de celui relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE, du règlement préventif, de l'acte uniforme portant organisation des sûretés.

⁴ C'est le cas de l'acte uniforme relatif au droit du travail : pour en savoir plus : C. M. J. De DRAVO-ZINZINDOHOUE, *La mise en place d'un droit uniforme du travail dans le cadre de l'OHADA*, éd., A.R.N.T, 2009 ; du droit général des obligations : pour plus d'information : C. GRIMALDI, « Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA », *Village de la justice*, 22 mars 2016.

⁵ Selon l'art. 1^{er} du traité du 17 oct. 1993, repris dans le traité révisé de 2008.

⁶ H. MIKPONHOUE, *L'ordre juridique communautaire OHADA et les enjeux d'intégration du droit des Affaires*, thèse de doctorat, Université de Perpignan, 2016, p. 10.

⁷ A. YAYA SARR, *L'intégration juridique dans l'Union Économique et Monétaire Ouest-africaine (UEMOA) et dans l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)*, thèse de doctorat, Université d'Aix-Marseille III, 2008, p. 26.

⁸ Art. 1-1 du nouvel acte uniforme : « *Le présent Acte uniforme est applicable à toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole, à toute personne morale de droit privé ainsi qu'à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé* ».

⁹ En effet, l'intitulé « Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif » est trompeur en ce sens qu'il faut opposer une procédure amiable (contractuelle, préventive et sans cessation des paiements) à une procédure collective (judiciaire, curative et avec cessation des paiements). Or, cet acte uniforme dit des procédures collectives ne comporte pas que des procédures collectives, c'est le cas notamment de la procédure de conciliation. C'est pourquoi nous pensons que l'appellation « droit des entreprises en difficulté » regroupe à la

sens, sur le paiement des créanciers et, dans l'autre, sur la nécessité de sauvegarder l'entreprise. Ces deux objectifs ne sont pas en principe contradictoires, mais ils peuvent l'être selon le déséquilibre entre le poids du passif du débiteur et l'importance de son actif ; ils ont toutefois des fondements distincts. Le paiement des créanciers se fonde sur le principe de l'expression de la volonté qui pose l'obligation d'assumer ses engagements contractuels¹⁰, alors que l'impératif de redressement des entreprises tient à la considération de l'intérêt général¹¹. Quelle approche - contractuelle¹² ou institutionnelle¹³ - du traitement des difficultés des entreprises faut-il adopter ? Le législateur OHADA a opté pour une approche médiane qui concilie le paiement des créanciers et le redressement du débiteur. Cette option est à saluer, d'autant que les créanciers de plus en plus sont appelés à l'effort de redressement de leur débiteur.

fois les procédures amiables et les procédures collectives.

¹⁰ R. SAVATIER, « Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles. Rapport de synthèse présenté aux journées 1964 de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française », *RIDC*, oct.-nov. 1964, vol. 16, n°4, p. 715 - 724, spéc. p. 717.

¹¹ M. GRAZIANI, « Les créanciers et la pérennité de l'entreprise », *CREG*, 15 déc. 2016, p. 1.

¹² Pour en savoir plus : S. T. STEVE KARFO, *Paiement des créanciers, Sauvetage des entreprises : Étude comparative des législations OHADA et française de sauvegarde judiciaire des entreprises*, thèse de doctorat, Université de Toulouse 1 - Capitole, 2014, p. 9 à 13.

¹³ *ibid*, p.13 à 19.

La création de la procédure de conciliation est ainsi la réponse à la nécessité de contractualiser la sauvegarde de l'entreprise par le biais de la négociation entre le chef d'entreprise et ses créanciers. La finalité recherchée est la signature d'un accord de conciliation, afin de résoudre rapidement les difficultés avérées ou prévisibles du débiteur qui ne doit pas être en cessation des paiements.¹⁴ Une bonne idée ! seulement voilà ! Cet accord de conciliation, puisqu'il s'agit d'un contrat, requiert l'adhésion de tous les créanciers, invités autour de la table, au projet d'accord préparé par le débiteur avec l'aide du conciliateur. La règle est posée : l'accord de conciliation doit être non seulement consensuel¹⁵ pour ne pas clairement dire unanime. En effet, dans la pratique, ce sont les créanciers les plus importants, notamment les créanciers financiers (les établissements de crédit), les créanciers fournisseurs, les créanciers privilégiés (dettes fiscales, sociales, etc.), les créanciers obligataires, ainsi que quelques créanciers chirographaires qui sont approchés. Les petites créances sont généralement toutes réglées. Le patrimoine du débiteur constituant le commun des créanciers, il revient à dire que tous les principaux créanciers doivent adhérer au projet du débiteur et signer

¹⁴ Art. 5-1, AUPC.

¹⁵ Art. 2, AUPC.

l'accord, faute de quoi le créancier réfractaire peut utiliser le droit commun pour exécuter le débiteur, ce qui aura pour conséquence d'aggraver le passif, voire provoquer la cessation des paiements. Or, c'est justement cet état que la procédure de conciliation vise à éviter, puisqu'il mène à une procédure collective¹⁶ (judiciaire). Faut-il rappeler ici que l'interdiction des poursuites individuelles dans la procédure de conciliation ne s'applique qu'aux créanciers appelés à la négociation tel qu'il résulte des dispositions de l'article 5-7.¹⁷

L'unanimité peut être définie comme une convergence d'opinions ou d'intentions entre tous les membres d'un groupe. Dans le cadre de la procédure de conciliation, elle traduit l'adhésion de

tous les créanciers au projet de restructuration proposé par le chef d'entreprise. La règle de l'unanimité relève de l'ordre public qui tient à la liberté contractuelle, un principe fondamental du droit civil selon lequel toute personne est libre de contracter ou de ne pas contracter. Elle présente un avantage incontestable en droit de copropriété pour « *la sauvegarde des droits primordiaux des copropriétaires* ». ¹⁸

L'unanimité devant caractériser l'accord de conciliation est-elle favorable au redressement du débiteur en difficulté ?

Il conviendrait d'aborder l'opportunité du principe de l'unanimité de l'accord de conciliation à l'aune de la prévention des difficultés du débiteur en premier lieu (I), avant d'évoquer quelques alternatives qui s'offrent au législateur OHADA (II).

I-L'opportunité du principe de l'unanimité de l'accord de conciliation à l'aune de la prévention des difficultés

En droit OHADA des entreprises en difficulté, la conciliation est définie comme une procédure amiable, préventive et confidentielle de traitement

¹⁶ Faut-il préciser que la conciliation n'est pas une procédure collective, c'est-à-dire judiciaire, mais amiable, contractuelle et préventive. En effet, toute procédure collective est forcément curative et judiciaire.

¹⁷ « 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. Ces mesures prennent fin de plein droit lorsque la conciliation prend fin et, en tout état de cause, à l'expiration du délai prévu à l'article 5-3, alinéa 1er, ci-dessus. L'ordonnance du président du tribunal prononçant ces mesures est déposée au greffe et ne fait l'objet d'aucune publicité. Elle est communiquée au créancier concerné, sans délai, et elle rappelle l'obligation de confidentialité à laquelle celui-ci est tenu ».

¹⁸ J. P. MANTELET, « Droit et pratique de la copropriété des immeubles », en ligne www.jpmm-copro.com, p. 1.

des difficultés d'un débiteur.¹⁹ Elle est ouverte « à toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole, à toute personne morale de droit privé ainsi qu'à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé ». ²⁰ Ce nouvel outil de traitement amiable des difficultés « a pour objectif de trouver un accord amiable avec les principaux créanciers et cocontractants du débiteur, en vue de mettre fin à ses difficultés ». Il s'agit d'un cadre de négociation, de sorte que l'accord qui en découle est un contrat. Le projet de restructuration du débiteur doit ainsi bénéficier de l'adhésion sinon de tous les créanciers, à tout le moins des principaux créanciers qui sont sollicités pour l'obtention des remises de dettes, abandons de créances ou des délais de paiement. Dans une telle configuration, les créanciers sont en position de force par rapport au chef d'entreprise. Théoriquement, les créanciers sont égaux entre eux, les biens du débiteur constituant leur gage commun. Toutefois, une cause de préférence peut légalement porter atteinte à cette égalité.²¹

Le caractère contractuel de l'accord de conciliation confère un droit veto à

chaque créancier. D'où l'interrogation sur l'opportunité de la règle de l'unanimité dans cette procédure. Pour mieux comprendre, il conviendrait de rappeler tout d'abord les fondements juridiques qui sous-tendent le principe de l'unanimité (A), avant d'évoquer ses avantages et écueils (B).

A) Un fondement légal et logique

L'accord de conciliation est un contrat qui oblige les parties selon les engagements pris.²² Le créancier tire ainsi, de son rapport avec le débiteur, des droits personnels ou des droits de créance.²³ Le protocole d'accord signé est donc la résultante de l'engagement de tous créanciers et cocontractants ayant participé aux négociations. Le tribunal n'intervient que pour l'homologation ou l'exéquatur de cet accord.²⁴ Logiquement, le caractère contractuel de la procédure de conciliation devrait s'opposer à toute intervention judiciaire, mais il faudrait comprendre ici que l'intervention du tribunal vise uniquement à renforcer et à sécuriser la force juridique de l'accord conclu. Cependant, dans l'ancien règlement amiable français, créé par la loi

¹⁹ Art. 5-1, al. 2, AUPC.

²⁰ Art.1-1., AUPC 2015.

²¹ Art. 27, al. 3, AUPC.

²² M. POUmarede, *Droit des obligations*, 3e éd., LGDJ, 2014, p. 1.

²³ B. BEIGNIER et C. BLERY, *Cours d'introduction au droit*, 3e éd., Montchrestien, 2011, n°222.

²⁴ Art. 5-10, al. 1, 1° et 2°, AUPC.

du 1^{er} mars 1984²⁵ et son décret d'application du 1^{er} mars 1985²⁶, l'accord était trouvé au moyen d'un vote majoritaire sous l'égide du tribunal. Ce règlement amiable remplaçait le concordat amiable qui n'était pas encadré et où débiteurs et créanciers concluaient un accord de droit privé. « *Or, les vocables 'amiable' et 'procédure' peuvent être sujets à discussion en ce que l'amiable renvoie à ce qui s'oppose au judiciaire, alors que la procédure renvoie à la notion de contentieux, de sorte que leur association semble relever de l'oxymore* ». ²⁶ Nous pouvons également faire observer que les procédures amiables françaises antérieures à la loi de sauvegarde de 2005²⁷, étaient moins amiables ou contractuelles et moins confidentielles. En effet, les créanciers pouvaient exécuter le débiteur pendant la recherche de l'accord, raison pour laquelle le législateur avait été obligé d'instituer la suspension provisoire des poursuites dont l'exercice relevait

exclusivement du conciliateur.²⁸ Cette étude de droit comparé enseigne que l'intervention du tribunal visait à amener, pour ne pas dire obliger, les créanciers récalcitrants à négocier. Précisons au passage que ce règlement amiable a été remplacé par la conciliation, entièrement contractuelle, adoptée à la faveur de la loi de sauvegarde de 2005 précédemment citée.

Dans la procédure de conciliation, l'accord doit respecter l'autonomie de la volonté (1) dont la liberté contractuelle est le corolaire (2).

1- L'autonomie de la volonté

Fruit de la philosophie individualiste et du libéralisme économique à la fin du XVIII^e, l'autonomie de la volonté influe sur le régime juridique du contrat. La philosophie des lumières a soutenu la liberté de l'homme. Personne ne doit être obligé à s'obliger. L'existence d'un débiteur et d'un créancier est ainsi une forme d'expression autonome de la volonté. De ce fait, toute personne doit respecter les obligations auxquelles elle a volontairement consenti, puisque la volonté se donne à elle-même sa loi. Un rapprochement peut donc être fait entre l'accord de conciliation et cette

²⁵ Décret n°85-295 du 1^{er} mars 1985 pris pour l'application de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, JORF du 2 mars 1984, p. 751.

²⁶ M. F. Kourouma, *Le procédé de passerelle entre la conciliation et la sauvegarde, approche comparative droit français, droit OHADA*, thèse de doctorat, Université de Toulon, 2018, France, p.53.

²⁷ L. n°2005-845, du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, JORF n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5.

²⁸ Anc. art. L.36, al. 3, c. com.

philosophie individualiste pour dire que « *le libre jeu des volontés ne peut que respecter la justice* ». ²⁹ L'autonomie de la volonté est un meilleur moyen de garder 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, somme des intérêts privés. Nonobstant ce qui précède, la théorie de l'autonomie de la volonté laisserait croire que le contrat n'aurait besoin d'aucune norme pour s'appliquer aux parties. En d'autres termes, si une partie est obligée, c'est parce qu'elle l'a voulu ; mais alors, « *comment expliquer qu'elle continue à être liée si sa volonté change* » ³⁰ ? Il faudrait donc admettre que l'autonomie de la volonté est, *in fine*, relative d'autant que le contrat est « *est un instrument forgé par le droit* ». ³¹ Appliquée au droit commun des contrats, l'autonomie de la volonté ferait émerger trois principes ³² : les parties sont libres de contracter ou de ne pas contracter, c'est la liberté contractuelle. Si les parties se lient, elles doivent respecter les engagements, c'est 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. La liberté contractuelle sous-tend la règle de l'unanimité dans la procédure de conciliation.

2- La liberté contractuelle

La liberté contractuelle serait la première expression de l'autonomie de la volonté ³³. Elle a une valeur constitutionnelle qui découlerait de l'article 4 de la Déclaration de 1789. Pour faire respecter cette liberté, le Conseil constitutionnel français a invalidé certaines dispositions de la loi du 14 juin 2013 ³⁴ qui entendaient imposer à une partie non seulement le contenu du contrat, mais aussi la personne de son cocontractant, sans aucune possibilité de négociation. ³⁵ La liberté contractuelle pose 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 de son contrat. ³⁶

Dans la procédure de conciliation, la liberté contractuelle met le chef

²⁹ F. TERRE et Alii, *Droit civil, Les obligations*, 11e éd., Dalloz, 2013, p. 33.

³⁰ *Ibid*, p. 35.

³¹ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd., Dalloz, 2006, p. 197.

³² V. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, éd., Dalloz, 2016, n° 75, 85 et s.

³³ B. OPPETIT, « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », *Rev. sc. Morales et politiques*, 1995, p. 242.

³⁴ L. n°2013-504 du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi, JORF n°138 du 16 juin 2013, p. 9958, texte n°1.

³⁵ Cons. const. 13 juin 2013, n°2013-672 DC.

³⁶ A. SERIAUX, *Droit des obligations*, 2e éd., PUF, 1998, n°38.

d'entreprise face à deux situations complexes : d'une part il doit négocier avec tous les principaux créanciers, en espérant parvenir à un accord de règlement des dettes, puisqu'aucun créancier n'est obligé d'accepter ses propositions. D'autre part si un créancier n'est pas appelé à prendre part aux négociations, ce dernier peut user de son droit civil pour l'exécuter (poursuivre). On comprend, *in fine*, que la liberté contractuelle dans ce contexte ne privilégierait pas l'intérêt général incarné par l'entreprise.

B) Des conséquences diverses

S'il est vrai que la règle de l'unanimité, dans la procédure de conciliation, est juridiquement logique eu égard au droit commun des contrats, et qu'à ce titre elle présente certains avantages, il n'en demeure pas moins vrai cependant qu'elle ne favorise pas idéalement la sauvegarde du débiteur, car « *exiger l'unanimité reviendrait en effet à accorder à chacun un droit de veto et à rendre en pratique impossible toute prise de décision* ». ³⁷ En conditionnant le redressement d'une entreprise, concentration de divers intérêts, à la volonté de chacun de ses

³⁷ C. GIRARD, « La règle de la majorité en démocratie : vérité ou équité », *raison politique*, 2014/1, n°53, p. 107.

créanciers, le législateur OHADA a préféré le juridisme au pragmatisme. Pour comprendre cela, il faudrait analyser les avantages (1) et les écueils que la règle peut comporter (2).

1- Les avantages

Convergence d'opinions au sein d'un groupe de personnes sur un sujet donné, la règle de l'unanimité apparaît comme le mode opératoire idéal dans les situations où des individus doivent choisir. En ce sens, « *l'unanimité honore véritablement les principes de raison, d'autonomie et d'unité {...}* ». ³⁸ Exempte de toute contradiction et de toute contestation, l'unanimité confère une force et une légitimité certaines à la décision prise : « *là où la règle d'unanimité concilie le principe du consentement et le principe de l'égalité, en exigeant l'accord de toutes les volontés, la règle majoritaire, à l'inverse, satisfait la volonté des uns en frustrant celle des autres - et le fait que les premiers soient plus nombreux que les seconds n'abolit pas cette asymétrie* ». ³⁹

Dans la procédure de conciliation, le principal mérite d'un accord unanime semble tenir, dans un sens, au respect de

³⁸ D. MINEUR, « Les justifications de la règle de la majorité en démocratie moderne », *raisons politiques*, n°39, mars 2010, p. 127-149.

³⁹ C. GIRARD, « La règle de la majorité en démocratie : vérité ou équité », *raison politique*, 2014/1, n°53, p. 107.

la liberté contractuelle et, dans un autre, à la crédibilité indispensable dans le monde des affaires. Elle peut traduire par ailleurs une certaine assurance chez certains créanciers qui n'hésiteraient pas, éventuellement, à faire de nouveaux apports financiers ou fournir des biens ou services dans le cadre du *new money*.⁴⁰ La règle de l'unanimité peut constituer un obstacle à la conclusion d'un protocole d'accord entre le débiteur et ses créanciers.

2- Les écueils

Comme cela a déjà été dit, la règle de l'unanimité ne présente de mérite incontestable qu'en en droit de l'indivision. En effet, débiteur engagé dans une procédure de conciliation est un débiteur viable qui cherche à surmonter ses difficultés passagères inhérentes à toute activité économique. En sauvant ce débiteur, surtout lorsqu'il s'agit d'une personne morale, ce sont des emplois et des sources de revenu qui sont sauvegardés. Or, dans cette procédure, la liberté contractuelle aidant, certains créanciers refusent de participer à l'effort collectif ; ils mettent ainsi à mal la volonté majoritaire, d'où la question de savoir s'il faut absolument respecter la liberté contractuelle, ou s'il faut la

relativiser afin de privilégier l'intérêt général ?

L'unanimité et la majorité sont ce que signifient la démocratie populaire ou directe et la démocratie représentative ou indirecte en droit public. La démocratie populaire permet la participation effective et complète des populations à toute prise de décision : « *la démocratie directe et son accompagnement concret, le referendum d'initiative populaire, sont de nature à rendre la nature au peuple et à briser les chaînes dans lesquelles la société politique a tenu la société civile depuis plusieurs siècles* ». ⁴¹ Toutefois, certaines situations spéciales d'intérêt commun commandent que des représentants avertis décident au nom de tous, en vue de mieux sauvegarder cet intérêt commun. Telle serait l'idée de la démocratie représentative. Il en résulte que l'application de la règle de la majorité apparaît moins difficile comme l'affirme un auteur : « *on adoptera la règle de la majorité, non pas parce qu'elle a plus de chance d'être conforme à la vérité, mais parce que son adoption permet au plus grand nombre d'individus d'être libres* ». ⁴²

⁴⁰ Art. 5-11, al.2, AUPC.

⁴¹ J. GARELLO, « Les bienfaits de la démocratie directe », *contrepoints*, 27 nov. 2013.

⁴² R. PELLOUX, « Les partis politiques dans les constitutions d'après-guerre », *revue dr. public*, 2 e trim., 1934, p. 243.

Dans le cas de figure de la procédure de conciliation, l'intérêt commun des créanciers, celui du chef d'entreprise et celui du pouvoir public sont certes divergents, mais pour autant faudrait-il laisser une entreprise viable au bon vouloir de ses créanciers quand on sait que le non d'un seul créancier peut mettre en échec le oui de tout le reste des créanciers surtout lorsqu'il s'agit d'un créancier majoritaire en termes d'importance des créances. Et s'il ne faut pas en arriver là, il faudrait alors désintéresser ce créancier réticent ; mais cette démarche pourrait avoir deux limites à savoir le manque de disponibilité dans la caisse ou la rupture de l'égalité des créanciers engagés, ce qui pourrait frustrer et occasionner les poursuites individuelles. Dès lors, il faudrait comprendre que par la bénédiction de la loi, la volonté minoritaire prime ainsi la volonté majoritaire. En d'autres termes, l'intérêt particulier prime l'intérêt général dans la mesure où une entreprise viable est une assiette fiscale pour l'Etat, une affaire pour les associés/actionnaires et des emplois pour plusieurs autres personnes. C'est pourquoi la majorité se substituerait, avec raison, aux droits de l'unanimité.⁴³

A la lumière de ce qui précède, il apparaît souhaitable que des créanciers minoritaires n'anéantissent pas les efforts des majoritaires, pour éviter l'enlisement de la situation non compromise d'un débiteur. Un concordat préventif pré-arrangé peut être une alternative à la réticence des créanciers récalcitrants.

II- Le concordat pré-arrangé, alternative à la réticence des créanciers récalcitrants

Le mécanisme de concordat pré-arrangé permet au débiteur, mis en échec, dans la procédure de conciliation dont le projet d'accord de conciliation est soutenu par la majorité des créanciers, de transformer cet échec en une opportunité. Celle d'un premier draft du projet de concordat préventif à soumettre au président du tribunal dans le cadre d'une procédure de règlement préventif. Ce mécanisme implique donc une phase de préparation du concordat préventif sur le terrain amiable (la conciliation) et une phase d'adoption sur le terrain judiciaire, le

⁴³ E. J. SYEYES, *Préliminaire de la constitution*

française, éd., imprimeur de l'Assemblée nationale, Paris, 1789, p. 38.

règlement préventif étant judiciaire par nature mais préventif par vocation. Pour baliser le chemin à cette technique de restructuration financière, le législateur Ohada devrait accorder l'accès automatique à tout débiteur se trouvant l'hypothèse précédemment décrite. En effet, la frontière entre une difficulté avérée ou prévisible pour accéder à la procédure de conciliation et une difficulté sérieuse pour accéder à la procédure de règlement préventif reste très indéterminée dans la mesure où une difficulté sérieuse est forcément avérée et une difficulté avérée est certainement sérieuse, surtout dans un contexte mondial en constantes contingences économiques et financières. Le schéma proposé permet, *in fine*, d'imposer la volonté majoritaire à celle minoritaire au nom de l'intérêt collectif par la bénédiction du pouvoir discrétionnaire⁴⁴ dont dispose le tribunal pour l'homologation (adoption) du concordat préventif.

Pour mieux cerner cette alternative, il conviendrait d'évoquer le préarrangement du concordat préventif **(A)**, avant d'analyser son adoption en phase judiciaire **(B)**.

A) Le préarrangement du

concordat préventif

L'idée de restructuration d'une entreprise en difficulté au travers d'un plan pré-arrangé n'est pas connue en droit OHADA. Pourtant, les praticiens pourraient y recourir en l'absence de tout cadre juridique dédié, en exploitant notamment la procédure de conciliation et celle du règlement préventif. Il s'agit d'un mécanisme qui combine l'amiable et le judiciaire avec une certaine célérité de la phase judiciaire. Heureusement, le règlement préventif comporte quasiment toutes les caractéristiques de cette procédure accélérée : les délais procéduraux sont relativement acceptables et le concordat préventif est discrétionnairement homologué (adopté) par la juridiction compétente. De plus, les exigences procédurales liées à la consultation des créanciers au sein et en dehors des comités, au vote du plan, ainsi qu'à l'arrêté du plan, telles que requises en droit français, ne seront pas nécessaires en droit OHADA.

En effet, la consultation des créanciers se fait avant l'ouverture de la procédure du règlement préventif, puisque le législateur exige que le projet de concordat soit élaboré avant l'ouverture de la procédure⁴⁵ **(1)**. Par ailleurs, l'inexistence

⁴⁴ Art. 15, al. 2, AUPC.

⁴⁵ Art. 6-1, al. 13, AUPC.

formelle de la masse des créanciers dans la procédure de règlement préventif peut présenter un intérêt (2).

1- Consultation des créanciers en amont de l'ouverture de la procédure de règlement préventif

L'exigence d'une offre de concordat préventif par le chef d'entreprise avant l'ouverture de la procédure de règlement préventif est une mesure qui favorise idéalement le procédé de plan pré-arrangé dont la convoitise tient essentiellement à l'abrégement des formalités procédurales. Deux voies s'ouvrent au débiteur pour négocier et préparer son projet de concordat préventif.

Il peut le faire librement en dehors de toute formalité légale, c'est-à-dire une préparation non formalisée. Cela lui permettra de disposer d'un temps de négociation suffisant pour la mise en place d'un concordat préventif sérieux, cette phase de négociation n'étant pas enfermée dans un délai déterminé. Il faudrait saluer en ce sens le législateur de 2015 qui a opéré une rupture majeure par rapport à la législation antérieure sur l'exigence d'un projet de concordat avant l'ouverture de la procédure. En effet, l'ancien Acte uniforme des procédures collectives d'apurement du passif exigeait, à peine

d'irrecevabilité, la présentation d'une offre de concordat préventif simultanément avec le dépôt de la requête d'ouverture de la procédure ou, au plus tard dans les trente jours qui suivaient celui-ci.⁴⁶ Sous l'empire de ce texte, le laxisme voire l'affairisme de certains présidents de tribunal ont été dénoncés. Il en a été ainsi à Bamako dans une affaire où une procédure de règlement préventif a été ouverte au profit d'une entreprise dont le gérant avait promis de déposer ultérieurement le projet de concordat.⁴⁷ En l'espèce, le président du tribunal aurait dû attendre le dépôt du projet concordataire pour décider en respect des dispositions de l'ancien article 7 selon lesquelles la requête était irrecevable. S'agissant du délai de 30 jours, un auteur⁴⁸ a fait remarquer, à juste titre, que l'expert au règlement préventif ne pouvait pas faire son travail d'analyse de la situation financière et économique du débiteur, en l'absence de l'une des pièces essentielles sur lesquelles il devait s'appuyer, à savoir le projet de concordat. Le législateur de 2015 a rectifié le tir en supprimant ce délai. Nous saluons cette réforme pour la simple raison que non seulement ce délai ne permettait pas l'élaboration d'un concordat solide, mais

⁴⁶ Art. 7, AUPC de 1998.

⁴⁷ Trib. com. Bamako, 6 mars 2008, ord. n°135/08, SIPAL-SUARL, réf. Ohadata J-08-49.

⁴⁸ C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018, p. 47.

aussi il exposait les difficultés du débiteur de sorte que les créanciers étaient incités à prendre des mesures conservatoires.⁴⁹

Il peut aussi exploiter la procédure de conciliation (terrain amiable et contractuel) où il bénéficie de l'appui du conciliateur pour les négociations et pour l'élaboration de l'offre de concordat. La difficulté, dans ce cas de figure, serait la contrainte liée au temps, la conciliation ne pouvant durer plus de quatre mois.⁵⁰ Toutefois, compte tenu de l'absence de vote du concordat préventif en aval du règlement préventif, sauf si ce concordat contient un projet de cession partiel ou total d'actif⁵¹, le débiteur devrait pouvoir proposer une offre concordataire à même d'assurer la continuité de l'exploitation et l'apurement du passif. Cette négociation amiable et contractuelle avant la phase judiciaire s'apparente au *prearranged plan* en droit américain. En effet, dans les droits américain et OHADA, c'est le débiteur qui élabore son plan de restructuration⁵², mais contrairement au droit OHADA, le débiteur américain compose les *class* de créances⁵³ avant l'ouverture d'une procédure du *chapter 11* (chapitre 11 qui

règlemente les différentes formes de restructuration d'une entreprise en difficulté). En France, l'élaboration du plan, ainsi que la constitution des comités de créanciers incombent à l'administrateur judiciaire.⁵⁴

Par ailleurs, rien n'empêche le débiteur OHADA de poursuivre les négociations avec les créanciers après l'ouverture de la procédure, et ce jusqu'au dépôt du rapport définitif de l'expert au règlement préventif.

2- Possibilité d'une négociation avec les créanciers en aval de l'ouverture de la procédure du règlement préventif

Le projet de concordat que le débiteur doit présenter lors de sa demande d'ouverture du règlement préventif est logiquement préparé avec la participation de ses créanciers. Selon l'Acte uniforme des procédures collectives d'apurement du passif, l'obtention des délais et des remises est de nature à justifier le caractère sérieux d'une offre de concordat.⁵⁵ La jurisprudence en la matière prouve que les débiteurs ont toujours demandé des délais de paiements

⁴⁹ S. K. EVELAMENOU, *Le concordat préventif en droit OHADA*, thèse de doctorat, Université Paris-Est et Université de Lomé, 2012, p. 131.

⁵⁰ Art. 5-3, al. 1, AUPC.

⁵¹ Art.132, al. 1, AUPC

⁵² 11 U.S.C § 1121(a).

⁵³ 11 U.S.C. § 1123 (a) (1).

⁵⁴ Art. L.626-30, c. com.

⁵⁵ Art. 8, AUPC.

et des remises de dettes.⁵⁶ Ces deux sollicitudes ne sont toutefois pas les seuls arguments souvent mis en avant par les chefs d'entreprise en vue de l'ouverture de la procédure. Ils se servent aussi des mesures de redressement qu'ils avaient déjà entreprises, afin de montrer leur bonne foi. A titre illustratif, un chef d'entreprise s'est servi, dans une demande d'ouverture du règlement préventif, de la restructuration de sa ligne budgétaire ; il affirmait également avoir recours à des conseils spécialisés, « *en vue de la mise place d'une structure managériale de haut niveau* ». ⁵⁷ Une telle démarche ne pouvait qu'assoir la conviction du tribunal, surtout que l'ouverture d'une procédure de règlement préventif était automatique dans l'ancien Acte uniforme des procédures collectives, au vu du seul projet concordataire qui ne faisait pas l'objet d'appréciation particulière de la part du président de la juridiction compétente en vertu de l'article 8. Ce vide juridique a été outrageusement exploitée dans plusieurs affaires pour prendre des décisions de suspension des poursuites individuelles d'une manière automatique, alors que

l'offre de concordat ne donnait ni les garanties d'apurement du passif, ni celles de la pérennisation de l'entreprise. Ce fut le cas dans une affaire⁵⁸ où l'ouverture du règlement préventif avait été décidée sans que le juge n'ait vérifié et motivé le caractère sérieux de l'offre concordataire. D'un point de vue légal, il faut dire que le juge n'engageait nullement sa responsabilité du fait, comme l'a relevé un auteur, pour obtenir l'ouverture d'un règlement préventif, il suffisait que les documents qui étaient prévus à l'article 6 de l'ancien Acte uniforme soient présentés.⁵⁹ Raisonement soutenu par un autre auteur⁶⁰ sur la base de l'article 7⁶¹ et de l'article 8 précédemment cité de l'Acte uniforme de 1998. Cependant, ces raisonnements étaient trop simples. En effet, si rien n'obligeait le juge à vérifier le caractère sérieux du projet concordataire, rien non plus ne lui interdisait de procéder ainsi avant de prendre sa décision en toute logique

⁵⁶ Trib. com. Abidjan, 5 juin 2014, réf. RG n°1134/2014 ; Sté Cergi Banking services c/ministère public : dans cette affaire par exemple, le requérant avait fait mention, dans sa demande d'ouverture d'une procédure de règlement préventif, de la renégociation de ses dettes avec ses créanciers.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ TGI, Moungo, 9 nov. 2005, ord. n°CAP/PTGI/N°SBA, aff. Sté Lachanas, note K. ELONGO, réf. Ohadata J-07-182.

⁵⁹ O K. ELONGO, note sous TGI, Moungo, 9 nov. 2005, ord. n°CAP/PTGI/N°SBA, aff. Sté Lachanas, réf. Ohadata J-07-182.

⁶⁰ F. M. SAWADOGO, M. NIAMBA, « Manuel de formation des magistrats et assesseurs des tribunaux de commerce de Burkina Fasso », ERSUMA, 2010, p. 43.

⁶¹ « *En même temps que le dépôt prévu par l'article 6 ci-dessus ou, au plus tard dans les trente jours qui suivent celui-ci, le débiteur doit, à peine d'irrecevabilité de sa requête, déposer une offre de concordat préventif précisant les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise {...}* ».

factuelle. C'est pourquoi, le manque de sérieux et de professionnalisme a été reproché à certaines juridictions par certains auteurs.⁶² Heureusement, le législateur de 2015 a compris et réagi en reconnaissant un pouvoir d'appréciation du projet de concordat au président de la juridiction compétente : « *si le projet de concordat préventif lui paraît sérieux, le président de la juridiction compétente ouvre la procédure et désigne un expert au règlement préventif {...}* ». ⁶³

Les négociations que le débiteur mène, en amont de l'ouverture de la procédure de règlement préventif, peuvent ne pas concerner tous les créanciers, faute d'obligation expresse y afférente. Rappelons en ce sens que seul le débiteur peut avoir l'initiative de l'ouverture d'une procédure de règlement préventif.⁶⁴ Dans ce cas de figure, les créanciers n'ayant pas été consultés en amont n'apprendront l'ouverture d'une procédure de règlement préventif pour leur débiteur que par la publicité qui en est faite⁶⁵, et de ce fait ils pourraient être enclins à prendre des mesures conservatoires.

Il a été déjà dit que dans la technique de restructuration par un plan prénégocié, l'ouverture de la procédure judiciaire sert à adopter ce plan rapidement, les négociations ayant été bouclées au préalable dans une procédure amiable. Ici, tel ne peut être le cas à cause de l'absence formelle de la masse des créanciers. Il en résulte que le projet de concordat n'est point voté pour son adoption ; cette décision relève de la compétence discrétionnaire de la juridiction compétente. L'homologation du concordat préventif est décidée sur la base du rapport de l'expert au règlement préventif. Un délai⁶⁶ de trois mois s'écoule entre l'ouverture de la procédure du règlement préventif et l'établissement du rapport de l'expert sur la situation financière et économique du débiteur. Ce rapport permet à la juridiction compétente de juger⁶⁷ du sérieux du projet de concordat, afin de l'homologuer, ou de mettre fin à la procédure. Ce délai de trois mois peut toutefois être spécialement prolongé d'un mois. Ce qui laisse un temps supplémentaire au débiteur pour poursuivre les négociations avec ses créanciers jusqu'à l'établissement du rapport final de l'expert, dans l'objectif d'obtenir quelques délais et remises. En procédant ainsi, le chef d'entreprise met

⁶² F. THERA, *L'application et la réforme de l'Acte uniforme de l'OHADA organisant les procédures collectives d'apurement du passif*, thèse de doctorat, Université de Lyon, 2010, p. 112 à 114.

⁶³ Art. 8, AUPC.

⁶⁴ Art. 6, AUPC.

⁶⁵ Art. 17, AUPC.

⁶⁶ Art. 12, al. 6, AUPC.

⁶⁷ Art. 15, al. 2, AUPC.

toutes les chances de son côté pour l'élaboration d'un concordat sérieux.

Une fois les négociations terminées, la question de la validation du projet concordataire se pose. Dans le contexte du mécanisme de redressement par le biais d'un concordat pré-arrangé, deux objectifs sont visés à savoir l'adoption rapide du projet qui emportera interdiction des poursuites individuelles.

B) Les conditions d'adoption du concordat préventif pré-arrangé

L'homologation du concordat préventif va différer de l'adoption du plan de sauvegarde accélérée du droit français pour le fait que ce dernier est voté⁶⁸, permettant ainsi la primauté du vote majoritaire sur la réticence des créanciers récalcitrants ; mais elle se rapproche de la réorganisation judiciaire du chapitre 11 du code fédéral américain de la faillite, à la différence que dans ce droit, le vote du plan a lieu avant l'ouverture de la procédure judiciaire. Selon le nouvel Acte uniforme des procédures collectives, le concordat préventif ne doit être adopté par le président de la juridiction compétente que si les conditions de validité du concordat sont respectées ; aucun motif tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public ne paraît de nature à empêcher le concordat et, enfin, si les délais consentis ne

dépassent pas trois ans pour l'ensemble des créanciers et un an pour les créanciers de salaires. L'enjeu est important pour le chef d'entreprise qui doit s'assurer de l'adhésion de ses créanciers à son projet, d'où tout l'intérêt du préarrangement du concordat.

Partant de là, des conditions légales et particulières de validité du concordat, telles que le consentement des parties et l'absence de cessation des paiements doivent être observées (1). A celles-là, il faut ajouter le respect de l'équité du concordat préventif et de l'intérêt collectif (2).

1- Les conditions légales

L'Acte uniforme des procédures collectives d'apurement du passif dispose, pour l'homologation de l'offre de concordat, que les conditions de validité de ce dernier doivent être respectées.⁶⁹ Le débiteur ne doit pas être en cessation des paiements et le concordat préventif étant un contrat, elle doit satisfaire aux conditions générales de validité des contrats dont notamment le consentement des parties.

En effet, si l'on peut tergiverser sur la nature contractuelle du concordat de redressement judiciaire - parce que, dans

⁶⁸ Art. L.626-30-2, c. com.

⁶⁹ Art. 15, al. 2, 1°, AUPC.

un sens, il est conçu par le chef d'entreprise, ce qui en fait une des mesures de gestion de l'entreprise et, dans l'autre, il faut une homologation après le vote pour lui conférer une existence et une force exécutoire, ce qui peut en faire une décision judiciaire⁷⁰ -, sur celle du concordat préventif, un tel doute ne saurait exister.⁷¹ Comme pour tout contrat, le juge doit s'assurer, avant d'homologuer concordat préventif, que le consentement de chaque créancier souffre est régulier. Le débiteur peut subir, quand bien même qu'il s'agit de sa propre démarche, la pression de certains créanciers, tout comme un créancier peut alléguer que son consentement a été vicié. C'est pourquoi, l'Acte uniforme est on ne peut plus tranchant, en exigeant que l'expert au règlement préventif appelle chaque créancier pour savoir s'il a été effectivement contacté par le débiteur et, dans ce cas, s'il a bien fait telle ou telle remise ou accordé tel ou tel délai, ou s'il n'a rien fait de tout cela.⁷² Un vice de consentement, dénoncé par un créancier partie au concordat, doit amener le juge à refuser l'homologation dudit concordat, parce que d'une part l'une des conditions

de validité posées à l'article 12 de l'Acte uniforme des procédures collectives ne sera pas satisfaite et d'autre part la victime peut invoquer la nullité du contrat en vertu du droit commun des obligations et contrats. Aussi longtemps que durera le contentieux ainsi soulevé, le juge ne devrait pas pouvoir homologuer le concordat, contrairement à l'opinion d'un auteur⁷³ pour qui, « *s'il s'agit d'un petit créancier, et que malgré sa contestation, le juge estime que le concordat remplit toutes les autres conditions de validité et offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise, il doit déclarer nulle la participation du créancier contestataire {...}, mais homologuer l'accord conclu* ». Cette analyse semble ignorer que l'absence de consentement est une cause de nullité absolue du contrat. Elle aurait été pertinente si ce créancier s'était opposé aux propositions à lui faites par le chef d'entreprise. Il ne se serait pas agi dans ce cas d'un manquement à une condition de fond de la formation d'une convention à savoir le consentement, mais d'une réticence à participer à une convention. De plus, le juge n'a pas besoin de déclarer nulle la participation de ce créancier, il a

⁷⁰ P. K. EBANGA, « La nature juridique du concordat de redressement judiciaire dans le droit des affaires OHADA », *jurisdis*, n°50, p. 109 ; Ohadata D-08-23.

⁷¹ « *Le concordat préventif a une nature contractuelle* » : Abidjan, 8 nov. 2002, n°1129, réf. Ohadata J-03-291.

⁷² Art. 12, AUPC.

⁷³ S. K. EVELAMENOU, *Le concordat préventif en droit OHADA, thèse de doctorat*, Université Paris-Est et Université de Lomé, 2012, p. 168.

juste à appliquer l'article 15⁷⁴ de l'AUPC. En tout état de cause, il appartient au chef d'entreprise, qui décide de restructurer ses dettes au moyen d'un concordat préventif pré-arrangé, d'éviter toute manœuvre dolosive et de traduire fidèlement les engagements pris par les créanciers au moment de transmettre son offre de concordat à la juridiction compétente.

L'autre condition tient à l'absence de l'état de cessation des paiements du débiteur. Si cet état apparaît au moment du préarrangement du concordat préventif ou au cours de la procédure de règlement préventif, un terme est mis à tout le processus.⁷⁵ En plus de ces conditions, le respect de l'intérêt collectif est exigé.

⁷⁴ « Au cas où des créanciers auraient refusé de consentir des délais ou remises au débiteur, le président de la juridiction compétente fait ses bons offices entre ces créanciers et le débiteur. Il entend ces derniers sur les motifs de leur refus et provoque une négociation entre les parties en vue de leur permettre de parvenir à un accord. Si malgré les bons offices du président, les parties ne parviennent pas à trouver un accord et dans le cas où le concordat préventif comporte seulement une demande de délai n'excédant pas deux ans, la juridiction compétente peut rendre ce délai opposable aux créanciers qui ont refusé tout délai et toute remise sauf si ce délai met en péril l'entreprise de ces créanciers ».

⁷⁵ Art.6, AUPC : « Le règlement préventif est ouvert au débiteur qui, sans être en état de cessation des paiements, justifie de difficultés financières ou économiques sérieuses » ; Art. 9-1, AUPC : « A tout moment, s'il est informé de la survenance de l'état de cessation des paiements dans les conditions prévues par les trois alinéas ci-dessus ou par tout autre moyen, le président de la juridiction compétente met fin sans délai au règlement préventif et à la mission de l'expert,

2- Le respect de l'intérêt collectif et de l'équité du concordat préventif

Si les textes exigent le respect de l'intérêt collectif comme l'une des conditions d'homologation du concordat préventif, ils ne précisent pas pour autant de quel intérêt collectif il s'agit. Est-ce l'intérêt des créanciers ou l'intérêt collectif que renferme l'entreprise s'interroge un auteur ?⁷⁶ L'adjectif qualificatif « collectif » employé par le législateur n'est pas fortuit. Il semble inviter à opposer l'intérêt des créanciers non signataires à l'intérêt général que représente l'entreprise en tant qu'entité économique. Cependant, un doute peut exister sur la validité de cette thèse car lorsque le projet de concordat comporte une cession partielle ou totale d'actifs ou d'entreprise, le règlement des créanciers prime le redressement de l'entreprise.⁷⁷ S'agit-il alors de l'intérêt à la fois de l'entreprise et des créanciers ? Sur quoi la juridiction compétente s'appuiera pour refuser l'homologation d'une proposition de concordat pour cause d'intérêt collectif non respecté ? En France, le code de commerce précise que l'accord de

après avoir entendu ou dûment appelé ce dernier ainsi que le débiteur et toute personne qu'il juge utile d'entendre ».

⁷⁶ E. A. MOHO FOPA, *Réflexions critiques sur le système de prévention des difficultés des entreprises OHADA*, DEA, Université de Dschang, 2007, p. 52.

⁷⁷ Art. 132, AUPC.

conciliation ne doit être homologué que lorsqu'il ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires.⁷⁸ Dans l'ancien règlement amiable également, l'accord, conclu avec tous les créanciers, était obligatoirement homologué.⁷⁹ Si, au contraire, l'accord n'était signé qu'avec certains créanciers, il était simplement constaté par le tribunal. Le droit américain de la faillite est tout aussi clair sur la question de la protection de l'intérêt des créanciers non signataires de l'accord. Si ce n'est donc un motif tiré de l'ordre public, il apparaît difficile de concevoir un refus d'homologation pour cause de non-respect de l'intérêt collectif lié à la sauvegarde de l'entreprise en droit OHADA. Il peut ainsi être supposé que le législateur OHADA veut désigner, par « intérêt collectif », la sauvegarde des intérêts des créanciers réfractaires au projet de restructuration du débiteur jusqu'à ce qu'une jurisprudence claire n'apporte une interprétation.

En dépit du caractère contractuel d'un concordat préventif (pré-arrangé), l'imprécision de l'Acte uniforme des procédures collectives à propos de la protection des intérêts des créanciers non signataires, ainsi que l'adoption du projet

concordataire sur la base de la seule appréciation discrétionnaire du juge peuvent faire redouter un concordat inéquitable. Pourtant, l'équité du concordat préventif est une exigence légale, reposant sur l'égalité des créanciers, même si cette égalité comporte des tempéraments légaux.

Un débiteur en procédure collective éprouve forcément de sérieuses difficultés pour payer ses dettes. C'est pourquoi cette procédure doit faire supporter, s'il y a lieu, à chacun des créanciers une part égale dans la perte commune. L'égalité des créanciers, dans les procédures collectives, est une notion spéciale au regard du régime général de l'égalité civile. Le législateur OHADA de 2015 a insisté sur le traitement égalitaire des créanciers antérieurs, même si l'on pourrait arguer par-là qu'il s'agisse plus de la protection de l'actif du débiteur à travers la discipline collective imposée à ces créanciers. C'est ainsi que les dispositions de l'article 11 défendent au débiteur de « *payer, en tout ou en partie, les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture* » ; de « *consentir une sûreté* », dans la procédure de règlement préventif, puisque dans ces différents cas de figure, il y aurait rupture

⁷⁸ Art. L.611-8, II, 3°, c. com.

⁷⁹ E. KERCKHOVE, « Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises », *Rev. proc. coll.* 1995, p. 451.

de l'égalité des créanciers.⁸⁰ Il en est de même des dispositions de l'article 39 qui enjoignent au juge commissaire de veiller « à la protection des intérêts en présence » dans le cadre du redressement judiciaire et de la liquidation des biens.

Cependant le droit moderne des entreprises en difficulté oppose plusieurs tempéraments à l'égalité des créanciers. En droit français dont s'inspire le droit Ohada, la loi du 25 janvier 1985⁸¹ a assoupli le principe d'égalité des créanciers pour deux causes essentielles. D'abord, le redressement de l'entreprise étant ses objectifs, cette loi a relégué le paiement des créances au second plan, en privant ces derniers du pouvoir d'influence qu'ils détenaient par le vote du concordat. L'institution de la masse des créanciers fut en même temps supprimée. Cette loi ne concevait pas la procédure collective comme un régime général d'exécution ayant pour objectif principal la réalisation des biens du débiteur et la distribution du prix.⁸² 300. Ensuite, compte tenu de la diversité des

moyens à la disposition des créanciers pour rompre l'égalité entre eux, telle la clause de réserve de propriété et la prolifération des sûretés légales et conventionnelles, l'égalité des créanciers n'est plus un principe sacralisé. C'est pourquoi certains auteurs n'ont pas hésité, depuis cette loi, à qualifier le principe d'égalité des créanciers de mythe⁸³ ou d'expédient.⁸⁴ L'ordonnance du 12 mars 2014⁸⁵ a renforcé, quant à elle, les différences de traitement dans le plan en droit français. Il en est de même en droit OHADA où l'Acte uniforme des procédures collectives dispose que « le projet de concordat de redressement judiciaire peut établir un traitement différencié entre les créanciers si les différences de situation le justifient ». ⁸⁶ Il faut retenir de cette disposition qu'un concordat équitable peut contenir des traitements inégalitaires entre les créanciers sur la base de la nature des droits et sûretés des créanciers.

Au terme de l'analyse qui précède, il apparaît que la procédure de conciliation

⁸⁰ A. KANTE, « Réflexions sur le principe de l'égalité entre les créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif (O.H.A.D.A) », *EDJA*, janv. févr. mars, 2002, n°52, p.50.

⁸¹ L. n°85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, *JORF* du 26 janv. 1985, p. 1097.

⁸² A. JACQUEMONT et Alii, *Droit des entreprises en difficulté*, 10e éd., LexisNexis, 2017, n°21 et s. spéc. 22.

⁸³ J. L. COUDERT, « Dans les procédures collectives l'égalité des créanciers est-elle une réalité ou un mythe ? », *petites affiches*, 26 août 1992, n°103.

⁸⁴ M. CABRILLAC, « Les ambiguïtés de l'égalité des créanciers », in *Mélanges Breton-Déridda*, D.1991, p. 31.

⁸⁵ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

⁸⁶ Art. 27, al. 3.

instituée en 2015 en droit OHADA des entreprises en difficulté n'a rien modifié aux conditions de conclusion d'un accord entre un débiteur et ses créanciers telles qu'elles existent en droit français. Ces conditions, notamment celle liée au consensus sur l'accord pose un problème, puisqu'en réalité, il s'agit de l'unanimité. En effet, tous les créanciers importants et cocontractants doivent être invités aux négociations et ils doivent accepter les propositions du débiteur pour qu'il y ait un accord signé. Cet accord étant un contrat, il va de soi qu'il ne s'impose qu'aux seules parties qui l'ont signé. Or, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif ne prévoit l'interdiction des poursuites individuelles qu'à l'encontre des seuls créanciers ayant pris part à l'accord. Il en résulte que le créancier récalcitrant peut empêcher la conclusion d'un accord, surtout lorsqu'il s'agit d'un créancier détenant l'essentiel des créances, alors même que le projet d'accord bénéficie du soutien de la majorité en nombre des autres créanciers. L'unanimité de l'accord de conciliation confère ainsi un droit de veto à chaque créancier du débiteur. C'est pourquoi, la présente contribution propose une alternative, à savoir la restructuration par le biais d'un concordat pré-arrangé. Il s'agit d'un mécanisme qui permettra à un

débiteur dont le projet d'accord de conciliation n'a pas abouti, faute de consensus au sein des créanciers en dépit d'un soutien majoritaire au projet d'accord, d'accéder au règlement préventif avec le même projet amélioré et transformé en offre de concordat préventif, en vue d'une adoption discrétionnaire par la juridiction compétente. Par cette méthode, le débiteur exploite la conciliation tenue en échec par les créanciers réticents pour préparer l'offre de concordat et profite du règlement préventif pour imposer sa restructuration à ces créanciers. En effet, dans le règlement préventif, les textes permettent non seulement au président de la juridiction compétente d'imposer des délais de paiement à tout créancier réfractaire aux propositions, mais aussi ils suspendent ou interdisent les poursuites individuelles à partir de l'ouverture de la procédure. Pour terminer, précisons qu'au regard de la législation actuelle, il faudrait une réforme pour formaliser cette passerelle entre la conciliation et le règlement préventif pour tout débiteur dont le projet d'accord de conciliation a bénéficié de l'adhésion d'une frange partie des créanciers mais qui a échoué.