

REPUBLIQUE DU CAMEROUN  
PAIX- TRAVAIL-PATRIE

REPUBLIC OF CAMEROON  
PEACE- WORK-FATHERLAND

UNIVERSITE DE YAOUNDE II

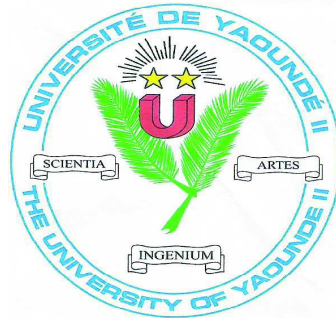
THE UNIVERSITY OF YAOUNDE II

FACULTE DES SCIENCES  
JURIDIQUES ET POLITIQUES

FACULTY OF LAW  
AND POLITICAL SCIENCES

B.P. 1365 YAOUNDE, B.P.18 SOA  
TEL : 22 20 11 54  
E-mail : [fsjpuv2@yahoo.fr](mailto:fsjpuv2@yahoo.fr)  
[fsjpuv2@uv2-soa.cm](mailto:fsjpuv2@uv2-soa.cm)

B.P. 1365 YAOUNDE, B.P.18 SOA  
TEL : 22 20 11 54  
E-mail : [fsjpuv2@yahoo.fr](mailto:fsjpuv2@yahoo.fr)  
[fsjpuv2@uv2-soa.cm](mailto:fsjpuv2@uv2-soa.cm)



**LE TRAITEMENT DE L'INSUFFISANCE D'ACTIF EN  
DROIT DES PROCEDURES COLLECTIVES OHADA**

Mémoire rédigé et soutenu publiquement en vue de l'obtention du  
diplôme d'études approfondies (D.E.A.) en droit privé

par :

**TSAGUE DONKENG Hubert**

*Maîtrise en Droit privé*

Sous la direction de :

**Pr. Grégoire JIOGUE**

*Agrégé des Facultés de Droit*

Année académique 2005- 2006

## **AVERTISSEMENT**

L'Université de Yaoundé II n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Celles-ci sont considérées comme propres à leur auteur.

## DEDICACE

*A maman Emilienne, pour son amour et sa  
générosité sans faille ;*

*A toute ma famille de Bafia, pour le sourire  
et l'allégresse qu'elle a su me garantir en toutes  
circonstances.*

## REMERCIEMENTS

*Nous exprimons nos sincères remerciements :*

- ❖ *A Monsieur Grégoire JIOGUE, Professeur Agrégé des Facultés de Droit de l'Université de Yaoundé II, qui a dirigé notre travail avec beaucoup d'attention et de dévouement ;*
- ❖ *A Monsieur Filiga-Michel SAWADOGO, Professeur Agrégé des Facultés de Droit et Professeur titulaire de l'Université de Ouagadougou, pour ses précieuses suggestions et pour l'abondante documentation qu'il nous a fournie dans le cadre de ce travail. Qu'il trouve par ces mots l'expression de notre sincère reconnaissance ;*
- ❖ *A Monsieur Jean-Marie TCHAKOUA, Professeur Agrégé des Facultés de Droit de l'Université de Yaoundé II, qui nous a orienté dans la formulation du sujet ;*
- ❖ *A Monsieur Roger NGOUFO, Maître de conférences à l'Université de Yaoundé I, pour son appui financier indéfectible tout au long de notre parcours académique ;*
- ❖ *A CAMEROON ENVIRONMENTAL WATCH (CEW), Organisation non gouvernementale camerounaise oeuvrant pour la protection de l'environnement et la gestion durable des ressources naturelles, qui nous a fourni un cadre d'accueil idéal pour nos recherches.*

## PRINCIPALES ABREVIATIONS

A.U.P.C. :	Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif
Al. :	Alinéa
Art. :	Article
Bull. :	Bulletin
C.A. :	Cour d'Appel
Cass. com. :	Arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. req. :	Arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cf. :	Comparer avec
Chron. :	Chronique
Coll. :	Collection
D.:	Dalloz
Ed.:	Edition
Ibid. :	Au même endroit
Infra :	Ci-dessous
JCP ;	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)
Op. cit. :	Opere citato ( précité)
P. :	Page
pp. :	Pages
RJDA :	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RTD civ.:	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. :	Revue trimestrielle de droit commercial
S. :	Suivant
Supra :	Ci-dessus
T :	Tome
V. :	Voir

# **SOMMAIRE**

## **TITRE I : LES SOLUTIONS CONSTANTES**

### **CHAPITRE I : LA NECESSITE DE LA CLÔTURE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF**

#### **SECTION I : LE PROCESSUS DE LA CLÔTURE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF**

#### **SECTION II : LA SITUATION DES ACTEURS DE LA PROCEDURE APRES LA CLÔTURE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF**

### **CHAPITRE II : L'OPPORTUNITE DU MAINTIEN DU DROIT DE POURSUITE DES CREANCIERS**

#### **SECTION I : L'HYPOTHESE D'EFFACEMENT DE LA DETTE DU DEBITEUR**

#### **SECTION II : L'HYPOTHESE DE MAINTIEN DES RECOURS DES CREANCIERS**

## **TITRE II : LES SOLUTIONS VARIABLES**

### **CHAPITRE I : LES SOLUTIONS VISANT LA DEFENSE DE L'INTERÊT DES CREANCIERS**

#### **SECTION I : LA REPARATION EN GERME**

#### **SECTION II : LA REPARATION FRUCTUEUSE**

### **CHAPITRE II : LES MESURES VISANT LA DEFENSE DE L'INTERÊT GENERAL**

#### **SECTION I : LES SANCTIONS PROFESSIONNELLES ENVISAGEABLES**

#### **SECTION II : LES SANCTIONS PENALES ENVISAGEABLES**

## RESUME

Les procédures collectives débouchent régulièrement sur l'insuffisance d'actif. L'insuffisance d'actif signifie que le passif du débiteur en liquidation des biens demeure non apuré alors qu'il n'a plus d'actif ou n'a plus qu'un actif insignifiant au regard des recettes escomptées. Cette étape peut laisser croire que tout est perdu : l'entreprise disparaît et, peut-être avec elle, l'espoir que les créanciers seront payés. Notre souci est de montrer qu'à ce niveau, tout peut encore se jouer. Quelles sont les solutions à l'insuffisance d'actif ? D'une part, la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif s'impose comme une nécessité. Elle entraîne pour les créanciers le recouvrement de l'exercice individuel de leurs actions. Ce sont des solutions constantes : elles s'imposent, même si elles peuvent être retardées dans le temps. Leur caractère incontournable fait que le juge ne dispose pas d'une entière liberté d'appréciation. D'autre part, la constatation de l'insuffisance d'actif est parfois l'occasion de rechercher des responsabilités éventuelles. Les diverses mesures de sanction ont pour point de départ une faute plus ou moins grave commise par le débiteur ou d'autres personnes intervenant dans le cadre de son activité. Ce sont des solutions variables. Elles relèvent en général du pouvoir souverain d'appréciation du juge. Ainsi, le juge des procédures collectives est investi de pouvoirs considérables qui se réduisent en une faculté à dimensions variables que lui accorde le législateur. En cas de faute de gestion commise par le dirigeant d'entreprise, il peut le condamner ou non. Lorsque plusieurs personnes sont mises en cause, il peut les sanctionner tous ou certains d'entre eux. Il conserve également le pouvoir de fixer librement le montant et les modalités d'exécution de la condamnation. Seules les sanctions pénales, toujours strictement encadrées par le législateur, échappent à ce libéralisme.

## ABSTRACT

Ordinarily, legal treatment of the insolvency of enterprises ends with the lack of resources and, consequently, with unsatisfaction of creditors. This is a situation in which more or little debts remain unpaid whereas the debtor has no more goods to pursue. At this particular moment, one has the feeling that everything is lost: the enterprise disappears and, may be, with the hope that creditors will be paid. However, we attempt to prove that we still have, in these circumstances, a lot to gain. What are the solutions to cases of unsatisfaction of creditors on going the legal procedure of settlement of debts? On one hand, it is clear that the procedure should close if material resources necessary to pursue the settlement of debts are lacking. This is the opportunity for creditors to recover their individual prerogatives. These are constant solutions. On the other hand, the insolvency of the enterprise usually gives way to possible liabilities and sanctions. It implies that the insolvency is due to more or less serious mistakes made by the debtor or any other persons involved in his activity. Those are variable solutions. In this case, the judge generally has a large power of appreciation. Except the case of criminal penalties, he freely chooses to punish or not. He also freely indicates the methods of execution in case of punishment.



# INTRODUCTION GENERALE

1. L'entreprise<sup>1</sup> est aujourd'hui plus qu'hier au cœur des préoccupations d'ordre juridique. Cet attrait qu'elle exerce peut se justifier. Elle est le centre de tous les enjeux, qu'ils soient politiques, économiques ou sociaux. Il est acquis de nos jours que la prospérité économique repose essentiellement sur la dynamique de l'entrepreneuriat. Le système juridique a vocation à contribuer, de manière significative, à la réalisation de cet objectif. Il doit fournir un cadre approprié de nature à favoriser des investissements massifs. Il doit aussi fournir les conditions nécessaires à l'épanouissement de l'homme dans l'entreprise. C'est pourquoi la conception patrimoniale de l'entreprise<sup>2</sup> jadis développée est parue, à un moment donné, limitée. Elle considère l'entreprise comme un des éléments du patrimoine de son (ses) promoteur(s) avec toutes les conséquences qui s'ensuivent. Issue d'une conception individualiste et libérale de la société, cette thèse doit être relativisée au regard de la vision socialiste contemporaine qui met l'accent sur la collectivité des intérêts autour de l'entreprise et œuvre en conséquence pour sa stabilité. L'aspect institutionnel de l'entreprise prend alors le pas sur son aspect contractuel. Une fois qu'elle naît, elle acquiert une vie propre, animée par des enjeux et des intérêts propres, qui ne coïncident pas forcément avec les ambitions quelquefois égoïstes de ceux qui l'ont créée.

2. Le droit accompagne l'entreprise à toutes les étapes, de sa création à sa disparition, en passant par sa vie, ou sa survie. Il lui revient, nous l'avons dit, de créer les conditions nécessaires à l'éclosion des investissements<sup>3</sup>, mais aussi, dans la mesure du possible, de veiller à ce que les entreprises créées soient viables. L'idée de viabilité laisse penser que l'entreprise peut avoir, à un moment de son existence, particulièrement besoin d'attention, notamment quand elle fait face à des difficultés. Le système juridique doit fournir des moyens de sauvegarde de l'entreprise en cas de crise plus ou moins grave afin d'éviter sa ruine qui est, incontestablement, une issue malheureuse.

---

<sup>1</sup> Par définition, l'entreprise est une structure organisée « réunissant, sous une direction commune, des moyens tant humains que matériels en vue de l'accomplissement d'activités économiques, commerciales, industrielles ou de services » (V. *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, Litec, 1<sup>ère</sup> éd. 2002, sous la direction de R. CABRILLAC ; *Lexique des termes juridiques*, sous la direction de S. GUINCHARD et G. MONTAGNER, 21<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 227).

<sup>2</sup> V. G. LAMBERT (G), *Introduction à l'examen de la notion juridique de l'entreprise*, in *Mélanges en l'honneur de KAYSER*, t.2, 2003, pp. 77 et s.

<sup>3</sup> Sur ce point, l'initiative de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) vient à point nommé. L'intégration juridique visée par les Etats contractants est en effet un moyen de faire front commun autour de règles communes, simples modernes et adaptées, destinées à assurer la sécurité des investisseurs.

Le droit des entreprises en difficulté<sup>4</sup> se propose justement de détecter les difficultés susceptibles d'entraver le fonctionnement normal de l'entreprise ou de contrarier ses objectifs, d'inventer les moyens de les résoudre afin de la remettre sur le chemin de la prospérité. C'est un droit spécial au regard de son champ d'application<sup>5</sup>, mais aussi et surtout au regard de ses techniques et de ses finalités.

Les finalités du droit des procédures collectives sont plurielles : la sauvegarde ou le sauvetage de l'entreprise, l'apurement du passif, la condamnation des dirigeants fautifs. On peut se demander si ces objectifs viennent à rang égal ou si elles obéissent à un ordre de priorité. Pour répondre à cette question, il faut tenir compte de l'évolution historique assez mouvementée de la discipline.

3. Dès ses origines, notamment au Moyen Âge, le droit des entreprises en difficulté vise essentiellement la sanction du débiteur. C'est l'époque de la faillite criminelle. Face à l'insolvabilité du commerçant qui n'arrive pas à satisfaire ses créanciers, la solution est de le punir, considérant qu'il a dû certainement tromper ses partenaires en détournant les biens ou le crédit qui devait leur être servi. Les sanctions préconisées sont particulièrement sévères allant parfois jusqu'à l'emprisonnement du débiteur, à sa vente aux enchères ou mise à mort

---

<sup>4</sup> Encore appelé droit des procédures collectives d'apurement du passif.

<sup>5</sup> Pour appréhender le champ d'application des procédures collectives, il faut se reporter à l'article 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qui vise « toute personne physique ou morale commerçante, toute personne morale de droit privé non commerçante, toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé ». Pour plus précis que l'on puisse être, la procédure collective s'applique de manière directe ou indirecte.

De manière directe, elle s'applique aux personnes physiques à la condition qu'elles soient commerçantes. En ce qui concerne les personnes morales, une distinction doit être faite selon qu'il s'agit de personnes morales de droit privé ou de droit public. Pour les premières, aucun problème ne se pose car, sans aucune distinction, elles peuvent être soumises aux procédures collectives. Les secondes ont longtemps échappé à cette réglementation en raison du principe de l'insaisissabilité des biens publics (V. F.M. SAWADOGO, *Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif*, in J. ISSA-SAYEGH, P-G. POUGOUE, F.M. SAWADOGO, OHADA : *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2ème éd. 2002, P. 818 et 819). De nos jours et du fait de leur implication de plus en plus grandissante dans les activités commerciales, il y a lieu de modérer cette exclusion. Les entreprises publiques et para publiques au Cameroun obéissent en général au régime de la loi n° 99/016 du 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic (v. P. NGUIHE KANTE, *Réflexions sur le régime juridique de dissolution et de liquidation des entreprises publiques et parapubliques au Cameroun depuis la réforme des procédures collectives OHADA*, Penant n° 837, septembre-décembre 2001). Mais il faut tenir compte du fait que, pour certaines entreprises, le caractère public ne tient qu'aux règles d'organisation interne et de gestion. Le législateur entend inclure dans le champ d'application des procédures collectives les entreprises publiques ayant la forme de personnes morales de droit privé (art. 2 précité). Cette formule vise, certainement, les établissements publics industriels et commerciaux et même certaines sociétés nationales ou d'économie mixte qui accomplissent des actes de commerce. Indifféremment de leur qualité de personnes morales de droit privé ou de droit public, certaines entreprises bénéficient d'une réglementation spéciale et, de ce fait, n'entrent pas dans le cadre de notre étude. Il s'agit des banques qui sont régies par des lois spéciales relatives à la liquidation des établissements de crédit ainsi que les conventions de la Commission Bancaire de l'Afrique Centrale (COBAC). Il s'agit aussi des entreprises d'assurance régies, pour l'essentiel par les dispositions du Code CIMA (Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurance).

De manière indirecte, le régime de procédures collectives OHADA s'applique aux associés tenus solidairement et indéfiniment du passif social. Il s'applique également par extension en cas de confusion ou de fictivité de patrimoine ainsi qu'aux dirigeants fautifs à titre de sanction.

par les soins de ses créanciers<sup>6</sup>. Même avec l'avènement du Code de commerce français de 1807, le caractère répressif des procédures collectives n'a pas complètement disparu. Elles sont demeurées rigoureuses pour le débiteur, les sanctions applicables, notamment l'élimination de la vie des affaires et les autres châtements, étant encore quasi systématiques<sup>7</sup>.

4. La condamnation du débiteur comme finalité première du droit des procédures collectives n'a pu produire que des résultats décevants. D'abord, elle était fondée sur une présomption de faute (du débiteur) manifestement excessive, d'autant qu'elle n'admettait pas la preuve contraire. Il est aujourd'hui acquis que l'échec de l'entreprise peut être dû à une cause extérieure à l'entrepreneur, par exemple à une conjoncture économique défavorable voire à un cadre juridique inadapté. Ensuite, les créanciers insatisfaits pouvaient s'acharner durement contre le débiteur sans pour autant arriver à se faire payer, ce qui devait remettre en cause l'utilité et l'efficacité de telles mesures. Enfin, l'obstination au châtement ignorait une préoccupation fondamentale qui est le sort de l'entreprise. Si celle-ci retrouve la prospérité, c'est le signe d'espoir que les créanciers seront payés, à court ou à long terme. Ces différentes considérations ont progressivement conduit au recul du caractère répressif des procédures collectives.

5. Le droit contemporain tend à ériger la sauvegarde ou le sauvetage de l'entreprise en finalité supérieure des procédures collectives d'apurement du passif. Cela se justifie au regard de l'intérêt attaché à la prospérité de l'entreprise. Celle-ci ne peut toutefois être sauvée que dans la mesure du possible. Comme conséquence, cette finalité ne joue qu'à un moment donné de la procédure collective, notamment quand il existe des chances réelles de redresser l'entreprise. Il peut s'agir de la phase préventive (règlement préventif) où il est question d'éviter que l'entreprise ne tombe en cessation de paiement. Mais, le plus souvent, il s'agit de la phase de redressement judiciaire. L'intérêt des créanciers dans ces deux procédures n'est pas ignoré. D'ailleurs, ils participent activement aux négociations en vue de l'adoption d'un concordat<sup>8</sup>. Mais, il est admis que cet intérêt peut parfois être sacrifié, en vue de la sauvegarde de l'entreprise.

6. Lorsque les difficultés économiques et financières deviennent insurmontables, la finalité de la procédure collective ne peut plus être de sauver l'entreprise. L'hypothèse est

---

<sup>6</sup> SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires*, Paris, Montchrestien, 1989, p. 43.

<sup>7</sup> C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, Montchrestien, 2001, n° 14.

<sup>8</sup> Du latin « *concordatum* », dérivé du verbe « *concordare* » qui signifie s'accorder, le concordat se définit comme une convention de caractère collectif (soumise à homologation du tribunal) par laquelle l'assemblée des créanciers accorde au débiteur, par un vote à une double majorité, soit des délais de paiement, soit des remises dettes, soit simultanément des délais et des remises. Il constitue une solution normale du redressement judiciaire (Cf. H.A. BITSAMANA, Dictionnaire de droit OHADA, 2003, [www.ohada.com/Ohadata D-05-33](http://www.ohada.com/Ohadata D-05-33)).

celle d'une liquidation des biens<sup>9</sup>. C'est la solution par défaut, c'est-à-dire la solution quand il n'y en a vraiment pas une. Procédure ayant pour finalité la réalisation des actifs du débiteur afin d'en répartir le produit au profit des créanciers, la liquidation des biens peut être prononcée par le tribunal dès le jugement d'ouverture de la procédure collective, si le débiteur ne propose pas un concordat sérieux. Mais le plus souvent elle est prononcée à la suite de l'échec d'une procédure de redressement judiciaire engagée. L'annulation ou la résolution du concordat entraîne en effet la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens<sup>10</sup>. Comme toute procédure collective, la liquidation des biens est réalisée par des organes désignés par le tribunal. Ces derniers procèdent à l'apurement du passif par répartition des sommes issues de la réalisation des divers éléments de l'actif. Il faut la distinguer de la liquidation amiable. Organisée principalement par les statuts de la société, celle-ci ne relève pas du droit des entreprises en difficulté. Elle ne saurait de ce fait entrer dans le cadre de notre sujet<sup>11</sup>.

Lorsque toutes les perspectives de redressement de l'entreprise sont épuisées, seul compte désormais, au premier chef, le paiement des créanciers<sup>12</sup>. L'activité de l'entreprise peut certes se poursuivre à titre précaire<sup>13</sup>. Mais, il faut que cette continuation soit dictée par l'intérêt des créanciers. Il arrive toutefois, de manière fréquente, que ces derniers restent sur leur faim à l'issue de la procédure. En effet, tout dépend de la situation patrimoniale du débiteur. Or, au moment où il traverse les difficultés les plus sérieuses, il est douteux qu'il puisse honorer, de manière satisfaisante, ses engagements. Si tous les créanciers sont néanmoins désintéressés, on arrive à une issue très heureuse. La procédure est clôturée pour extinction du passif, c'est-à-dire qu'il n'existe plus de passif exigible ou que l'on dispose des

---

<sup>9</sup> Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement commercial n° 095 du 11 juin 2004, affaire Procureur de la République près le Tribunal Régional Hors Classe de Dakar contre Compagnie Air Afrique, inédit ; Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Niamey, jugement civil n° 246 du 14 juin 2004, affaire Banque de l'Afrique de l'Ouest dite « ECOBANK-NIGER » contre Société d'Exploitation Commerciale dite « SECOM SARL », inédit ; Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement commercial n° 149 du 08 juillet 2005, affaire Compagnie Bancaire de l'Afrique Occidentale SA (CBAO) contre Société Mauritanienne Sénégalaise d'Investissement et de Commerce SA (SOMASIC), inédit ; Tribunal de Commerce de Bamako (Mali), Jugement n° 237/JUGT du 26 avril 2006, affaire Société Action- Formation –Entrepreneurship (ACFOR- SA), inédit ; Tribunal Régional de Niamey (Niger), Jugement civil n° 049 du 27 février 2002, affaire ELHADJI Mamane Zinguilé contre Société COMANI S.A, inédit.

<sup>10</sup> Article 141 al. 2 de l'A.U.P.C.

<sup>11</sup> V. le régime de la liquidation des sociétés « *in bonis* » tel que organisé par les art. 203 à 241 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

<sup>12</sup> C'est ce qu'a semblé signifier le Tribunal Régional de Niamey dans le jugement n° 049 du 27 février 2002 précité. En substance, le juge déclare « (...) *qu'en dehors du non respect par COMANI des règles de mise en redressement judiciaire, la seule solution avantageuse pour les créanciers de celle-ci est la liquidation (...)* »

<sup>13</sup> Il faut, pour cela, une autorisation exceptionnelle du président de la juridiction compétente motivée par l'intérêt des créanciers ou un intérêt public (art. 113 al. 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (A.U.P.C.)

deniers suffisants pour procéder au paiement<sup>14</sup>. Mais, ordinairement, la liquidation des biens se heurte à la carence des biens du débiteur. On parle d'insuffisance d'actif.

7. L'expression insuffisance d'actif est apparue pour la première fois en France dans la loi du 28 mai 1838 rendue applicable au Cameroun par le truchement de la colonisation. Cette loi s'était donnée pour ambition d'assouplir la rigueur excessive de la faillite telle que règlementée par le Code de commerce français de 1807. C'est dans l'optique d'une atténuation des sanctions frappant le commerçant qu'elle consacre la possibilité de clore la procédure pour insuffisance d'actif<sup>15</sup>. Depuis, ce mode de clôture a été repris par les lois subséquentes<sup>16</sup>. Mais, que faut-il entendre par insuffisance d'actif ?

8. L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (A.U.P.C.) fait, à plusieurs reprises, mention de l'insuffisance d'actif sans dire formellement ce qu'il faut entendre par là. L'expression est composée de deux termes clés : l'actif et l'insuffisance. Le terme « *actif* » est susceptible de plusieurs acceptions. Littéralement, il désigne toute personne ou toute chose qui manifeste de l'énergie ou qui joue effectivement son rôle, contrairement à ce qui est passif ou inerte<sup>17</sup>. Dans le langage de la comptabilité, l'actif s'entend de la colonne gauche du bilan<sup>18</sup> qui enregistre les biens qu'une entreprise possède à un moment donné. On l'oppose ici au passif, partie droite du bilan qui décrit l'origine des ressources. Cette définition comptable est proche de la définition purement juridique qui considère l'actif comme l'ensemble des éléments positifs, droits ou biens, susceptibles d'une évaluation pécuniaire entrant dans la composition du patrimoine d'une personne physique ou morale<sup>19</sup>.

Dans le cadre de notre étude, l'actif désignera l'ensemble des biens du débiteur susceptibles d'une évaluation pécuniaire qui sont compris dans l'assiette de la liquidation et donc affectés à l'apurement du passif de l'entreprise. Si telle est la définition de l'actif, quand dira-t-on qu'il est insuffisant ?

---

<sup>14</sup> V. les articles 178 et 179 de l' A.U.P.C. La proportion des procédures clôturées pour extinction du passif reste très faible. Ce qui suscite peu d'intérêt quant à ce mode de clôture. V., pour l'une des rares illustrations de la clôture pour extinction du passif, Tribunal de grande instance hors classe de Dakar (Sénégal) Jugement commercial n° 113 du 12 novembre 2004, affaire Société Industrielle de Confection Sénégalaise (SICS), inédit. Le juge souligne : « *attendu qu'il ressort du rapport de clôture du syndic en date du 04 août 2004 que le passif de la SICS évalué à la somme de 246 000 000 a été totalement apuré (...); Qu'il y a lieu, (...) d'ordonner la clôture de la liquidation des biens de la SICS pour extinction du passif* » (jugement en annexe p. 86 et 87).

<sup>15</sup> C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, Montchrestien, 2001, n° 15 et 16.

<sup>16</sup> En l'occurrence, les lois françaises de 1967, de 1985 et de 2005, V. bibliographie (léislation).

<sup>17</sup> *Le Petit Larousse Illustré*, Paris, éd. Larousse, 2000, p. 38.

<sup>18</sup> Le bilan se définit en Comptabilité comme l'état financier de synthèse faisant partie des comptes annuels qui décrit séparément les éléments actifs et les éléments passifs tout en faisant apparaître, de façon distincte, les capitaux propres de l'entreprise (*Le Petit Larousse Illustré, ibid.*).

<sup>19</sup> *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, Litec, 1<sup>ère</sup> éd. 2002, sous la direction de R. CABRILLAC.

9. L'article 173 al. 1 nous fournit un début de réponse. Il dispose : « *Si les fonds manquent pour entreprendre ou terminer les opérations de la liquidation des biens, la juridiction compétente, sur le rapport du Juge-commissaire peut, à quelque époque que ce soit, prononcer, à la demande de tout intéressé ou même d'office, la clôture des opérations pour insuffisance d'actif* ». Est-il possible de tirer de ce texte une définition de l'insuffisance d'actif ? Dans l'affirmative, on dira qu'il s'agit d'un manque de fonds nécessaire à la poursuite des opérations de liquidation. Mais, le législateur opère manifestement une confusion entre une insuffisance d'actif et une insuffisance de fond. Il faut aller un peu plus loin dans la recherche de la définition. Pour le professeur SAWADOGO, « *il y a insuffisance d'actif lorsqu'il n'y a pas d'actif du tout ou lorsque les frais de réalisation de l'actif excèdent les recettes attendues* »<sup>20</sup>. C'est dire que l'insuffisance d'actif signifie l'absence ou l'insignifiance des biens dont la réalisation ne peut plus contribuer au paiement, ne serait-ce que partiel, des créanciers dans le cadre de la liquidation des biens. Soit le débiteur n'a plus d'actif ou n'a plus qu'un actif « *quasiment inexistant* »<sup>21</sup>, alors que le passif demeure non apuré, soit le coût de la réalisation des actifs est tellement élevé qu'il absorbe les dividendes obtenus. Cette définition se rapproche de celle fournie par le droit français qui considère que l'insuffisance d'actif est caractérisée lorsque le produit de la réalisation des actifs du débiteur et des actions et procédures engagées dans l'intérêt de l'entreprise ou des créanciers ne permet plus de désintéresser, même partiellement, les créanciers<sup>22</sup>. C'est donc un blocage sérieux, à la limite définitif. Mais toute insuffisance de fonds ou de crédit ne doit pas être assimilée à l'insuffisance d'actif. Les carences financières ou matérielles solubles à court ou moyen terme relèvent davantage d'une absence momentanée de disponibilités. D'où l'intérêt des distinctions entre l'insuffisance d'actif et les notions voisines que sont la cessation des paiements, l'absence de disponibilités, l'insuffisance de deniers, et l'impossibilité de réalisation des actifs.

10. L'insuffisance d'actif se distingue nettement de la cessation des paiements. La cessation des paiements se définit comme l'état de l'entreprise qui se trouve dans

---

<sup>20</sup> F.M. SAWADOGO, *Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif*, in ISSA-SAYEGH, POUGOUE et SAWADOGO, *OHADA : Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 930.

<sup>21</sup> Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Niamey (Niger), jugement civil n°258 du 28 juin 2006, affaire Youssou BACHIR contre Ali DJIMBA, Hima HASSOUMI, Abdoul Aziz COMBARI et Moussa MOSSI (inédit). Dans cette espèce, le juge tente de caractériser l'insuffisance d'actif en ces termes : « *Attendu (...) qu'il s'est avéré à la suite de cette procédure que l'actif de la COMANI SA est quasiment inexistant mais que son passif s'élève à la somme 124 411 220 FCFA (...)* » ; dans le même ordre d'idées, v. Cour d'appel de l'Ouest (Cameroun), arrêt n° 31/civ. du 11/12/2002, Affaire Sté U.P.S. c/ S.T.P.C., rendu sur appel contre le jugement civil n° 372 du 04/05/2000, Affaire Liquidation FORACO CAMEROUN, inédit.

<sup>22</sup> Code de commerce français, art. L. 622-30.

l'impossibilité de faire face à son passif exigible grâce à son actif disponible<sup>23</sup>. Comme en cas d'insuffisance d'actif, on en déduit que les créanciers éprouveront des difficultés à être réglés. Mais, ces difficultés ne provoquent pas le même degré d'inquiétude d'un cas à l'autre. Les problèmes soulevés dès la cessation des paiements peuvent probablement être encore surmontés au cas où un concordat sérieux de redressement de l'entreprise était adopté. En revanche, l'insuffisance d'actif implique que, l'entreprise ayant été mise en liquidation parce que ne pouvant plus être sauvée, l'ensemble des avoirs réalisés ou réalisables ne permet pas de désintéresser entièrement les créanciers. Dans la plupart des cas, ces derniers n'ont que très peu de chance d'obtenir quelque paiement. Ce qui n'est pas forcément la conséquence qui dérive de la survenance de la cessation des paiements. La distance est plus nette entre les deux notions lorsqu'elles sont étudiées quant au moment auquel elles interviennent. Parler de l'insuffisance d'actif de l'entreprise suppose d'ores et déjà avérée la cessation des paiements puisque celle-ci constitue le critère principal d'ouverture des procédures collectives. La cessation des paiements est donc un état antérieur parce que se situant au départ de la procédure qui se heurte éventuellement à l'insuffisance d'actif.

**11.** L'insuffisance d'actif ne saurait se confondre avec l'insuffisance de deniers. Le législateur OHADA a fait recours à la notion d'insuffisance de deniers aux articles 166 et 167 de l'A.U.P.C. Pour saisir la notion il faut se rappeler les règles organisant la répartition des produits issus de la cession des divers éléments de l'actif. Certaines règles sont générales en ce qu'elles s'appliquent quelle que soit la provenance des deniers à répartir. D'autres sont spéciales parce qu'elles s'appliquent différemment suivant que les fonds proviennent de la réalisation des meubles ou des immeubles. Il est possible que les capitaux issus de la réalisation d'un bien particulier ne suffisent pas à régler tous les créanciers qui viennent en rang utile dans cette catégorie. Il y a alors insuffisance de deniers. Contrairement à l'insuffisance d'actif qui est appréciée par rapport à l'ensemble des biens du débiteur, l'insuffisance de deniers est une carence partielle<sup>24</sup>.

**12.** Une autre distinction s'impose entre l'insuffisance d'actif et l'absence de disponibilités. Par disponibilités, il faut entendre la trésorerie de l'entreprise, mais aussi ses biens immédiatement convertibles en argent<sup>25</sup>. En l'absence de disponibilités, les opérations de liquidation ne peuvent se poursuivre, du moins, dans l'immédiat. On note de ce point de

---

<sup>23</sup> Art. 25 al. 1 de l'A.U.P.C.

<sup>24</sup> Pour les solutions à l'insuffisance de deniers, v. les articles 166 à 168 de l'A.U.P.C.

<sup>25</sup> Cf. C. KOUASSI, *Traité des faillites et liquidations en Côte d'Ivoire, études juridiques et formulaires*, Abidjan, éditions SOCOGEC, coll. Espace Entreprise, 1987, n° 753. (Cité par F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, Bruxelles, éd. Bruylant, coll. Droit uniforme, 2002. p. 309). Pour l'auteur, l'insuffisance d'actif ne se confond pas avec l'absence momentanée de trésorerie, pas davantage avec l'absence de dividendes à distribuer.

vue un léger rapprochement avec l'état d'insuffisance d'actif. Mais alors que l'insuffisance d'actif signifie une impossibilité quasi définitive de poursuivre le règlement des créanciers, malgré le passif non apuré, l'absence de disponibilités est une entorse momentanée, dont la solution vient assurément à court terme. L'entreprise peut en effet souffrir d'un manque de disponibilités à un moment précis, alors qu'elle en bénéficiera dans un espace de temps voisin. Toutefois, et au cas où l'absence de disponibilités se prolonge, on peut penser que la réalisation des actifs est devenue impossible.

**13.** Enfin, on ne saurait perdre de vue un certain risque de confusion entre l'insuffisance d'actif et l'impossibilité de réalisation des actifs. Pour des raisons diverses, la réalisation des actifs du débiteur en liquidation peut être rendue très difficile, voire impossible. S'il s'agit d'obstacles passagers, on n'est pas en présence d'une insuffisance d'actif. Si la réalisation des actifs est rendue impossible à cause de l'absence de fonds nécessaires pour couvrir les frais des opérations, l'avance de ces fonds peut être faite par le trésor public qui en sera remboursée par privilège. En revanche, si l'impossibilité de réalisation est insurmontable, soit qu'il s'agit d'un obstacle présentant les caractères d'une force majeure, soit le coût élevé des opérations contraste avec les résultats décevants, on s'achemine incontestablement vers une insuffisance d'actif.

**14.** La clôture de la liquidation des biens notamment dans l'hypothèse d'une insuffisance d'actif est source d'incertitude sur le plan juridique. Incertitude quant au sort des acteurs ; incertitude quant au sort des actions menées ou à mener. C'est un véritable casse-tête pour peu que l'on considère la situation des créanciers dont les intérêts pourtant légitimes se trouvent durement hypothéqués. La question est alors de savoir quelles sont les solutions juridiques à l'insuffisance d'actif consacrées par le législateur OHADA. Comment organiser, de manière équitable, la procédure collective, aussi bien que ses suites, lorsqu'elle débouche sur une insuffisance d'actif ?

**15.** L'intérêt de la question se situe sur un double plan. Sur le plan juridique, considérant que l'insuffisance d'actif est contemporaine à la disparition de l'entreprise, on peut penser que dès ce moment, tout est perdu. Nous pensons au contraire que tout peut encore se jouer à ce niveau. Le défi constant est de trouver le point d'équilibre des intérêts divergents, parfois contradictoires, autour de l'entreprise. Ce défi est encore plus pressant lorsque celle-ci s'effondre. Il faut alors s'assurer que les solutions préconisées sont appropriées. Elles seront bonnes si elles sont adaptées aux objectifs économiques que les Etats se donnent et si elles défendent, de manière durable, l'intérêt des créanciers. Cette problématique n'est pas nouvelle. Elle s'est tout de même considérablement enrichie ces



dernières années. Dans l'optique d'une plus grande efficacité sur le plan économique, bon nombre d'Etats optent pour des mesures jugées favorables aux débiteurs, mesures qui vont malheureusement à l'encontre de l'intérêt des créanciers. En France<sup>26</sup>, et dans bon nombre de pays d'Europe centrale<sup>27</sup>, tout comme aux Etats-Unis<sup>28</sup>, il est désormais admis que les créanciers perdent en principe leurs recours contre le débiteur en cas de clôture pour insuffisance d'actif. Cette tendance à l'effacement du caractère répressif de la faillite invite à repenser les solutions consacrées par le législateur OHADA.

Sur le plan pratique, la proportion des procédures clôturées pour insuffisance d'actif ne cesse de croître. En France et à titre d'exemple, « 90 à 95% des procédures collectives ouvertes chaque année débouchent sur une liquidation judiciaire »<sup>29</sup>. De la même manière, et sur le continent africain, reste présente à l'esprit cette fameuse boutade dont la valeur « interpellative » ne fait aucun doute : « Des entreprises en difficulté, on en trouve un peu partout en Afrique ; des entreprises en difficulté qui se redressent, on en cherche »<sup>30</sup>. Mode de clôture de la liquidation des biens le plus fréquent d'un point de vue statistique, la clôture pour insuffisance d'actif ne manque pas d'attirer une certaine curiosité scientifique.

Les solutions à l'insuffisance d'actif sont nombreuses et variées. Il est toutefois possible de les situer sur un double plan : les premières s'imposent et ne peuvent en réalité être contournées, ni par le juge, ni par les parties. Ce sont des **solutions constantes (TITRE PREMIER)**. Les secondes sont incertaines, car elles peuvent être adoptées ou non, en fonction des circonstances de fait, mais aussi de l'appréciation du juge. Ce sont des **solutions variables (TITRE SECOND)**.

---

<sup>26</sup> Article 122 de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

<sup>27</sup> D. BORCAN, *Les nouvelles procédures collectives d'apurement du passif en Europe centrale De l'inspiration française, allemande et américaine et des tendances fortes des règles régissant ces procédures*, Juriscope 2003, [www.juriscope.org/actu\\_juridiques/doctrine/eur-centrale/eur-centrale\\_1.pdf](http://www.juriscope.org/actu_juridiques/doctrine/eur-centrale/eur-centrale_1.pdf), pp. 20 et 21.

<sup>28</sup> D. BORCAN, *op. cit.* ; F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, Paris, LGDJ, 6<sup>e</sup> édition, 2003, n° 414.

<sup>29</sup> V. *La loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises*, Actes de Colloque, Université de la Réunion saint -Denis, 27 et 28 février 2006, Petites affiches, numéro spécial 57, 20 mars 2007, p. 6). En outre la proportion des procédures clôturées pour extinction du passif est extrêmement faible.

<sup>30</sup> F.M. SAWADOGO, *Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif*, in ISSA-SAYEGH, POUGOUE et SAWADOGO, *OHADA : Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2<sup>ème</sup> éd., 2002, p. 811.

**TITRE I :**  
**LES SOLUTIONS CONSTANTES**

16. L'engagement et la poursuite des opérations de liquidation des biens suppose que le débiteur dispose des biens qui permettent non seulement la couverture des frais de la procédure, mais aussi et surtout l'espoir que les créanciers puissent être désintéressés, ne serait-ce que partiellement. Lorsque cette condition fait défaut, on est en présence d'un cas d'insuffisance d'actif.

Dans ce cas, la première question est de savoir si la procédure collective peut se poursuivre, malgré tout. La réponse fournie par l'A.U.P.C. est négative. Poursuivre une procédure de liquidation affectée d'une insuffisance d'actif contribue à court ou à long terme à l'aggravation du passif du débiteur. Il est alors impérieux de procéder à une clôture pour insuffisance d'actif **(CHAPITRE I)**.

C'est aussi le lieu de constater que l'objectif majeur de la liquidation des biens, à savoir l'apurement du passif, risque de devenir une vue de l'esprit. D'où la deuxième question qui est de savoir ce que deviennent les droits des créanciers impayés. En droit OHADA, La clôture pour insuffisance d'actif n'entraîne pas l'extinction de leurs droits. Ils peuvent désormais les exercer à titre individuel. Le recouvrement par les créanciers de l'exercice individuel de leurs actions est discuté. Il faut s'interroger sur l'opportunité d'une telle solution **(CHAPITRE II)**.

# CHAPITRE I :

## LA NECESSITE DE LA CLÔTURE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF

17. La clôture pour insuffisance d'actif est une issue malheureuse de la liquidation des biens, ce à plus d'un titre. Non seulement l'entreprise disparaît définitivement, mais aussi ses créanciers demeurent insatisfaits<sup>31</sup>. Pourtant, c'est le mode de clôture le plus fréquent en pratique<sup>32</sup>. Sa nécessité<sup>33</sup> obéit à une logique implacable. La procédure de liquidation des biens est soutenue par un objectif de paiement des créanciers. Il est tout à fait raisonnable d'y mettre fin dès que cet objectif n'est plus accessible. Malgré sa nécessité, la clôture pour insuffisance d'actif n'intervient pas d'office, encore moins, de manière automatique. Des conditions procédurales doivent être réunies pour que le juge prononce ce mode de clôture. C'est dire que la décision de clôture intervient suivant un processus bien déterminé (**SECTION I**). Une fois prononcée, elle emporte des effets remarquables qui retiennent notre attention. L'on s'interroge précisément sur la situation des acteurs de la procédure qui s'achève (**SECTION II**).

---

<sup>31</sup> Malgré tout, le processus de liquidation des biens reste utile en ce sens qu'il permet d'éliminer du marché les entreprises les plus faibles ou celles à qui manquent les éléments nécessaires de viabilité.

<sup>32</sup> Cour d'Appel de l'Ouest (Cameroun), Arrêt n° 31/civ. du 11/12/2002 (Affaire Sté U.P.S. c/ S.T.P.C) rendu sur appel contre Jugement civil n° 372 du 04/05/2000, Affaire Liquidation FORACO CAMEROUN ; Tribunal de Grande Instance du Wouri (Cameroun), Jugement n° 504 du 7 avril 2005, affaire « COPEMAR », inédit ; Tribunal de commerce de Bamako (Mali), Jugement n° 179/JUGT du 26 avril 2006, affaire collectif des travailleurs de Air Mali SA contre Air Mali SA, inédit ; Tribunal Régional Hors Classe de Dakar (Sénégal), jugement commercial n° 160 du 26 juillet 2005, affaire Abdoulaye DRAME contre la Nationale d'Assurances IARD, inédit. ; F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, Bruxelles, éd. Bruylant, 2002, n° 325.

<sup>33</sup> Dans une espèce connue par un tribunal de Dakar a été soulignée la nécessité de la clôture pour insuffisance d'actif. Le juge déclare qu'à supposer même que les créanciers revendiquant aient produit leurs créances, « *la clôture s'impose en l'état* », Tribunal Régional Hors Classe de Dakar (Sénégal), Jugement commercial n° 160 du 26 août 2005, précité) ; Dans le même sens, La Cour d'appel de l'Ouest (Cameroun), arrêt n° 31/civ. du 11/12/2002, Affaire Sté U.P.S. c/ S.T.P.C., rendu sur appel contre le jugement civil n° 372 du 04/05/2000, Affaire Liquidation FORACO CAMEROUN (Observations : Yvette R. KALIEU ELONGO, Agrégée, Université de Dschang), décide que la clôture des opérations de liquidation pour insuffisance d'actif est de droit dès lors que le liquidateur démontre, à travers son rapport qu'il ne dispose pas d'actif dont la réalisation pourrait générer des fonds à même de satisfaire les différents créanciers, [www.ohada.com](http://www.ohada.com) ( ohadata J-05-26)

# SECTION I : LE PROCESSUS DE CLOTURE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF

Comme nous l'avons dit, la décision de clôture pour insuffisance d'actif obéit à un processus en dehors duquel elle ne saurait être prononcée (§1). Mais, une fois qu'elle est prononcée, elle produit un certain nombre d'effets. Il n'en est autrement que si elle est contestée, voire remise en cause (§2).

## §1 LE PRONONCE DE LA DECISION

La décision de clôture pour insuffisance d'actif est une décision judiciaire. C'est dire qu'il revient au juge compétent dans le cadre des procédures collectives de la prononcer. Il faut alors mesurer la portée de son intervention (A). C'est aussi dire que c'est une décision qui ne peut être prise que si certaines conditions sont réunies. On en déduit que, malgré le poids de l'intervention du juge, ce dernier ne peut pas décider à tout moment (B).

### A. L'intervention du juge

18. Le législateur autorise «*la juridiction compétente*» à prononcer la clôture des opérations de liquidation en cas d'insuffisance d'actif<sup>34</sup>. La juridiction compétente s'entend de celle qui a prononcé la décision d'ouverture de la procédure collective<sup>35</sup>. Sa compétence est double : d'abord sur le plan territorial et, pour reprendre l'art. 4 de l'A.U.P.C., il s'agit de la juridiction «*dans le ressort de laquelle le débiteur a son principal établissement ou, s'il s'agit d'une personne morale, son siège ou, à défaut de siège sur le territoire national, son principal établissement. Si le siège social est à l'étranger, la procédure se déroule devant la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve le principal centre d'exploitation situé sur le territoire national*». Ensuite, sur le plan matériel : malgré le silence du législateur sur ce second point, tout porte à croire qu'il s'agit de la juridiction compétente en matière commerciale. Pour l'identifier, la référence aux droits nationaux des Etats est nécessaire<sup>36</sup>. La juridiction compétente pour l'ouverture de la procédure collective a, en réalité, une compétence large

---

<sup>34</sup> Art. 173 de l'A.U.P.C.

<sup>35</sup> V. MODI KOKO BEBEY (H. D.), *Le tribunal compétent pour l'ouverture des procédures collectives du droit uniforme OHADA*, Juriscope, 2001, [www.juriscope.org/actu\\_juridiques/doctrine/OHADA/ohada\\_4.pdf](http://www.juriscope.org/actu_juridiques/doctrine/OHADA/ohada_4.pdf)

<sup>36</sup> En ce qui concerne le Cameroun, devront s'appliquer les règles ordinaires de compétence qui sont les mêmes aussi bien en matière civile et commerciale qu'en matière sociale. En vertu des dispositions des articles 15 et 18 de la nouvelle loi camerounaise n°2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire, la compétence en matière civile, commerciale et sociale est partagée entre le Tribunal de grande instance et le Tribunal de première instance. Globalement, le premier est compétent lorsque le montant de la demande excède dix millions de francs tandis que la compétence du second se réduit aux demandes chiffrées d'un montant inférieur ou égal à dix millions de francs.

pour connaître de toutes les questions et contestations subséquentes. Cette compétence large se justifie dans la mesure où seul le tribunal conduisant effectivement la procédure peut juger de l'opportunité de l'arrêter.

19. Il est toutefois à noter que le juge appelé à prononcer la décision de clôture le fera rarement de manière isolée. Certes, il peut se saisir d'office de la question. Mais, il statue le plus souvent à la demande d'une partie intéressée. L'expression « *à la demande de tout intéressé* » de l'art. 173 précité laisse penser à une saisine du tribunal largement ouverte. Il reste à voir les personnes susceptibles d'être intéressées. Il s'agit du syndic, du débiteur, et même des créanciers qui n'ont aucun intérêt à ce qu'une procédure devenue non rentable se poursuive. Il s'agit aussi du Ministère Public<sup>37</sup>. Nous pensons qu'il est important que ce droit de saisir le tribunal d'une demande en vue de la clôture pour insuffisance soit partagé, dans la mesure où il est absolument de bon sens qu'une procédure devenue sans espoir mais demeurée coûteuse soit clôturée le plus tôt possible. En ce sens, une saisine large permet d'éviter tout risque d'inertie lié à un monopole éventuel.

20. Dans tous les cas, la juridiction compétente décide, suivant l'art. 173 précité, au vu du rapport du Juge commissaire. La question se pose de savoir si le juge est tenu de considérer l'avis donné par ce dernier. L'A.U.P.C. ne nous donne pas de réponse à cette interrogation. Nous pensons que le juge commissaire est plus proche de la réalité concrète des opérations de liquidation. Il peut à ce titre, mieux que quiconque, éclairer le tribunal dans la prise de décision. En ce sens, son intervention sera très souvent d'une importance capitale. Dans une espèce connue par le tribunal de commerce de Bamako, le juge a semblé prononcer la clôture pour insuffisance d'actif sur la foi des conclusions du juge commissaire<sup>38</sup>. Cela dit, il conserve tout de même une grande faculté d'appréciation. Il pourrait alors se passer, dans certains cas, de l'avis du juge commissaire. D'ailleurs, le législateur semble lui donner une simple faculté de prononcer la clôture pour insuffisance d'actif par l'utilisation du terme « *peut* ». Mais, il faut dire que toute la difficulté réside dans la preuve de l'insuffisance d'actif et au cas où cette preuve est acquise, le juge ne peut plus hésiter à clôturer la procédure.

---

<sup>37</sup> Dans le même sens, F. M. SAWADOGO, *ibid.*, n° 326.

<sup>38</sup> Cf. Tribunal de Commerce de Bamako, jugement n° 179/ JUGT du 26 avril 2006, affaire collectif des travailleurs de Air Mali S.A. contre Air Mali S.A., inédit. De manière générale, sans être tenu par les constatations du juge commissaire, le juge les mentionne tout de même : Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Dakar (Sénégal) Jugement commercial n° 113 du 12 novembre 2004, affaire Société Industrielle de Confection Sénégalaise (SICS), inédit. Lesdites constatations représentent indiscutablement un élément important lui permettant d'asseoir sa décision. V. aussi Cour d'Appel de l'Ouest, 11/12/2002, Arrêt n° 31/civ., Affaire Sté U.P.S. c/ S.T.P.C., 04/05/2000, Jugement civil n° 372, Affaire Liquidation FORACO CAMEROUN, inédit.

21. La décision de clôture étant une décision de justice, on peut s'interroger sur sa structure<sup>39</sup>. On peut aussi s'interroger sur la nature gracieuse ou contentieuse de la procédure suivie. Les matières gracieuses sont caractérisées par l'absence de débat ou de contestation. La juridiction saisie se borne, en général, à examiner les pièces soumises à son attention et à décider en autorisant, homologuant, interdisant ou rejetant. Les matières contentieuses, par contre, donnent lieu à une procédure contradictoire où chacune des parties en présence expose ses prétentions et arguments. On peut estimer que le juge saisi est appelé à vérifier si les conditions de la clôture pour insuffisance d'actif sont réunies, et notamment à partir des constatations qui ressortent du rapport du juge commissaire. Dans ce sens, il s'agirait probablement d'une matière gracieuse. Mais le législateur n'exclut nullement la possibilité de faire comparaître les parties et de les entendre<sup>40</sup>. Pour éliminer les risques d'erreur et donc mettre la décision de clôture à l'abri de contestations, l'option contentieuse est nettement souhaitable. Le droit français se rapproche quelque peu de cette vue, dans la mesure où il prévoit qu'au moment du prononcé de la décision de clôture, le débiteur doit être dûment appelé ou entendu<sup>41</sup>.

De toute façon, le tribunal doit être suffisamment éclairé en vue de la décision. En l'absence d'un élément décisif, le juge demandera assurément un supplément d'information. Ce qui fait penser qu'il ne peut décider à tout moment.

## **B. Le moment du prononcé de la décision de clôture**

22. Il est important de savoir quand est-ce que le tribunal compétent prononce la décision de clôture pour insuffisance d'actif. L'article 173 précité nous propose un début de solution en disposant que la décision du juge peut intervenir « à quelque époque que ce soit ». Ce dernier n'est donc pas en principe tenu d'un délai. Suivant cette solution, peu importe alors le moment et, la clôture pour insuffisance d'actif pourrait même survenir quelques mois, voire seulement quelques jours après l'ouverture de la liquidation des biens. Tel serait le cas lorsque l'insuffisance d'actif est manifeste dès le départ de la procédure. Le principe est donc celui de l'indifférence quant au moment du prononcé de la décision. Il doit tout de même être relativisé, ce à deux points de vues :

---

<sup>39</sup> V. F.M. SAWADOGO, *ibid.* p. 412. En substance, le jugement de clôture pour insuffisance d'actif doit contenir, selon l'auteur, les mentions suivantes : visa (avec indication du rapport du juge commissaire), faits et procédure (avec indication du moyen de saisine du juge), motifs (caractérisation de l'insuffisance d'actif), dispositif (prononcé de la clôture et indication que les créanciers recouvrent l'exercice individuel de leurs actions).

<sup>40</sup> Il s'infère de l'art. 177 al. 2 de l'A.U.P.C. que des contestations peuvent être soulevées à l'occasion de la clôture pour insuffisance d'actif.

<sup>41</sup> V. art. L. 643-9 du Code de commerce français, article repris dans la Loi française n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, en son art. 121.

Premièrement, et ainsi que nous l'avons dit plus haut, le tribunal ne peut décider que s'il dispose des éléments d'information qui lui permettent d'apprécier les circonstances de la cause. Il va sans dire que les conditions doivent être réunies, notamment, l'insuffisance d'actif doit être clairement établi.

Deuxièmement, il est à noter que « *la vérification des créances et revendications est obligatoire quelle que soit l'importance de l'actif et du passif* »<sup>42</sup>. Cette disposition se trouve corroborée par la suivante ainsi conçue : « *Même s'il lui apparaît que les deniers à provenir de la réalisation de l'actif seront entièrement absorbés par les frais de justice et les créances privilégiées, le syndic procède à l'établissement de l'état des créances* »<sup>43</sup>. C'est donc dire que la clôture pour insuffisance d'actif ne saurait intervenir tant que le syndic n'a pas procédé à la vérification des créances, ou en tout cas, tant que le délai de trois mois à lui imparti pour le faire n'est pas expiré. Le législateur semble attacher un intérêt capital à cette vérification des créances. Ni l'importance du passif ni la probabilité de l'insuffisance d'actif ne doivent entraver cette opération. Cette option législative nous paraît tout à fait justifiée, dans la mesure où les créanciers ne perdent pas leurs droits en cas de clôture pour insuffisance d'actif. De là, il faut déduire que la vérification obligatoire des créances limite la portée de l'article 173 qui prévoit que la clôture puisse intervenir à quelque époque que ce soit. On a même pu voir une contradiction entre les deux dispositions. La vérification du passif, obligatoire dans tous les cas, semble en effet incompatible avec la possibilité de clôture à tout moment<sup>44</sup>. Cette vision n'emporte pas entièrement notre conviction. A notre sens il y a lieu de voir, entre les deux exigences, plus de complémentarité que de contradiction. La clôture de la procédure à tout moment reste de principe, mais elle trouve une limite spéciale liée à l'établissement de l'état des créances. Il est alors possible de concilier les deux textes : la clôture pour insuffisance d'actif peut intervenir à tout moment dès qu'il a été procédé à la vérification du passif. Alors il faudra attendre au moins trois mois, délai de vérification des créances, avant d'envisager cette décision<sup>45</sup>.

A l'instar du droit OHADA, le droit français consacre la faculté de prononcer la clôture pour insuffisance d'actif à toute époque<sup>46</sup>. Toutefois, et c'est là le point de discorde, il

---

<sup>42</sup> Art. 84 al. 1 de l'A.U.P.C. En vertu de l'al. 2 de ce texte, la vérification des créances a lieu dans les trois mois suivant l'ouverture de la procédure collective.

<sup>43</sup> Art. 146 al.3 de l'A.U.P.C.

<sup>44</sup> V. F. M. SAWADOGO, *Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif*, in ISSA-SAYEGH, POUGOUE et SAWADOGO, *OHADA: Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, 1ère éd., 1999, P. 991.

<sup>45</sup> Sur cette conclusion, V. F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, Bruxelles, Coll. Droit Uniforme, édition Bruylant, 2002, n° 326.

<sup>46</sup> V. art. 643 L-9 du Code de commerce français.



ne tient pas pour obligatoire la vérification des créances<sup>47</sup>. La clôture de la procédure est donc, en droit français possible quelque temps après l'ouverture, en cas d'insuffisance d'actif manifeste. Le refus de vérification des créances chirographaires dans certains cas se justifie, dans le contexte français, parce que les créanciers perdent leurs recours en cas de clôture pour insuffisance d'actif. Il n'en est autrement que si cette décision est contestée.

## §2 LA POSSIBILITE DE CONTESTATION DE LA DECISION DE CLOTURE

23. La décision de clôture pour insuffisance d'actif « *peut être rapportée à la demande du débiteur ou de tout autre intéressé sur justification que les fonds nécessaires aux frais des opérations ont été consignés entre les mains du syndic* »<sup>48</sup>. Le législateur prenant pour point de départ une insuffisance de fonds, *a priori* momentanée, il eût été logique qu'il consacre dans ce cas une simple suspension et non une clôture de la procédure. En toile de fond, se pose le problème de la distinction, entre l'insuffisance de disponibilités et l'insuffisance d'actif<sup>49</sup>. S'il y a insuffisance d'actif, la clôture des opérations de liquidation devient inévitable. Dans ce cas, les hypothèses de réouverture de la procédure sont assez rares. Nous examinons ces hypothèses (A) avant d'envisager leurs effets possibles (B).

### A. Les hypothèses de réouverture

24. Comme nous l'avons déjà souligné, un certain nombre de conditions doivent être réunies pour que le juge décide de la clôture des opérations de liquidation. La condition principale tient à la preuve de l'insuffisance d'actif. Si la clôture intervient alors que cette condition n'est pas établie, le juge doit en principe se raviser. De manière générale, bien que le législateur ne dise mot, la réouverture de la liquidation des biens est possible au cas où il faut exercer contre les dirigeants sociaux des actions en responsabilité<sup>50</sup>. Les actions en comblement du passif et en extension de la procédure collective peuvent encore être

---

<sup>47</sup> A l'art. 641-4 du Code précité, on note qu' « *il n'est pas procédé à la vérification des créances chirographaires s'il apparaît que le produit de la réalisation de l'actif sera entièrement absorbé par les frais de justice et les créances privilégiées, à moins que, s'agissant d'une personne morale, il n'y ait lieu de mettre à la charge des dirigeants sociaux de droit ou de fait tout ou partie du passif conformément aux articles L. 651-2 et L. 652-1.* »

<sup>48</sup> Art. 175 de l'A.U.P.C.

<sup>49</sup> Sur cette distinction, V. *supra*, n° 12.

<sup>50</sup> L'hypothèse de réouverture de la procédure collective en vue l'exercice une action en responsabilité contre le débiteur ou les dirigeants suppose que les faits de nature à générer cette responsabilité ont été découverts après la clôture pour insuffisance d'actif. Au cas où ils sont découverts en cours de la procédure, il n'y a pas de raison que le juge procède à la clôture, sauf en cas de dénouement de ladite action en responsabilité. Cf. P. PETEL, *Procédures collectives*, Cours Dalloz série Droit privé, Paris, Dalloz, 4<sup>ème</sup> édition, 2005, n° 332.

envisagées après la clôture pour insuffisance d'actif, tant que le délai de prescription n'est pas expiré<sup>51</sup>. Or de telles actions, intentées par le représentant des créanciers, ne peuvent s'exercer que dans le cadre de la procédure collective. C'est pourquoi il y aurait lieu à la réouverture de la procédure.

**25.** Peut-on aller plus loin, et considérer que l'amélioration ultérieure de la situation patrimoniale du débiteur doit en principe donner lieu à la reprise de la procédure ? La jurisprudence française a eu à se prononcer par la négative<sup>52</sup>. Les cas de réouverture les plus nombreux qu'elle consacre ont trait à la découverte d'actifs antérieurement dissimulés<sup>53</sup>. Le législateur OHADA n'a pas expressément pris position sur cette question. Mais, il faut dire que les créanciers munis de leurs titres exécutoires n'auront plus qu'à les mettre en œuvre à titre individuel. Dans cette perspective, il n'y aurait aucun intérêt à la reprise de la procédure collective. La découverte des faits susceptibles de générer une action en responsabilité contre les dirigeants devient alors, en droit OHADA, la seule véritable hypothèse de réouverture de la procédure de liquidation clôturée pour insuffisance d'actif.

**26.** Sur le plan procédural, les personnes admises à solliciter la clôture de la procédure devraient, en toute logique, conserver la faculté d'en demander la reprise. Il s'agit des différents organes de la procédure, du débiteur et des créanciers. L'Acte uniforme ne prévoit aucun délai pour l'exercice d'une action en réouverture. Ce qui laisse penser que ce droit reste ouvert à moins que les créances ne soient prescrites<sup>54</sup>. Autant que possible, la procédure devra être contradictoire et le juge pourra ordonner une enquête ou un supplément d'information. Il va sans dire qu'il ne saurait manquer à l'obligation de motiver sa décision dont le prononcé entraîne des effets importants.

---

<sup>51</sup> Alors que l'action en comblement du passif se prescrit par trois ans à compter de l'arrêt définitif des créances (article 186 de l'A.U.P.C.), aucun délai de prescription n'est expressément prévu pour l'exercice de l'action en extension de la procédure collective. Ce vide juridique doit être comblé. Nous pensons que, compte tenu du fait que les deux types d'action obéissent à une même finalité sous-jacente, à savoir le règlement des créanciers, il est souhaitable d'étendre à l'action en extension de la procédure collective cette prescription triennale.

<sup>52</sup> Dijon, 6 juillet 1993, *Revue des procédures collectives*, 1995, 79, n°13, obs. B. DUREUIL, citée par P. M. LE CORRE, *Le créancier face au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, T1, presses universitaires d'Aix Marseille, 2000, n°342.

<sup>53</sup> P. PETEL, *Procédures collectives*, Cours Dalloz, 4<sup>e</sup> éd. 2005, n° 332 ; Tribunal de commerce de Paris, 27 septembre 1995, *Revue de jurisprudence de droit commercial*, 1996, 272, note Ch. GALLET, arrêt cité par P. M. LE CORRE, *ibid.*

<sup>54</sup> V. F. DERRIDA, P. GODE, J. P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Paris, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd. 1995, n° 328 ; Com, 18 oct.1988, *Revue des procédures collectives*, 1989, p. 555, cités par P. M. LE CORRE, *ibid.*

## B. Les effets de la réouverture de la procédure

27. La procédure de liquidation relancée place les différents acteurs dans une situation comparable à celle où ils étaient avant la clôture. C'est presque un retour au statu quo ante. Les poursuites individuelles des créanciers sont gelées de nouveau. Les différents organes sont reconstitués. Si le débiteur bénéficiait jusqu'alors d'un regain de liberté, il serait dessaisi à nouveau. La question importante qui se pose est de savoir quel est le sort des actes accomplis entre la décision de clôture et la décision de reprise de la procédure. A supposer que le débiteur ait momentanément retrouvé sa liberté d'action, il aurait probablement pu accomplir des actes de disposition affectant son patrimoine. Qu'advierait-il à ces actes ? Ils ne peuvent être attaqués que s'ils ont été accomplis en fraude aux droits des créanciers<sup>55</sup>. Quant à ces derniers, les actes de saisie éventuellement pratiqués à leur profit doivent être consolidés. Il ne saurait en être autrement que s'ils ont agi de concert frauduleux avec le débiteur. La maxime *fraus omnia corrumpit*<sup>56</sup> s'applique ici parfaitement.

28. Les développements consacrés au processus de clôture pour insuffisance d'actif nous ont permis de retracer les conditions dans lesquelles cette décision importante intervient. La clé de ce processus tient à la preuve de l'insuffisance d'actif. En cela, le juge est éclairé par les éléments divers, de fait et de droit, qui lui permettent d'apprécier. Sa décision peut être remise en cause. Mais, elle entraîne toujours, une fois prononcée, des effets remarquables sur lesquels il convient de revenir. En filigrane, on s'interroge sur la situation des divers acteurs de la procédure en cas de consolidation de la clôture pour insuffisance d'actif.

## SECTION II : LA SITUATION DES ACTEURS DE LA PROCEDURE APRES LA CLOTURE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF

29. La liquidation des biens implique, faut-il le rappeler, outre le débiteur et les créanciers, des organes judiciaires. En cours de la procédure, tous participent à la réalisation des objectifs visés, à savoir la cession des actifs et le paiement des créanciers. On note une distribution des rôles qui laisse apparaître la prédominance des organes judiciaires. La clôture pour insuffisance d'actif affecte la position et le rôle de chaque acteur. Dans cette perspective,

---

<sup>55</sup> Il faut en effet sanctionner la fraude du débiteur qui consiste à dissimuler des actifs sachant qu'ils seront aliénés après la clôture pour insuffisance d'actif : cf. Com. 17 octobre 1973 D.1974.151, note LAROQUE.

<sup>56</sup> Cette maxime (la fraude corrompt tout, y compris la règle de droit) qu'on peut ériger au rang d'un principe général de droit veut que la fraude fasse échec à toute règle de droit normalement applicables.

plusieurs questions se posent. En premier lieu, nous nous interrogeons sur le sort du débiteur. Reste-t-il dessaisi ? La question est susceptible d'attirer des controverses (§1). Il en est de même si l'on se penche sur la situation des organes de la procédure. Il est précisément question de savoir si ces derniers restent en fonction (§2).

## §1 LE SORT DU DEBITEUR

30. La clôture pour insuffisance d'actif emporte obligatoirement des effets à l'égard du débiteur en liquidation. Compte tenu des dettes qui restent à sa charge et surtout de l'éventualité de la reprise de la procédure collective, l'on peut penser qu'il reste dessaisi<sup>57</sup>. Mais, avant d'envisager toute solution, il est nécessaire d'opérer une distinction entre la situation du débiteur personne physique (B) et celle du débiteur personne morale (A).

### A. La disparition de la personne morale

31. L'art. 200 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique (A.U.S.C.G.I.E.) cite parmi les causes de dissolution de la société le prononcé d'un jugement ordonnant la liquidation des biens. Cette disposition est corroborée par l'A.U.P.C. qui prévoit clairement que la décision qui prononce la liquidation des biens d'une personne morale emporte, de plein droit, dissolution de celle-ci<sup>58</sup>. La dissolution de la société signifie sa disparition. Cette disparition, lorsqu'elle est brutale, peut entraîner des conséquences désagréables pour les associés et même pour les tiers. C'est pourquoi, le législateur a limité la portée des dispositions susvisées. La personnalité morale de la société survit pour les besoins de la liquidation, ce jusqu'à la clôture de celle-ci<sup>59</sup>. Le texte ne distinguant pas parmi les différents modes de clôture, il y a lieu de dire qu'en général, la clôture de la liquidation des biens même pour insuffisance d'actif, met définitivement fin à l'existence de la société. La personnalité morale qui ne survivait d'ailleurs que pour les besoins de la liquidation, disparaît complètement. La solution est la même en droit français<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> V. P-G. POUGOUE, Y. KALIEU, *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, Yaoundé, Presses Universitaires d'Afrique, 1999, n°275.

<sup>58</sup> V. Art. 53 de l'A.U.P.C.

<sup>59</sup> Art. 201 al. 3 de l'Acte uniforme relatif au droit des Sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique.

<sup>60</sup> V. F. PEROCHON, R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, Paris, L.G.D.J., 6<sup>e</sup> édition, 2003, n° 412 ; P. PETEL, *Procédures collectives*, Cours Dalloz série droit privé, Paris, Dalloz, 4<sup>e</sup> édition, 2005, n° 330 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, Montchrestien, 2001, n° 1068 ; P. M. LE CORRE, *Le créancier face au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, T1, 2000, n° 337.

Seules demeurent les débiteurs personnes physiques. Alors, sont-elles libérées des contraintes de dessaisissement ?

## **B. La fin du dessaisissement du débiteur personne physique ?**

32. Lorsque le débiteur est une personne physique, la question se pose de savoir s'il est affranchi des contraintes de dessaisissement en cas de clôture pour insuffisance d'actif. Aucune disposition expresse de l'A.U.P.C. ne vient répondre à cette question importante. Une partie de la doctrine considère que la clôture pour insuffisance d'actif est toujours un cas de suspension des opérations de liquidation et qu'elle doit aboutir au « *maintien de l'état de liquidation* »<sup>61</sup>. Comme conséquence, le débiteur reste dessaisi<sup>62</sup>.

33. Ce point de vue doctrinal est, à notre sens, insuffisant à procurer une réponse définitive à la question. Tout part de la confusion créée par le législateur entre les notions d'insuffisance de disponibilité (laquelle englobe l'insuffisance de fonds à laquelle le législateur fait allusion) et d'insuffisance d'actif. Malheureusement, cette confusion ne semble pas, jusqu'ici, avoir été nettement relevée, ni en doctrine<sup>63</sup> ni en jurisprudence<sup>64</sup>. L'insuffisance de fonds renvoie aux difficultés passagères de trésorerie, tandis que l'insuffisance d'actif renvoie à l'absence ou l'insignifiance des biens dont la réalisation pourrait contribuer au paiement, ne serait-ce que partiel, des créanciers. De cette clarification, on en déduit un régime juridique propre à chaque notion. Contrairement aux vues du législateur, l'insuffisance de fonds doit conduire à la suspension des opérations de liquidation, non à la clôture pour insuffisance d'actif. Il s'agit d'une difficulté passagère et donc, soluble à court terme. Dans ce cas, non seulement le débiteur devrait rester dessaisi, mais aussi les créanciers ne devraient pas recouvrer l'exercice individuel de leurs actions puisque « l'état de liquidation » serait maintenu. En revanche, la clôture de la liquidation interviendra quand il y a véritablement insuffisance d'actif. En ce moment, puisqu'il n'existe plus de biens du débiteur, les opérations de liquidation sont terminées. Alors que les créanciers recouvrent leur droit individuel de poursuite, le débiteur doit connaître la fin du dessaisissement et les organes de la procédure la fin de leurs fonctions. Ce schéma nous permet d'éviter des paradoxes à plusieurs niveaux : que le débiteur reste dessaisi alors que le syndic qui le remplace dans la

---

<sup>61</sup> Expression empruntée à J. M. NYAMA, *OHADA : Droit des entreprises en difficultés*, édition CERFOD 2004, n° 205.

<sup>62</sup> P-G. POUGOUE, Y. KALIEU, *ibid.*, n° 275. ; J. M. NYAMA, *ibid.*

<sup>63</sup> P-G. POUGOUE, Y. KALIEU, *ibid.*, n° 275. ; J. M. NYAMA, *ibid.*

<sup>64</sup> L'expression confuse utilisée par le tribunal régional de Dakar qui parle d' « *insuffisance d'actif de trésorerie* », témoigne fort de cet état des choses (Tribunal Régional Hors Classe de Dakar (Sénégal), jugement commercial n° 160 du 26 juillet 2005, affaire Abdoulaye DRAME contre Nationale d'Assurances IARD, inédit).

gestion de son patrimoine s'apprête à cesser ses fonctions<sup>65</sup> ; que les créanciers recouvrent leurs droits individuels de poursuite alors qu'une reprise de la procédure collective est en vue. Le regain des droits individuels des créanciers semble en effet condamner toute reprise de la procédure s'il y a de nouvelles ressources matérielles. Dans ce cas, les créanciers passent immédiatement à l'exécution puisqu'ils disposent de titres exécutoires. En somme, en cas d'insuffisance d'actif, la clôture subséquente devrait entraîner pour le débiteur un regain de liberté dans la de gestion patrimoniale. Il ne saurait en être autrement que s'il a fait l'objet d'une mesure d'interdiction ou de déchéance<sup>66</sup>. Bien évidemment, il reste tenu envers tous les créanciers impayés<sup>67</sup>. Il est à noter que ces derniers recouvrant l'exercice individuel de leurs actions s'affranchissent ainsi de la représentation du syndic, ce dernier étant appelé à cesser ses fonctions, à l'instar des autres organes.

## **§2 LA FIN ANNONCEE DES FONCTIONS DES ORGANES DE LA LIQUIDATION**

**34.** La décision de clôture pour insuffisance d'actif met fin aux fonctions du syndic. Celui-ci dépose ses comptes au greffe de la juridiction compétente dans les trois mois suivant le prononcé de cette décision<sup>68</sup>. La juridiction compétente est appelée, dans tous les cas, à se prononcer sur les contestations éventuelles<sup>69</sup>. Le syndic est néanmoins appelé à rendre compte de sa gestion. C'est l'obligation qui pèse sur tout mandataire. L'état des comptes doit être approuvé et le quitus de gestion accordé. Il en résulte que le syndic peut voir sa gestion contestée ou sa responsabilité engagée en cas de faute dans l'exercice de sa mission. Dans ce sens, le législateur réserve au débiteur la possibilité de soulever des contestations dans un bref délai. Est-ce à dire que les personnes autres que le débiteur ne peuvent pas critiquer dans ces circonstances la gestion du syndic ? Nous pensons notamment aux créanciers mais aussi aux organes judiciaires tels que le Ministère Public et le Juge commissaire. Le législateur ne les vise pas expressément. On n'en conclut pas qu'ils sont privés du bénéfice d'éventuelles réclamations. Cela dit, les revendications les plus récurrentes pourraient venir du débiteur.

---

<sup>65</sup> Art. 177 de l'A.U.P.C. Si le syndic cesse ses fonctions, c'est aussi dire que le débiteur ne peut plus être dessaisi. Le dessaisissement du débiteur s'opère au profit du syndic !

<sup>66</sup> La même solution prévaut en droit français.

<sup>67</sup> En ce sens, P-G. POUGOUE, Y. KALIEU, *ibid.*, n° 280.

<sup>68</sup> Le syndic doit, suivant l'article 177 alinéa 1 de l'A.U.P.C., déposer les comptes dans les trois mois suivant la décision de clôture ; V. F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, Bruxelles, Collection Droit uniforme, édition, Bruylant, 2002, n° 327.

<sup>69</sup> Article 177 al. 2 de l'A.U.P.C.

35. La situation des autres organes (Juge commissaire, créanciers contrôleurs) à la clôture de la procédure peut paraître quelque peu incertaine, ce d'autant plus que le législateur n'en dit mot. Une partie de la doctrine estime que ces organes restent en place<sup>70</sup>. En toile de fond, se pose le problème précédemment examiné, celui de la distinction entre l'insuffisance d'actif et l'insuffisance de fonds ; de la distinction entre la procédure suspendue et la procédure clôturée. Reprenant l'analyse précédente, si la suspension de la procédure entraîne, en toute logique, le maintien des organes en place, en revanche, la clôture quant à elle, ouvre la voie à la cessation des fonctions de tous les organes. Cette cessation ne doit toutefois pas être brutale. Chacun demeure comptable des opérations effectuées sous sa responsabilité. Le Juge commissaire, par exemple devra rendre compte au président de la juridiction compétente.

---

<sup>70</sup> P-G. POUGOUE, Y. KALIEU, *ibid.*, n° 275.

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

36. La clôture des opérations de liquidation apparaît comme une première mesure forte qui s'impose en cas d'insuffisance d'actif. C'est une mesure à la fois raisonnable et nécessaire. En effet, lorsque le but poursuivi, à savoir la satisfaction des créanciers devient hors de portée, il faut arrêter aussi rapidement qu'il est possible la procédure qui devient coûteuse et ennuyeuse. Mais la clôture pour insuffisance d'actif n'est pas automatique. Elle procède d'une suite logique. Il faut d'abord que le motif soit établi. Le tribunal est aidé en cela par le juge commissaire. Une certaine dose de célérité est ici importante, car une perte de temps ne peut conduire qu'à aggraver la situation. Mais le juge ne peut décider que s'il est suffisamment éclairé. Dans ce sens, il peut entendre les parties. Dans tous les cas, sa décision n'est pas à l'abri de toute contestation.

La clôture pour insuffisance d'actif entraîne de manière générale la cessation des fonctions des organes de la procédure, sauf obligations comptables. Si le syndic cesse ses fonctions, on comprend que ce soit la fin du dessaisissement du débiteur, bien que les textes ne le disent pas expressément. Le déploiement de ces effets suppose que la décision de clôture n'a pas été remise en cause. C'est le lieu de rappeler que la procédure clôturée peut éventuellement être relancée. Mais cette hypothèse semble plus théorique que réelle. A notre sens, elle ne peut tenir que si les créanciers y ont intérêt, ce qui est loin d'être évident. En effet, ceux-ci n'ont pas perdu leurs droits et, munis de titres exécutoires, ils préféreront agir individuellement plutôt que de revenir dans le cadre contraignant de la procédure collective. La seule hypothèse véritable de réouverture de la procédure devient la découverte des faits de nature à provoquer l'exercice des actions en responsabilité contre le dirigeant fautif. Une toute autre question est de savoir si les créanciers pourront ainsi atteindre leurs objectifs. Le maintien de leur droit de poursuite peut susciter des débats. Il faut s'interroger sur l'opportunité d'une telle solution.



## CHAPITRE II :

# L'OPPORTUNITE DU MAINTIEN DU DROIT DE POURSUITE DES CREANCIERS

37. La clôture pour insuffisance d'actif suggère une quasi-impossibilité pour les créanciers de recevoir, à temps, ce qui leur revient. Que deviennent leurs droits ? Pour cette question, le législateur avait deux possibilités de réponse. La première, généreuse pour le débiteur, aboutit à la paralysie des recours des créanciers. La deuxième permet de sauvegarder, malgré les difficultés de paiement, les recours des créanciers. Le législateur OHADA penche pour cette dernière. Il ressort clairement de l'article 174 alinéa premier de l'A.U.P.C. que « *la décision de clôture pour insuffisance d'actif fait recouvrer à chaque créancier l'exercice individuel de ses actions* ». Concrètement, le créancier impayé peut encore engager à ses risques et pour son compte toutes les actions en paiement ou voies d'exécution. Cette position suscite des interrogations quant à sa pertinence. Le législateur OHADA n'aurait-il pas mieux fait de supprimer les recours des créanciers en cas de clôture pour insuffisance d'actif ? La question est, en réalité, de savoir quelle est la solution appropriée. Il est à craindre qu'aucune des deux options ne soit ni absolument mauvaise, ni pleinement satisfaisante. Chacune d'elle serait à la fois défendable et critiquable. C'est pourquoi il faut, *a priori*, prendre en compte les deux alternatives et, étudier aussi bien l'hypothèse d'effacement de la dette du débiteur (**SECTION I**) que celle du maintien des recours des créanciers (**SECTION II**).

## SECTION I : L'HYPOTHESE D'EFFACEMENT DE LA DETTE

38. Faut-il encore payer ses dettes ? Ce titre, provocateur à souhait, a guidé les réflexions d'un récent Colloque de l'Université de Sud Toulon- Var<sup>71</sup>. Le professeur F. LINDITCH, un des participants à ce colloque, laisse apparaître que, « *si autrefois le droit imposait de payer ses dettes, tel ne serait plus le cas aujourd'hui* »<sup>72</sup>. En effet, de date récente, les législations offrant au débiteur des opportunités d'échapper à la contrainte des dettes se sont multipliées. Le constat se fait plus nettement au regard du droit des entreprises en difficulté<sup>73</sup>. L'idée de libérer le débiteur, c'est-à-dire d'éteindre les recours des créanciers, en cas de liquidation des biens clôturée pour insuffisance d'actif n'est pas une vue de l'esprit. Une étude de législation comparée révèle que bon nombre de pays l'ont consacrée il y a plus ou moins longtemps<sup>74</sup>. C'est une évolution notable. Le point de vue fort généreux est de donner au débiteur défaillant une autre chance afin qu'il mette sur pied une nouvelle entreprise. C'est un argument d'ordre économique (§2). De manière générale, la fixation du sort du débiteur est de plus en plus guidé par des considérations d'équité qu'il convient d'apprécier (§1).

### §1. LA RECHERCHE DE L'EQUITE DANS LA FIXATION DU SORT DU DEBITEUR

Au-delà du strict cadre juridique, le recours à l'équité est nécessaire pour la recherche des solutions appropriées au traitement de la défaillance du débiteur. Utile correctif de la rigueur absolue et parfois injuste de la loi, l'équité est pourtant une notion suffisamment malléable pour être incertaine. Sa mise en œuvre permettrait peut-être une option pour l'indulgence (B), parfois pour l'égalité des débiteurs en situation difficile (A).

---

<sup>71</sup> *Faut-il encore payer ses dettes*, Actes du colloque des sciences sociales du 18 mai 2005, Université du Sud Toulon - Var, Petites affiches numéro spécial 63, 29 mars 2006 pp.

<sup>72</sup> F. LINDITCH, *Faut-il encore payer ses dettes, l'exemple des collectivités locales*, Actes de Colloque précité, p.3.

<sup>73</sup> P. M. LE CORRE, *Faut-il encore payer ses dettes en droit des entreprises en difficulté*, *ibid.*, p. 9 à 14. ; Y. GUYON, *Le droit des contrats à l'épreuve des procédures collectives*, Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 417

<sup>74</sup> V. supra, n° 15.

## A. La recherche de l'équité par l'égalité

39. A l'issue de la liquidation des biens, même en cas d'insuffisance d'actif, la personne morale disparaissant ne peut plus être poursuivie en paiement de ses dettes. Seules les personnes physiques demeurent, sous certaines conditions, tenues et peuvent être poursuivies en paiement. On peut alors se demander si cette discrimination est justifiée<sup>75</sup>. Le souci d'aligner le sort des débiteurs personnes physiques sur celui des débiteurs personnes morales s'est élevé à un moment donné. On ne comprend pas que celles-ci soient libérées, alors que celles-là restent tenues. Cependant, cette appréhension ne résiste pas à une analyse minutieuse.

Pour PEROCHON et BONHOMME, à vouloir à tout prix assimiler ces situations juridiquement distinctes, on arrive à méconnaître l'idée que le commerçant personne physique peut créer une société qui est juridiquement une personne distincte mais dont il a la maîtrise absolue<sup>76</sup>. Dans ces conditions, la thèse égalitariste est pour lui un rempart pour contourner son obligation aux dettes. Dans le même sens, nous pensons, qu'il est vain de vouloir aligner le statut des personnes morales sur celui des personnes physiques. C'est oublier que les premières sont des pures créations juridiques qui, à ce titre, recèlent toujours une grande part d'artificialité. Or le propre des artifices est qu'ils sont destinés à disparaître à court terme. La personne morale naît, vit et expire au gré de ses promoteurs qui ne sont que des personnes physiques. Il s'ensuit que l'appel à l'assimilation du sort des personnes physiques et des personnes morales ne nous paraît guère captivant. En réalité, la situation du débiteur personne physique ne pourrait s'améliorer que s'il bénéficie d'une certaine indulgence.

## B. La recherche de l'équité par l'indulgence

40. La question se pose de savoir si le débiteur ayant failli dans le règlement de ses dettes ne doit pas bénéficier d'une certaine mansuétude. Elle part de l'idée qu'une application trop dure du droit des obligations conduirait à des conséquences néfastes longtemps déplorées dans le passé. C'est aussi le lieu de dire que le droit ne saurait être d'une application absolue. Comme l'avait déjà remarqué de manière fort pertinente le doyen CARBONNIER, « *le droit*

---

<sup>75</sup> V. F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, Bruxelles, Coll. Droit uniforme, édition Bruylant, 2002, n° 328 ; P. PETEL, *Procédures collectives*, Cours Dalloz série Droit privé, Paris, Dalloz, 4<sup>ème</sup> édition, 2005, n° 330.

<sup>76</sup> V. F. PEROCHON, R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, Paris, L.G.D.J., 6<sup>è</sup> édition, 2003, n° 414.

*est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite* »<sup>77</sup>. Entre la règle de droit et l'application qui en est faite, il y a presque toujours un décalage. Dans ce sens, le législateur a donné pouvoir au juge de moduler la règle de droit en fonction des circonstances qui se présentent. Aussi, il arrive fréquemment que soient accordées à un coupable des circonstances absolutoires ou atténuantes qui conduisent à absoudre sa peine ou à en modérer la fermeté. Faut-il alors comprendre que, dans le même ordre d'idées, le débiteur en difficulté puisse bénéficier d'un allègement du poids de sa dette ? La question n'est pas surprenante, ni d'ailleurs les éléments de réponse qu'elle appelle. L'institution de la prescription existe depuis belle lurette et permet l'effacement au profit du débiteur de sa dette après l'écoulement d'une période plus ou moins longue. Pour avoir été longtemps non exigée, la dette devient inexigible. Mais là, il est beaucoup plus question de sanctionner la négligence du créancier et consolider l'apparence ou l'oubli que de faire preuve d'indulgence à l'égard du débiteur car, par hypothèse, il n'éprouve aucune difficulté à régler sa dette. Plus adéquate serait l'idée des mesures de grâce révélatrices d'un véritable élan de faveur pour le débiteur. Le plus souvent, elles émanent du juge. Le créancier sollicitait la résolution du contrat pour inexécution ainsi que des dommages et intérêts mais le juge a plutôt opté pour l'octroi d'un délai de grâce. Par cette mesure, il semble que le juge ait voulu éviter à tout prix la disparition du contrat compte tenu des conséquences fâcheuses qui pourraient en résulter. Mais, il se peut également qu'il ait été pris par un élan de générosité en faveur du débiteur, considérant qu'il pourrait être exposé à des dommages intérêts importants. Le créancier lui aussi arrive de temps à autre à manifester cette indulgence. Il n'est pas rare que, muni de tous les arguments de fait ou de droit lui permettant de vaincre son débiteur, il se trouve finalement épris de compassion et relâche la pression<sup>78</sup>.

41. En substance, l'idée d'indulgence à l'égard du débiteur en difficulté relève d'un humanisme qui se manifeste de diverses manières. Mais seulement, aller jusqu'à consacrer de manière automatique sa libération lorsqu'il est en difficulté, n'est-ce pas aller trop loin ? L'obligation du débiteur est toujours plus ou moins gênante. En conséquence, il est en permanence porté à s'en défaire. Néanmoins, il arrive à faire des efforts et parfois même des sacrifices pour arriver à satisfaire le créancier, simplement parce qu'il sait que la loi attache du prix à ce que chacun respecte ses engagements. Si « *les contrats légalement formés*

---

<sup>77</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 10<sup>e</sup> éd., 2001, préface p. 8.

<sup>78</sup> Il octroie parfois, de manière unilatérale et délibérée, des remises de dettes ou autres mesures de grâce. Dans une étude sociologique révélatrice de ce constat, le doyen CARBONNIER faisait justement état de l'ambivalence du créancier, « *le monarque* » qui tantôt étouffe tantôt libère, sans qu'on arrive toujours à une justification rationnelle. Il en concluait que l'obligation oscille toujours « *entre la force et la grâce* » (J. CARBONNIER, op. cit., p. 324 et s.)

*tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »<sup>79</sup>, l'indulgence à l'égard du débiteur doit demeurer une mesure très exceptionnelle dictée par les circonstances de la cause.

42. En premier lieu, ne bénéficie d'une indulgence que celui qui est dans le besoin et justifie d'un certain mérite. A l'issue de la liquidation des biens, tous les débiteurs ne vivent pas absolument une situation désespérée. Il faut encore que le poids des dettes impayées soit impressionnant. Ce qui est, objectera-t-on, généralement le cas. Pourtant, l'idée d'un passif restant d'un montant modeste est loin d'être une imagination. A supposer même que le poids des dettes impayées soit important, il semble un peu difficile d'admettre que le débiteur en soit forcément éprouvé au point d'en être frustré.

En second lieu, une éventuelle remise de dette ne peut être imaginée que si le bénéficiaire est de bonne foi. S'agissant du débiteur éprouvé, il doit, avant tout, faire preuve de sa volonté de payer ses dettes. Il est inadmissible qu'après avoir détourné au préjudice de ses partenaires une bonne partie de l'actif compris dans l'assiette de la liquidation des biens, il prétende à être libéré gracieusement. La mauvaise foi est toujours condamnable. Prenant appui sur cet argument, le législateur français opte pour une libération sélective au profit des débiteurs de bonne foi. Il décide que, suite à la clôture pour insuffisance d'actif, le principe de l'absence de reprise des poursuites des créanciers sera excepté au cas où le débiteur est coupable de fraude ou a fait l'objet, pour une seconde fois, d'une procédure de liquidation des biens clôturée pour insuffisance d'actif<sup>80</sup>. Que penser de cette position quelque peu médiane ?

43. Les limites à l'option française sont de deux ordres. D'abord, elle fait de l'extinction des recours des créanciers le principe, ce qui est étonnant du point de vue de la théorie fondamentale des obligations. Le principe reste l'obligation aux dettes. La libération en l'absence de tout paiement est exceptionnelle et relève d'une appréciation combinée de la situation réelle et personnelle du débiteur. En ce sens, l'inverse de la position aurait été plus rassurant. Ensuite, compte tenu du fait que le délinquant d'affaires n'agit pas forcément à visage découvert et donc des difficultés de preuve de la fraude ou de sa mauvaise foi, il n'est pas sûr que cette exception ait un effet important.

Au total, si l'idée d'indulgence à l'égard du débiteur était mauvaise, elle n'aurait pas reçu des applications aussi remarquables. Seulement, elle doit être manœuvrée avec beaucoup de prudence. Si la loi vient au secours du débiteur de manière péremptoire et indépendamment de l'appréciation concrète qui pourrait être faite de sa situation particulière,

---

<sup>79</sup> V. l'art. 1134 al. 1 du Code civil.

<sup>80</sup> V. l'article 643-11 du Code de commerce français issu de la nouvelle loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

celui-ci y trouve la meilleure occasion de se dérober de ses engagements. A vouloir à tout prix favoriser le débiteur en difficulté, on risque d'encourager la fraude, en particulier les faillites simulées. La liquidation clôturée pour insuffisance d'actif risque de devenir une passerelle, une échappatoire à la contrainte des obligations. En ce sens, les nouvelles règles des procédures en vigueur en Europe centrale et inspirées de l'expérience américaine sont bien critiquables même si par ailleurs, elles prétendent contribuer à une meilleure efficacité de l'économie.

## **§2. LES POTENTIELS ENJEUX ECONOMIQUES DE L'EFFACEMENT DE LA DETTE**

Il a été jugé que la solution de libération du débiteur après la clôture pour insuffisance d'actif est une solution favorable à la création d'entreprises. La dette effacée et le passé d'insuccès oublié, le débiteur a les mains libres et peut mettre sur pied une nouvelle entreprise. Cet argument a fait l'objet de critiques assez élaborées. Pour PEROCHON et BONHOMME, il aurait quelque poids si la menace de poursuite des créanciers était le principal frein à la création d'entreprises. Prenant l'exemple de la France, elles déplorent avant tout le poids de la fiscalité et la rigidité de la protection sociale<sup>81</sup>. Une critique plus virulente vient du professeur Y. GUYON. De son point de vue, l'espoir entretenu par le législateur que le sacrifice des créanciers permettra de relancer la création des entreprises ou de favoriser l'essor des emplois est absolument irréaliste. Cette politique législative répercute injustement sur les créanciers les conséquences fâcheuses d'une débâcle financière généralisée dont les causes ne leur sont pas imputables<sup>82</sup>.

44. Cette argumentation nous semble pertinente à plus d'un titre. Un individu endetté vit sans doute sous la menace de ses créanciers. Il peut ainsi être parfois découragé de son esprit d'initiative. Mais, Comme disent les auteurs susvisés, les facteurs qui incitent à la création d'entreprises doivent être recherchés ailleurs. La fiscalité est parfois étouffante pour bon nombre d'entreprises<sup>83</sup> dont elle est la véritable bête noire. Cet argument est parfaitement transposable dans le contexte africain et camerounais. Les pouvoirs exorbitants de l'administration fiscale rendent imprécises les bases d'imposition et amenuisent les droits du

---

<sup>81</sup> F. PEROCHON, R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, Paris, L.G.D.J. 6<sup>e</sup> édition, 2003, n° 414.

<sup>82</sup> V. Y. GUYON, *Droit des affaires t2. : Entreprises en difficulté- Redressement judiciaire- Faillite*, Economica, 6<sup>e</sup> éd., 1997, n°1368.

<sup>83</sup> En particulier, les petites entreprises.

contribuable. Les abus venant des taxations excessives et parfois arbitraires ou sélectives sont légion. Seules les grandes entreprises parviennent généralement à supporter le poids des taxes. Même à l'échelle de ces grandes entreprises, la prudence doit encore être de mise car certaines d'entre elles arrivent, à plus ou moins long terme, à résigner. Au Cameroun par exemple, les récentes restructurations opérées au sein du groupe SOCIETE FOKOU ayant abouti non seulement à d'importantes compressions d'effectifs mais aussi à des délocalisations voire à la suppression pure et simple de certaines filiales seraient dues à un environnement fiscal défavorable. C'est donc dire que l'idée de favoriser l'implantation des entreprises est à nos yeux insuffisante pour justifier l'effacement péremptoire des droits des créanciers. Dans ce sens s'inscrit la position du législateur OHADA. Elle ne peut être justifiée autrement que par le refus de sacrifier les droits des créanciers.

## **SECTION II : L'HYPOTHESE DU MAINTIEN DES RECOURS DES CREANCIERS**

C'est certainement dans le souci de défendre au mieux les droits des créanciers que le droit OHADA consacre le maintien de leurs recours même en cas d'insuffisance d'actif. Peut-être a-t-il jugé que le sacrifice de ces droits serait d'un poids considérable (§1). Cette solution pose toutefois une question fondamentale : les créanciers parviendront-ils à obtenir satisfaction ? Il faut évaluer leurs chances de paiement (§2).

### **§1. LE POIDS DU SACRIFICE EVENTUEL DES DROITS DES CREANCIERS**

45. La quasi-totalité des procédures de liquidation des biens en Europe et même en Afrique débouchent sur une insuffisance d'actif, le pourcentage de règlement des créanciers étant infiniment très bas. Pour un taux global de satisfaction estimé à 28%, les créanciers privilégiés reçoivent environ 60% (dont 40% pour les banques) tandis que les créanciers chirographaires se contentent de 5%<sup>84</sup>. C'est dire à quel point la situation des créanciers frise le désastre. Malgré la légèreté de ce taux de règlement, la constatation de l'insuffisance d'actif ne conduit pas à l'effacement de la dette. Cette solution est, sans être idéale, défendable. Il est à craindre que sous prétexte de lutter contre une injustice, on arrive à créer une autre.

---

<sup>84</sup> Statistiques établies en Octobre 1993 et présentées par M. HOUILLON, rapport de l'Assemblée nationale française n° 727, p. 40. V. la loi française n° 94-910 du 10 juin 1994 relative aux procédures de redressement commercial : cette loi s'était donnée pour objectif de réagir à ces statistiques alarmant en améliorant le sort des créanciers ; V. aussi M-J CAMPANA, *L'amélioration du sort des créanciers : Les droits individuels*, Petites Affiches, 8 décembre 1993, n°147 pp. 10-13.

Répercuter sur les créanciers les conséquences de la défaillance de l'entreprise c'est déplacer le centre du problème, non le résoudre<sup>85</sup>.

46. La place des créanciers dans l'entreprise est plus importante qu'on ne le pense. Quand l'entreprise en difficulté est encore viable, c'est-à-dire qu'elle offre de sérieuses perspectives de redressement, les sacrifices imposés aux créanciers<sup>86</sup> se justifient aisément. Qu'elle retrouve le chemin de la prospérité est aussi pour eux un signe d'espoir. Mais lorsque l'entreprise est vouée à l'échec, dans l'hypothèse d'une liquidation des biens, seul compte désormais le seul intérêt des créanciers qui doit être défendu au mieux. Toute autre solution confère des avantages excessifs au débiteur. Ce dernier reste dans une situation normale puisqu'il est appelé à répondre de ses propres obligations.

En conséquence, ni l'élan de générosité envers le débiteur ni l'espoir de la création d'entreprises ne semblent suffire pour légitimer l'effacement systématique des droits des créanciers. C'est très rarement qu'une entreprise rayonne uniquement grâce à ses fonds propres. Presque toutes recourent au crédit. A un moment donné, ce recours s'apparente à une véritable urgence. Or, on le sait, le crédit est synonyme de confiance. Confiance à l'égard du bénéficiaire ainsi qu'à l'égard du système juridique dont la vocation est d'assurer la sécurité des transactions. La morale des affaires est toujours celle de l'honorabilité. Elle est difficilement compatible avec l'affirmation générale et péremptoire d'une sorte de droit de ne pas payer ses dettes, d'autant plus qu'« *elle n'est pas de nature à inciter le commerçant en situation difficile à respecter leurs engagements* »<sup>87</sup>. A une probabilité très élevée, il est insolvable, du moins dans l'immédiat. Mais c'est là une autre question, celle de l'évaluation des chances de satisfaction des créanciers.

---

<sup>85</sup> Pratiquement, tous les pays sont confrontés à l'épineux problème de la recrudescence des défaillances d'entreprises. La solution réside dans l'affinement des stratégies préventives, avec en toile de fond la réflexion sur les facteurs susceptibles d'inciter les opérateurs à un recours ponctuel aux dites solutions préventives et à une déclaration à temps des difficultés avérées. Plus vite sera faite la déclaration de difficulté, moins étroites seront les perspectives de sauvetage de l'entreprise.

<sup>86</sup> L'adoption et l'exécution du concordat nécessitent toujours des sacrifices plus ou moins importants de la part des créanciers.

<sup>87</sup> G. RIPERT, le droit de ne pas payer ses dettes, D.H. 1936, Chron. 57, cité par F. PEROCHON, R BONHOMME, *ibid.* ; G. RIPERT, R. ROBLLOT, par P. DELEBECQUE et GERMAIN, *Traité de droit commercial*, L.G.D.J., t2, 15<sup>e</sup> éd. 1995, n° 3275, cité par SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, Bruxelles, Coll. Droit uniforme, édition Bruylant, 2002, n° 328, pour qui l'affirmation légale du droit pour les débiteurs de ne pas payer leurs dettes est regrettable du point de vue de la morale commerciale puisqu'elle n'est pas de nature à les inciter à respecter leurs engagements.



## **§2. L'ÉVALUATION DES CHANCES DE PAIEMENT DES CRÉANCIERS**

47. On pourrait penser que maintenir ou supprimer les recours des créanciers en cas de clôture pour insuffisance d'actif ne modifie guère en pratique le sort des créanciers, puisque le débiteur personne physique ayant été liquidé se trouve dans une situation d'insolvabilité presque irrémédiable. A l'égard de ce dernier, l'efficacité des recours paraît, d'un point de vue pratique, largement discutable **(B)**. Plus grave, s'agissant de la personne morale, sa dissolution rend caduque toute perspective de recours. Une chose est hors de doute : le maintien du droit de poursuite des créanciers ne produit pas d'effet à l'égard des personnes morales **(A)**.

### **A. L'ineffectivité du maintien des recours à l'égard des personnes morales**

48. La personnalité morale d'un groupement ne survit pas à la clôture de la liquidation. Elle disparaît<sup>88</sup>. Par conséquent, tous les recours sont perdus, sauf s'ils visent les personnes physiques. La disparition de la société ne libère toutefois pas les associés tenus indéfiniment et solidairement du passif social<sup>89</sup>. Il n'existe en effet pas de réelle séparation entre le patrimoine des associés solidaires et celui de la société de personnes. Dans ces conditions, toute dette contractée par la société est considérée comme une dette propre des associés. La situation est la même dans tous les cas où le patrimoine de l'entrepreneur n'est pas distinct de celui de l'entreprise. Ainsi les commerçants dont le fonds de commerce a été liquidé restent tenus des dettes nées de l'exploitation de ce fonds, puisqu'il n'y a pas de passif propre au fonds de commerce.

49. En revanche, pour les sociétés de capitaux, tout recours est définitivement perdu si on arrive à la clôture pour insuffisance d'actif. La société disparaît et les associés sont en principe libérés puisque leur responsabilité est limitée au montant de leurs apports. En cas d'échec d'actions en responsabilité pour faute, les créanciers n'ont plus aucun espoir.

50. Globalement, la personne morale ne peut plus être poursuivie une fois la clôture de la liquidation avérée car, elle n'existe plus. Le maintien des recours des créanciers est donc sans effet en ce qui concerne les personnes morales. En pratique le sort de ceux-là ne sera pas modifié. On peut alors suggérer que le recouvrement par les créanciers de leurs droits de poursuites individuelles soit explicitement limité au cas des personnes physiques. Le

---

<sup>88</sup> V. supra, n° 39.

<sup>89</sup> Globalement, il s'agit de tous les associés de la société en nom collectif et des seuls associés commandités de la société en commandite simple.

législateur aurait pu introduire cette précision. Pour l'instant, Elle est simplement sous-entendue comme conséquence inéluctable de la disparition de la société. Les créanciers peuvent évidemment intenter des actions en responsabilité visant toute personne physique qui a, par sa faute, causé ou aggravé l'insuffisance d'actif. Il faut pour cela que cette dernière soit solvable. Ce qui laisse penser que, même à l'égard des personnes physiques, le succès d'un recours en paiement n'est pas évident.

## **B. L'effectivité controversée du maintien des recours à l'égard des personnes physiques**

51. Les personnes morales disparaissent, les personnes physiques subsistent. Toute la question est de savoir si les poursuites éventuellement intentées contre celles-ci seront fructueuses. La question est importante car, on pourrait penser que « *contre un insolvable, il ne sert à rien d'agir* »<sup>90</sup>. Le créancier ne peut sacrifier du temps et de l'argent en vue d'un recours en paiement que s'il a au moins une chance de succès. A l'issue de la liquidation des biens, l'insolvabilité du débiteur concerné, du moins dans l'immédiat, n'est plus à démontrer. Elle peut toutefois être passagère. Il n'est pas exclu qu'il revienne à meilleure fortune. En ce sens, un commerçant aujourd'hui exsangue peut redevenir prospère au bout d'un certain temps. C'est une situation certes moins probable et aléatoire. Elle n'en demeure pas toutefois moins envisageable. Les auteurs ironisent sur un gain spectaculaire qui viendrait d'une combinaison gagnante à la loterie ou d'un héritage soudain<sup>91</sup>. Mais généralement, le débiteur ne redeviendra solvable qu'au prix d'un redémarrage plus ou moins long de ses activités. Pour rassurer ses créanciers et faire preuve de sa bonne foi, il peut s'engager, par une clause de retour à meilleure fortune<sup>92</sup>, à les satisfaire aussitôt qu'il redevient fortuné. Mais, un tel engagement a-t-il une portée juridique considérable ?

52. La clause de retour à meilleure fortune n'est pas imposée par les textes, mais elle peut être d'une utilisation pratique assez fréquente. Le débiteur réaffirme sa conscience quant au devoir qui est le sien de respecter ses engagements. C'est un engagement moral par essence. Il se justifie, aisément, au cas où le débiteur n'est plus juridiquement tenu, c'est-à-dire dans l'hypothèse où la dette est éteinte. C'est alors un moyen de ressusciter une obligation juridiquement morte. Alors, deux cas de figure peuvent se présenter. Si les recours

---

<sup>90</sup> F. PEROCHON, R. BONHOMME, *ibid*, n° 413.

<sup>91</sup> F. PEROCHON, R. BONHOMME, *ibid*.

<sup>92</sup> La clause de retour à meilleure fortune peut être définie comme une clause par laquelle, un débiteur, à qui a été consentie une remise de dette, s'engage à rembourser tout ou partie de cette dette, mais uniquement si certaines conditions, liées généralement à une amélioration de sa situation financière se trouvent réalisées (T. JACOMET, A. BEJINARIU, *La clause de retour à meilleure fortune*, Bull. Joly, mai 1996, Chron. I, pp. 365 à 373).

des créanciers sont perdus après la clôture pour insuffisance d'actif, le débiteur peut, par sentiment de moralité, s'engager auprès de ses créanciers par une clause de retour à meilleure fortune. Telle est la situation en droit français. La clause aura une véritable force juridique dans la mesure où l'amélioration de la condition économique du débiteur est analysée comme une condition résolutoire de l'effacement de la dette<sup>93</sup>. Si la dette existe encore, la clause de retour à meilleure fortune ne produit aucune conséquence juridique significative. Le créancier titulaire d'une créance exécutoire n'y porte presque pas d'intérêt. En cas de retour à meilleure fortune, il passe immédiatement à l'exécution. C'est la situation qui se présente en droit OHADA. L'idée d'une clause de retour à meilleure fortune ne semble pas prospérer, les droits des créanciers demeurant intacts en cas de clôture de la procédure. Elle peut tout au plus conserver sa valeur morale originelle.

**53.** Enfin, il est à noter que l'insolvabilité du débiteur peut toujours être couverte par une tierce personne. En particulier, la tradition africaine révèle une forte solidarité familiale qui se manifeste le plus souvent au profit du débiteur en difficulté. Sans être juridiquement tenus, tous les autres membres de la famille tiennent cette assistance pour un véritable devoir moral. Epris de compassion, les parents ou amis du débiteur sont quelquefois tentés de voler au secours de ce dernier en supportant tout ou partie de ses dettes. Il en serait de même pour son conjoint, dans la mesure où celui-ci est dans une situation plus confortable.

---

<sup>93</sup> V. T. JACOMET, A. BEJINARIU, *op. cit.*

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**54.** Nous avons essayé de répondre à la question de savoir s'il fallait ou non maintenir les recours des créanciers après la clôture pour insuffisance d'actif. Cette question attire des controverses assez vives. La suppression des droits des créanciers est une idée généreuse envers le débiteur qui est alimentée par une triple argumentation. D'abord, le souci d'égalité entre les personnes morales et les personnes physiques. Ensuite, l'envie de donner au failli une nouvelle chance d'insertion dans le monde des affaires et ainsi de booster la création d'entreprises. Enfin, la conception que les recours des créanciers sont désormais voués à l'échec au regard de l'insolvabilité du débiteur.

**55.** Sans être dénuée de pertinence, cette triple argumentation ne suffit pas à fonder une conviction irréprochable. L'égalité entre les personnes morales et les personnes physiques est une vue de l'esprit, tandis que la menace des créanciers ne semble, à notre avis, ni condamner absolument le débiteur, ni être un véritable frein à la création d'entreprises. Quant à l'idée de l'inutilité en pratique des recours des créanciers, elle est une question secondaire. Le recouvrement des poursuites des créanciers joue avant tout un rôle normatif et moralisateur. Encore que l'insolvabilité du débiteur peut toujours être vaincue en cas de retour à meilleure fortune. Du point de vue des créanciers, il est préférable d'avoir une voie de recours même hypothétique que d'en être complètement dépouillé. Ils ne renoncent pas à leur titre exécutoire qui est un précieux sésame, une arme efficace de lutte contre la fraude et la facilité dont le débiteur se départirait de ses engagements. On trouve là un minimum éthique qu'on peut demander au législateur, soutient G. RIPERT, c'est qu'il n'admette pas la commission des actes contraires à la morale dût l'économie en souffrir<sup>94</sup>. Pour toutes ces raisons, nous pensons qu'il faut maintenir le droit de poursuite des créanciers après la clôture pour insuffisance d'actif.

**56.** Les créanciers recouvrant ainsi leurs droits individuels de poursuite peuvent les mettre en œuvre. Pour cela, des conditions préalables doivent encore être respectées. Leurs créances doivent être vérifiées et admises, mais aussi bénéficier d'un titre exécutoire<sup>95</sup>. La

---

<sup>94</sup> G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, p. 184.

<sup>95</sup> Par définition, le titre exécutoire est un ordre, un bon à exécuter par lequel l'Etat invite tous ses agents à mettre en œuvre les moyens nécessaires pour la réalisation des droits qu'il constate. Sont considérés comme des titres exécutoires, d'après l'article 33 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, les décisions de justice définitives ou revêtues de la formule exécutoire, les actes notariés revêtus de la formule exécutoire et les sentences arbitrales et décisions étrangères revêtues de l'*exequatur*.

vérification des créances ne pose pas de problème ici. Elle sera faite par les soins du syndic qui dispose des données utiles. L'état des créances produit en cas de clôture pour insuffisance d'actif est visé par le président du tribunal qui y appose la formule exécutoire<sup>96</sup>. Compétence est ainsi donnée au seul juge des procédures collectives pour cette double opération d'admission des créances et de délivrance de titres exécutoires<sup>97</sup>. Cette procédure très simplifiée nous paraît justifiée au regard de l'intérêt des créanciers. Ceux-ci sont à l'abri d'éventuelles lenteurs nées de la multiplication des procédures et des formalités. On pourrait objecter en soutenant qu'une procédure sommaire est de nature à étouffer les contestations éventuelles et peut être source d'erreurs. Cet argument tient dans la mesure où l'intervention du juge est, en principe, simplement homologuante. Mais, rien n'interdit au juge d'entendre les parties, notamment le débiteur, les créanciers ou même les tiers, au cas où un différend est né et persiste. Aussi, l'homologation intervient après que toutes les vérifications nécessaires ont été opérées. Dans tous les cas, la centralisation des opérations au profit du juge des procédures collectives est source de cohérence et d'efficacité.<sup>98</sup> La recherche de l'efficacité conduit également à l'exclusion des voies de recours contre la décision conférant la formule exécutoire<sup>99</sup>. Cette disposition tranche nettement avec le droit commun où les voies de recours sont en principe ouvertes. L'exclusion catégorique des recours n'est tout de même pas moins regrettable car il peut arriver que la décision soit entachée d'erreur ou de fraude. Dans ce cas, elle ne mérite pas d'être à l'abri de contestation.

---

<sup>96</sup> Article 171 de l'A.U.P.C.

<sup>97</sup> Au titre du droit comparé, les procédures d'admission au passif et d'obtention d'un titre exécutoire restent bien séparées en France. Le créancier dont la créance a été admise peut obtenir, par ordonnance sur requête du président du tribunal, un titre exécutoire. La caution ou le co-obligé peuvent, dans les mêmes conditions, solliciter ledit titre, sur justification du paiement effectué (article 122 de la loi française de 2005 de sauvegarde des entreprises) ; V. aussi, pour une application de cet article, Cass. com., 16 juin 2004, pourvoi n° 03-10.544, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

<sup>98</sup> En tout état de cause, la simplification de la procédure d'obtention du titre exécutoire ne profite qu'aux créanciers « dans la masse ». Les créanciers hors de la masse restent soumis au droit commun des voies d'exécution ( P-G POUGOUE, Y. KALIEU, L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, Yaoundé, Presses Universitaires d'Afrique, 1999, n° 280).

<sup>99</sup> Article 171 alinéa 2 de l'A.U.P.C.

## CONCLUSION DU TITRE I

57. Deux mesures importantes s'imposent lorsque la liquidation des biens débouche sur une insuffisance d'actif : la clôture des opérations ainsi que le recouvrement par les créanciers de l'exercice individuel de leurs droits. Ces mesures paraissent incontournables même si elles peuvent parfois être retardées dans le temps. Poursuivre à ce stade la procédure est à la fois illogique et ruineux. La procédure obéissant à la finalité de paiement, il est impérieux d'y mettre fin aussitôt que cette finalité ne peut plus être atteinte. Si ce n'est pas le cas, les créanciers seront exposés à terme à une insolvabilité encore plus grave du débiteur. Une fois prononcée la clôture pour insuffisance d'actif, les créanciers recouvrent immédiatement leurs droits individuels de poursuite. Dans l'ensemble, il s'agit de mesures simplement conservatoires. En ce sens, elles donnent aux créanciers l'assurance que leurs intérêts seront maintenus en l'état. La nécessité de la clôture pour insuffisance d'actif, en elle-même, ne pose pas de problème. En revanche la résurgence des droits individuels des créanciers peut être discutée. Quoiqu'il en soit, seul l'intérêt des créanciers doit guider de bout en bout le processus de liquidation des biens. Il est, de nos jours, assez caricatural de dramatiser la condition du failli tenu des dettes impayées. A son actif, toutes les répressions cruelles ont été supprimées. Il ne reste rien de l'élimination physique du débiteur, de sa vente aux enchères, de son élimination systématique des professions commerciales, ou plus près de nous de la contrainte par corps<sup>100</sup>. Le failli meurtri des temps passés, serait même un « *failli vertueux sans doute de nos jours* »<sup>101</sup>. Au regard de la tendance libérale incarnée par les Etats-Unis d'Amérique et la plupart des Etats d'Europe centrale on se demande si le créancier ne serait pas la nouvelle « victime » des procédures collectives<sup>102</sup>. C'est dire que des sanctions peuvent être envisagées lorsque la liquidation des biens se heurte à une insuffisance d'actif. Nous abordons déjà les solutions variables.

---

<sup>100</sup> La contrainte par corps est l'incarcération, d'une durée variable, d'une personne majeure afin de l'obliger à s'acquitter de la peine pécuniaire qu'elle doit au Trésor public, en exécution d'une condamnation pénale au titre d'une infraction de droit commun (Dictionnaire du vocabulaire juridique, Litec, 1ère éd. 2002, sous la direction de R. CABRILLAC). Admise autrefois en matière civile et commerciale, cette mesure de force ne subsiste aujourd'hui que pour l'exécution des condamnations pécuniaires en matière pénale (art. 557 du nouveau Code de procédure pénale camerounais).

<sup>101</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 10è éd., 2001 p. 420.

<sup>102</sup> RENAUT (M-H), *La déconfiture du commerçant, du débiteur sanctionné au créancier victime*, RTD com. 53 (3), juillet- septembre 2000, pp. 533- 567.

**TITRE II :**  
**LES SOLUTIONS VARIABLES**

58. Il n'est pas sans intérêt de jeter un regard sur les possibles causes de la défaillance des entreprises ou de leur incapacité à respecter leurs engagements à un moment donné. Dans l'optique des solutions à l'insuffisance d'actif, la question paraît même incontournable. Non seulement tout phénomène a forcément une cause, mais aussi les solutions à préconiser sont d'autant plus adaptées et efficaces que le diagnostic a été bien établi. Les facteurs de l'insuffisance d'actif sont d'une diversité remarquable. Un environnement économique hostile de par une concurrence rude sur le marché ou une pression fiscale forte n'est pas de nature à favoriser la bonne marche des affaires. Aussi les petites entreprises sont souvent les plus vulnérables. Elles sont obligées de recourir à des emprunts, fréquemment à des taux d'intérêt élevés et d'exposer des charges dont le cycle de leurs activités ne garantit pas toute la couverture. Leur passif devient rapidement énorme et les expose inévitablement à la faillite. Dans ces conditions, on interroge aussi le système juridique dont la vocation est de détecter et résoudre les difficultés des entreprises. Les procédures collectives s'ouvrent malheureusement presque toujours de manière tardive. Ce retard est un facteur de poids de la récurrence des procédures débouchant sur l'insuffisance d'actif. L'insuffisance d'actif peut aussi être due à un manquement de l'homme qui compromet la situation de l'entreprise. Il est normal, dans ces circonstances qu'une réparation soit envisagée. Les biens affectés aux finalités de sauvetage de l'entreprise ou de paiement des créanciers ont-ils été détournés ou dilapidés, l'on doit pouvoir établir les responsabilités éventuelles afin d'appliquer des sanctions adéquates. Cette idée de responsabilité mise en exergue ici est, bien entendu, très ancienne. Le point de départ est le principe général de la responsabilité consacré par les articles 1382 et 1383 du Code civil<sup>103</sup>. Texte fondateur en la matière, ce principe est indiscutablement l'un des piliers du système juridique d'ensemble. Depuis sa consécration et malgré ses applications diverses, il est resté très actuel dans sa valeur normative. Les solutions à l'insuffisance d'actif en cas de faute prouvée des dirigeants ou d'autres intervenants dans la vie de l'entreprise que nous envisageons ici sont des solutions variables. Elles supposent un manquement susceptible d'engager la responsabilité de son auteur. Toute la question est de savoir quelles sont les finalités des sanctions applicables dans le cadre du traitement de l'insuffisance d'actif. Certaines finalités sont d'intérêt privé. Elles contribuent à une meilleure défense des droits des créanciers (**CHAPITRE I**). D'autres finalités sont d'intérêt général (**CHAPITRE II**).

---

<sup>103</sup> L'article 1382 du Code civil dispose « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* », tandis que l'article 1383 dispose : « *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* ».



# CHAPITRE I :

## LES SOLUTIONS VISANT LA DEFENSE L'INTERET DES CREANCIERS

59. Deux mécanismes principaux ont été institués par le législateur pour la défense des intérêts pécuniaires des créanciers lésés : le comblement du passif et l'extension des procédures collectives. Ce sont des sanctions applicables exclusivement aux dirigeants des personnes morales, en tout état des procédures collectives, qu'il s'agisse du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens<sup>104</sup>. D'autres mécanismes de réparation relèvent, pour l'essentiel, du droit commun de la responsabilité civile. Nous pensons à la responsabilité du banquier pour soutien abusif, c'est-à-dire lorsque ce dernier octroie des crédits inconsidérés de nature à contribuer à la faillite de l'entreprise<sup>105</sup>.

Il se pose la question de la nature de ces différentes mesures. L'action en comblement du passif est très proche de l'action en responsabilité civile de droit commun. Pour certains auteurs, il s'agit d'une action en responsabilité civile aggravée<sup>106</sup>. Elle emprunte aux conditions de toute responsabilité de droit commun. Elle tire tout de même sa spécificité des pouvoirs considérables accordés au juge et qui font d'elle une mesure facultative. Pour cette raison, la doctrine s'accorde généralement à considérer qu'elle ne saurait se confondre à l'action en responsabilité de droit commun.

---

<sup>104</sup> V. les arts. 183 et 189 de l'A.U.P.C. Le comblement du passif peut être défini comme une sanction librement appréciée par le tribunal, applicable aux dirigeants des personnes morales lorsque ces derniers ont commis des fautes de gestion ayant entraîné une insuffisance d'actif. Il se réalise au moyen d'une action en comblement du passif. Quant à l'extension des procédures collectives, c'est une mesure permettant de soumettre à la procédure collective des personnes physiques ou morales déjà impliquées dans une première procédure ouverte. Elle présente un double aspect. Parfois, elle est quasi-automatique. C'est l'hypothèse de l'extension d'une procédure aux associés tenus solidairement et indéfiniment du passif social. C'est aussi le cas de l'extension de la procédure pour cause de confusion ou de fictivité de patrimoine. Parfois elle est facultative et vise les dirigeants des personnes morales qui ont commis des fautes plus ou moins graves. Dans cette dernière hypothèse qui seule nous intéresse, il s'agit d'une sanction lourde, dans la mesure où le patrimoine entier du fautif se trouve appréhendé en vue de la liquidation ou du redressement.

<sup>105</sup> V. F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, Bruxelles, éd. Bruylant, Coll. Droit uniforme, 2002, n° 60 et 61. Un crédit inconsidéré accordé à une entreprise dont la situation est irrémédiablement compromise contribue à l'aggravation de son passif et à l'insatisfaction des créanciers. Ceux-ci peuvent alors demander réparation du préjudice ainsi subi. La responsabilité du banquier pour soutien abusif obéit aux conditions de responsabilité de droit commun.

<sup>106</sup> Cf. F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, *ibid.* n° 336. Autrefois le caractère aggravé de cette responsabilité était tiré du recours à la présomption de faute. De nos jours, cette présomption a été abandonnée aussi bien en droit français qu'en droit OHADA. Malgré tout, il demeure possible que le juge, prenant appui sur sa liberté d'action, n'écarte pas totalement le jeu des présomptions.

Elle ne saurait non plus se cumuler avec cette dernière, ni même avec l'action sociale ordinaire<sup>107</sup>. Quant à l'extension des procédures collectives, elle présente, compte tenu de sa gravité, tous les caractères d'une véritable peine, mais c'est une peine pécuniaire.

**60.** Toutes ces mesures oscillent entre l'idée de peine et de réparation, ce qui en fait leur originalité. Sanctions patrimoniales, elles obligent le fautif à entamer son patrimoine pour un montant limité (comblement du passif) ou illimité (cas de l'extension de la procédure). La question est alors de savoir si ces sanctions sont cumulables. Autrement dit, est-il possible de les réunir à l'égard d'une seule personne ? Curieusement, un arrêt du Tribunal de Dakar nous fournit une réponse affirmative à cette question<sup>108</sup>. Cette vue est critiquable. En effet, La soumission à la procédure collective rend inutile la condamnation au comblement du passif, dans la mesure où celle-ci s'apparente à un diminutif de celle-là.

Le comblement du passif et l'extension de la procédure collective diffèrent de par leur fondement et leur régime. Nous verrons que ni leurs conditions, ni leurs effets ne sont tout à fait identiques. En revanche ce sont des mesures qui se rapprochent du point de vue de leur qualification comme sanctions patrimoniales, mais aussi du point de vue de leur finalité réparatrice. D'un cas à l'autre, le succès de l'action intentée n'est pas automatique. En cours de la procédure collective, la réparation en germe (**SECTION I**) ne sera pas forcément fructueuse (**SECTION II**).

---

<sup>107</sup> C'est l'affirmation de l'autonomie de l'action en comblement du passif. Elle est défendue par la doctrine et par la jurisprudence. Cette autonomie est justifiée : elle dérive d'abord de la spécialité du droit des procédures collectives qui prime sur le droit des sociétés et sur le droit commun de la responsabilité. Elle dérive ensuite des considérations d'équité. Le cumul de deux types d'action en responsabilité conduirait à sanctionner, pour une même faute, doublement le dirigeant social. Cela dit, lorsque les conditions de l'action en comblement du passif ne sont pas réunies, il est normal que le droit des sociétés ou le droit commun, selon le cas, retrouve son empire : V. J. J. DAIGRE, *Une évolution jurisprudentielle bienvenue : le non cumul de l'action en comblement du passif et des actions en responsabilité de droit commun*, Bull. Joly novembre 1995, pp. 953 à 956. ; v. également Cass. com., arrêt du 27 juin 2006, [www.courdecassation.fr/accueil/jurisprudence](http://www.courdecassation.fr/accueil/jurisprudence). Toutefois, l'autonomie de l'action en comblement du passif a été critiquée. Pour le Professeur A. AKAM AKAM, l'institution d'un régime duale de responsabilité civile des dirigeants sociaux ne se justifie pas. A partir du moment où ces deux régimes de responsabilité obéissent à « (...) un fondement identique, à savoir une faute de gestion des dirigeants (...) », il est difficile, selon l'auteur de comprendre qu'ils divergent autant, « (...) en raison simplement du moment où se pose la question de la responsabilité (...) », à savoir si l'entreprise est en difficulté ou non (A. AKAM AKAM, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux en Droit OHADA*, Revue Internationale de Droit Economique, t. XXI. 2. 2007, pp. 211 à 243).

<sup>108</sup> Tribunal Régional hors Classe de Dakar, jugement commercial n° 152 du 08 juillet 2005, affaire Ibrahima DIAWARA contre monsieur Cheikh Tidiane NDIAYE. Le sieur NDIAYE est doublement condamné à combler le passif et à être soumis à la liquidation des biens. La condamnation au comblement du passif est ici de trop ! Elle devrait être absorbée par la mesure d'extension de la procédure collective dont il ressort une entière appréhension du patrimoine du fautif. Ce cumul inopportun traduit aussi le manque de lisibilité de la frontière entre les différentes sanctions pouvant être adoptées.

## SECTION I : LA REPARATION EN GERME

L'action en responsabilité visant le dirigeant fautif obéit à une procédure bien déterminée. Elle procède avant tout d'une demande en réparation dont les composantes doivent être recherchées (§1). Il revient au juge compétent d'en examiner le bien-fondé. Pour ce faire, il dispose de pouvoirs considérables qui suscitent des interrogations (§2).

### §1 LA DEMANDE EN REPARATION

La demande en réparation laisse entrevoir l'identification du demandeur et du défendeur. Du point de vue des parties en présence, on note une convergence entre l'action en comblement du passif et l'action en extension de la procédure collective (A). Ces actions conservent toutefois leurs divergences, notamment au niveau du fondement de la demande (B).

#### A. Le point de convergence des actions en réparation : les parties en présence

Classiquement, l'action en justice implique deux parties : d'une part le demandeur (1), d'autre part le défendeur (2).

##### 1. Le demandeur

61. C'est la partie qui prend l'initiative de l'instance. Le législateur désigne à cet effet le syndic<sup>109</sup>. Le tribunal peut aussi se saisir d'office ou, bien que le texte n'en dise mot, à la demande du Ministère Public. Ces conditions de saisine sont *a priori* prévues pour la seule action en comblement du passif. Le législateur est resté silencieux à propos des conditions procédurales de l'action en extension de la procédure collective. On se demande alors si, en dehors du syndic et du tribunal, les créanciers peuvent l'intenter. La réponse affirmative est souhaitable<sup>110</sup>. Mais, de manière générale la tendance est à l'exclusion des créanciers de l'initiative de l'action en réparation. Ce qui est, pour le moins, paradoxal puisqu'ils sont en réalité les principaux bénéficiaires de telles actions bien qu'ils ne disposent pas d'un droit de saisine. Le syndic est certes appelé à défendre les intérêts des créanciers, mais il peut parfois être défaillant. Le législateur aurait dû prévoir alors la possibilité de vaincre cette défaillance pour ne pas cautionner l'impunité des dirigeants sociaux.

---

<sup>109</sup> Art. 183 de l'A.U.P.C.

<sup>110</sup> Dans ce sens, SAWADOGO, *op. cit.*, n°349. Toutefois, cette vue est démentie par la jurisprudence française qui décide que « l'action tendant à l'extension de la procédure collective (...) n'est pas ouverte aux créanciers » (Cass. com., 15 mai 2001, Bull. n° 91, N° 98-14-560).

De *lege ferenda*, nous pensons que les créanciers devraient être admis à saisir le tribunal, à titre subsidiaire, lorsque le syndic est défaillant. La solution relève tout d'abord d'une vue logique : l'action en responsabilité étant *a priori* une action en réparation, on comprendrait mal, pour reprendre les termes de J-P GASTAUD, qu'elle aboutisse dans certains cas alors que les créanciers victimes ne l'ont pas réclamée<sup>111</sup>. Ensuite, il est clair qu'une saisine ouverte est de nature à faire reculer l'impunité des dirigeants sociaux<sup>112</sup>. Une fois déterminée la qualité pour agir, il faut encore identifier le défendeur.

## 2. Le défendeur

62. Les articles 180 à 195 de l'A.U.P.C. désignent les dirigeants des personnes morales comme défendeurs aux différentes actions en comblement du passif et en extension de la procédure collective. On en conclut que sont exclus ici les entrepreneurs individuels. La justification tient à l'unicité de leur patrimoine appréhendé par la procédure collective. L'exploitant individuel répond, en effet, indifféremment de ses dettes personnelles et de ses dettes professionnelles. La question qui se pose est de savoir ce qu'il faut entendre par dirigeant de la personne morale. Au regard de la complexité structurelle de certains groupements d'affaires à l'instar des sociétés anonymes, cette question ne relève pas de l'évidence. Le législateur assure qu'à l'égard des tiers, les organes de gestion, de direction et d'administration disposent de pouvoirs les plus étendus pour engager la société sans avoir à justifier d'un mandat spécial<sup>113</sup>. Le dirigeant serait-il alors celui qui détient cumulativement ces triples pouvoirs ou celui qui n'en détient qu'un ? Il est clair que la direction générale de la société peut dans certains cas englober l'administration et la gestion. C'est l'hypothèse de la structure de la société anonyme avec président directeur général. Mais si la société dispose d'un président du conseil d'administration et d'un directeur général, il faut bien arriver à cloisonner les pouvoirs en présence. Suivant ce schéma, le dirigeant sera soit le président directeur général ou le directeur général dans les sociétés anonymes, soit le gérant dans les autres sociétés.

---

<sup>111</sup> J-P GASTAUD, *Le comblement de l'insuffisance d'actif social*, in *Bilan de la loi du 25 janvier 1985*, Actes du colloque CRAJEFE de Nice, du 22 au 23 mars 1991, Petites Affiches n° 89, 26 juillet 1991, p. 28

<sup>112</sup> De là un rapprochement très net d'avec l'action sociale en droit des sociétés. Il revient normalement aux dirigeants ayant bénéficié d'une investiture légale d'agir au nom de la société. On pourrait en dire de même pour le représentant des créanciers. Exceptionnellement un ou plusieurs associés peuvent prendre l'initiative de la défense des intérêts de la société en justice. Si une action sociale *ut singuli* existe, c'est dans l'optique de vaincre la légèreté, le négligence ou la mauvaise foi du représentant légal. En ce sens, les arguments favorables à l'action sociale *ut singuli* sont parfaitement transposables dans le cadre de l'action en responsabilité contre les dirigeants.

<sup>113</sup> Article 121 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le Groupement d'intérêt économique.

63. Dans le cadre des procédures collectives prévaut une conception suffisamment large de la notion de dirigeant qui intègre des données de fait et de droit<sup>114</sup>. Le dirigeant de droit est celui qui a bénéficié d'une investiture légale. Il est officiellement reconnu comme tel. En revanche « *le dirigeant de fait est celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion et de direction* »<sup>115</sup>, sans avoir été désigné à cet effet. C'est dire en réalité que, dans l'optique de la détermination de la qualité de dirigeant, ce qui compte c'est la réalité du pouvoir et non sa source. Pour cela, il importe peu que le dirigeant soit apparent ou occulte, de fait ou de droit, etc. C'est une vision réaliste qui est en même temps guidée par des impératifs d'efficacité. Généralement les dirigeants légaux ne décident pas seuls. Ils subissent des influences venant de l'intérieur ou de l'extérieur. Il arrive même que le pouvoir leur échappe totalement. S'il faut établir les responsabilités, il est normal de tenir compte de ces interventions. Des études intéressantes de droits OHADA et français ont été consacrées à la notion de dirigeant dans le cadre des procédures collectives. Il convient d'y faire référence<sup>116</sup>. Quoiqu'il en soit, le juge saisi d'une action en réparation visant le dirigeant doit en vérifier le fondement. Sur ce point, on note une divergence entre les actions en comblement du passif et en extension de la procédure collective.

## **B. Le point de divergence des actions en réparation : le fondement de la demande**

64. L'action en comblement du passif tire son fondement d'une faute de gestion. Il ressort de l'article 183 al 1er de l'Acte uniforme 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 (...) que les dettes de la personne morale seront supportées en tout ou en*

---

<sup>114</sup> Aux termes de l'art. 180 de l'A.U.P.C., il s'agit des « (...) *dirigeants personnes physiques ou morales, de droit ou de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non et aux personnes physiques représentants permanents des personnes morales dirigeantes* ».

<sup>115</sup> V. D. Tricot, *les critères de la gestion de fait*, Droit et patrimoine, janvier 1996, p. 24. Le législateur ne dit pas ce qu'il faut entendre par dirigeant de fait. Pour l'essentiel, cette notion est forgée par la doctrine et la jurisprudence.

<sup>116</sup> V. P-G. POUGOUE, Y. KALIEU, *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, Yaoundé, Presses Universitaires d'Afrique, 1999, n° 287 ; CREFF, *La responsabilité des dirigeants sociaux retirés*, R.T.D. com. 1978, p. 479 ; HUMBERT, *Le retrait des dirigeants de sociétés*, thèse, Paris I, 1984, cité par P-G. POUGOUE, Y. KALIEU, op. cit., n° 287 ; P. PETEL, *Procédures collectives, Cours Dalloz série droit privé*, Paris, Dalloz 4<sup>ème</sup> édition, 2005, n° 408 ; A. CHARVERIAT, S. MARTIN, *Défaillances d'entreprises : Régime juridique des procédures collectives*, éditions Francis Lefebvre, 1997, n° 1158 et s. ; P. M. LE CORRE, *Le créancier face au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, presses universitaires d'Aix Marseille, T1, 2000, n°161 et 162 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, Montchrestien, 2001, n° 1075 à 1079 ; F-M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, Bruxelles éd. Bruylant, 2002, n° 340 à 343 ; F. PEROCHON, R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, Paris, L.G.D.J., 6<sup>è</sup> éd., 2003, n° 427 à 429. ; M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit commercial : Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté* Paris, Dalloz, 6<sup>ème</sup> édition, 2003, n° 867 et 868 ; et Y. GUYON, *Droit des affaires, T2 : Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire- Faillite*, Economica 6<sup>ème</sup> édition, 1997, n° 1388 à 1393.

*partie (...) par tous les dirigeants ou certains d'entre eux* ». Le législateur n'a pas défini la faute de gestion<sup>117</sup>. C'est d'ailleurs une notion difficile à cerner. Du point de vue de la doctrine, Elle intègre toutes les initiatives irréfléchies, l'incurie ou la négligence dans le suivi des opérations, la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire, la tenue d'une comptabilité incomplète ou inexacte<sup>118</sup>, ou encore les dépenses ou rémunérations excessives, le défaut de surveillance ou la passivité<sup>119</sup> etc. Ces tentatives procèdent plus de l'indication que de la définition. Or l'énumération est forcément limitée dans la mesure où il n'existe pas une liste préétablie d'actes pouvant donner lieu à une faute de gestion. Pour les Professeurs POUGOUE et KALIEU, la faute de gestion est établie chaque fois qu'un comportement répréhensible du dirigeant viole « *les règles légales ou statutaires de gestion* »<sup>120</sup>. Par règles de gestion, on entend tous les mécanismes qui gouvernent l'affectation des ressources humaines et matérielles en vue de la réalisation des objectifs prédéterminés. Au-delà des sources légales ou statutaires, elles dérivent aussi de l'équité et des usages professionnels. le législateur a donné aux tribunaux tous pouvoirs souverains d'appréciation. Globalement, il reviendra alors au juge de dire, au regard des circonstances de la cause, si l'on est en présence d'une faute de gestion. Un regard sur la jurisprudence africaine et française révèle toutefois une tendance à un élargissement important du cercle des actes pouvant être qualifiés de fautes de gestion<sup>121</sup>. A titre d'exemple, est qualifié de faute de gestion la non libération des apports<sup>122</sup> ou encore « *le choix lors de la création de l'entreprise d'investissements inadaptés* »<sup>123</sup>. L'élargissement sans fin de la notion de faute de gestion est, à notre avis, inopportun au regard de l'insécurité juridique qu'il engendre. Il faut alors que les juges tiennent à une définition stricte de la notion.

---

<sup>117</sup> P. ETHY NYAKE, *La notion de faute de gestion en matière de comblement du passif (contribution à l'appropriation de l'article 183 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif)*, Juridis Périodique n° 71 juillet- août- septembre 2007, p. 43 à 53

<sup>118</sup> Un jugement du Tribunal régional de Dakar qualifie l'absence ou l'irrégularité de la comptabilité de faute de gestion indiscutable (Tribunal Régional hors Classe de Dakar, jugement commercial n° 152 du 08 juillet 2005, affaire Ibrahima DIAWARA et monsieur Cheikh Tidiane NDIAYE). V. aussi, dans le même sens, Cass. com., arrêt n° 728 du 04 avril 2006, affaire M. Christian X et autres contre M. François Y, [www.courdecassation.fr/accueil/jurisprudence](http://www.courdecassation.fr/accueil/jurisprudence) ; F. M. SAWADOGO, *op. cit.* n° 337 ; P. ETHY NYAKE, *op. cit.*, p. 47.

<sup>119</sup> M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit commercial : Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté*, 6<sup>ème</sup> édition, Dalloz 2003, n° 869 ;

<sup>120</sup> P-G. POUGOUE, Y. KALIEU, *op. cit.*, n°289.

<sup>121</sup> Dans le même sens, P. ETHY NYAKE, *op. cit.*, p. 45.

<sup>122</sup> Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Niamey, jugement civil n°258 du 28 juin 2006, affaire Youssou BACHIR contre Ali DJIMBA, Hima HASSOUMI, Abdoul Aziz COMBARI et Moussa MOSSI (inédit). Ce jugement qui fait de la non libération des apports une faute de gestion est bien critiquable. La gestion suppose que l'on dispose de ressources humaines ou matérielles destinées à être affectées à la réalisation des objectifs visés. Ce qui n'est pas le cas en l'absence de libération des apports. Il ne peut pas y avoir gestion ni faute de gestion en l'absence de ressources !

<sup>123</sup> Cass. com. 19 mars 1996, affaire Me Pellier ès qual. c/ Société générale commerciale et financière, Bull. Joly juillet 1996, pp. 613 et 614. Commentant cette décision, A. COURET parle d'une appréciation sévère par le juge de la notion de faute de gestion (Bull. Joly juillet 1996, p. 614). En réalité, le juge risque de faire de la faute de gestion une notion fuyante. La complexité du choix des investissements alliant des considérations importantes d'opportunité justifie notre méfiance à l'égard de cet élargissement, apparemment sans fin, de la notion de faute de gestion.

Il ne suffit pas de relever une faute de gestion. Il faut encore montrer que cette faute a contribué au dommage, l'insuffisance d'actif. Autrement, la demande en réparation serait privée de cause. C'est dire finalement que la faute de gestion doit s'accompagner de deux exigences supplémentaires à savoir un dommage et une corrélation entre ce dommage et la faute<sup>124</sup>.

**65.** L'appréciation du fondement de l'action en extension de la procédure collective est plus complexe compte tenu de la diversité des actes pouvant être incriminés. Le point d'encrage des actes décriés reste toutefois une atteinte grave à l'intérêt social. En poursuivant abusivement ses intérêts personnels, le dirigeant expose l'entreprise à la faillite et les créanciers à l'insuffisance d'actif. Ainsi, « *avoir disposé des biens ou du crédit social contrairement à l'intérêt social ; avoir poursuivi contrairement à l'intérêt social une exploitation déficitaire* », ou encore « *exercé une activité commerciale personnelle, soit par personne interposée, soit sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements* »<sup>125</sup>, tels sont les actes susceptibles d'être sanctionnés par une extension de la procédure collective<sup>126</sup>. C'est compte tenu de la gravité de ces fautes, qu'il a fallu imaginer une sanction plus lourde. Celle-ci reste toutefois à l'appréciation du juge.

## §2 LES POUVOIRS CONSIDERABLES DU JUGE

**66.** Le juge saisi d'une demande de réparation en cas d'insuffisance d'actif apprécie et décide souverainement. S'agissant de l'action en comblement du passif, l'on note à partir de l'art. 183 de l'A.U.P.C. que la juridiction compétente « *peut* » décider que « *que les dettes de la personne morale seront supportées en tout ou partie, avec ou sans solidarité par tous les dirigeants ou certains d'entre eux* ». L'action en extension de la procédure collective obéit, suivant l'art. 189 du même texte, au même esprit de libéralisme. Le juge est à la fois maître du « *prononcé et de la mesure de la sanction* », maître de « *l'opportunité et de la pertinence de la sanction* »<sup>127</sup>. Dans ces conditions, la menace de l'insécurité juridique est à craindre

---

<sup>124</sup> Cass. com., arrêt n° 728 du 04 avril 2006, précité.

<sup>125</sup> Tribunal de grande instance hors classe de Dakar (Sénégal) Jugement commercial n° 128 du 21 janvier 2003, affaire Abdou DIOP contre Abdoul Khafiz FAKIH, inédit. Dans cette affaire, le défendeur s'était rendu coupable de manipulation de la dénomination de la société (celle-ci portait tantôt son propre nom tantôt celui du défendeur) aussi bien que des comptes dont il refusait d'ailleurs de délivrer l'état. Le juge en a déduit sa mauvaise foi manifeste, c'est-à-dire son intention de poursuivre ses intérêts personnels au détriment de la personne morale. La décision d'extension de la liquidation des biens prononcée contre le sieur FAKIH était ainsi parfaitement justifiée.

<sup>126</sup> Voir l'article 189 de l'Acte uniforme pour tous les cas d'extension de la procédure au dirigeant.

<sup>127</sup> J-P GASTAUD, *Le comblement de l'insuffisance d'actif social*, in Bilan de la loi du 25 janvier 1985, Acte du colloque CRAJEFE de Nice, du 22 au 23 mars 1991, Petites Affiches n° 89, 26 juillet 1991, p. 28

(B). Avant d'aborder cette inquiétude, il convient de rechercher d'abord les raisons d'être de ces pouvoirs considérables du juge (A).

### A. Essai de justification des pouvoirs du juge

67. Habituellement, les pouvoirs du juge sont enserrés dans des limites assez strictes. Dans certains cas, il se borne tout simplement à appliquer la lettre des dispositions législatives. Pour des raisons que nous allons maintenant rechercher, le législateur a préféré accroître sa marge de manœuvre dans le cadre des sanctions patrimoniales. Une première tentative de justification tiendrait à l'imprécision des concepts fondamentaux qui constituent la matrice du système de responsabilité applicable. A titre de rappel, nous avons noté que les notions de dirigeant, de faute de gestion, d'intérêt social sont essentiellement vagues<sup>128</sup>. Dans ce contexte, il peut être utile que le juge bénéficie d'importants pouvoirs pour les manier et les adapter convenablement. Mais cette justification ne semble pas pleinement satisfaisante, l'imprécision terminologique n'étant pas le propre du droit des entreprises en difficulté. En effet, le droit en général connaît bon nombre de concepts standard, à contenu essentiellement variable (par exemple, ordre public, intérêt général, etc.). Il n'en demeure toutefois pas moins vrai que cette marque de flexibilité est plus visible en droit des sociétés<sup>129</sup>. Ces concepts se disent plus qu'ils ne se définissent et l'orientation qui en est donnée dérive nécessairement d'un jugement d'opportunité.

68. Un second essai de justification tient à la singularité du système de responsabilité dans le cadre des procédures collectives. D'abord, les finalités de ces dernières fixent la mesure et la limite de toutes les solutions susceptibles d'être envisagées. Si par exemple l'entreprise est liquidée, seul compte désormais en priorité l'intérêt des créanciers. Toute sanction prise dans ces conditions doit être orientée vers cette finalité. Ce qui introduit nécessairement des considérations d'opportunité. Le juge doit, par ses pouvoirs d'appréciation, dire avant tout si l'adoption de telle ou telle sanction permet d'avancer en l'état de la procédure collective. Une condamnation au comblement du passif alors que l'on est convaincu de l'insolvabilité du défendeur serait superflue dans la mesure où elle ne permettrait pas d'améliorer le seuil de satisfaction des créanciers. Ensuite, la complexité du monde des affaires rend souhaitable le recours à des jugements d'équité. Le juge doté d'importants pouvoirs doit nécessairement aller au-delà du droit strict. Une garantie d'impunité à l'actif des dirigeants sociaux est scandaleuse tout comme est injustifiée et

---

<sup>128</sup> V. supra, n° 62, 64 et 65.

<sup>129</sup> Le droit des sociétés fait beaucoup plus appel à des notions plastiques qui relèvent du pouvoir d'appréciation du juge. C'est une volonté du législateur d'infléchir les règles juridiques par l'accroissement des pouvoirs du juge.



anachronique une répression sévère et automatique. Au milieu d'une diversité d'intérêts et de vues, le juge doit rechercher le point de l'équilibre parfait. Toutefois, et c'est là le revers de la médaille, l'omnipotence du juge ne va pas sans susciter des dangers. On n'est pas à l'abri du mal de l'insécurité juridique.

## B. Appréciation du risque d'insécurité juridique

69. Il n'y a rien de pire que l'arbitraire, affirmait assez fermement le doyen G. RIPERT<sup>130</sup>. Sans doute ne faudrait-il pas aller jusqu'à décrier ici l'arbitraire du juge. Ce serait supposer que celui-ci n'est pas éclairé et qu'il dispose d'un pouvoir sans limites, ce qui n'est pas le cas. Habituellement, deux principales barrières permettent d'éviter l'arbitraire du juge : L'obligation de motivation et le double degré de juridiction. La première permet de connaître les raisons qui ont poussé le juge à adopter telle décision et d'en apprécier la pertinence. La seconde autorise les juridictions supérieures à contrôler et à sanctionner éventuellement la décision du juge lorsqu'elle est incorrecte. Dans le cadre des procédures collectives, il faut craindre que la concentration des pouvoirs et la limitation des voies de recours n'entravent ce second moyen. L'on sait que le recours à l'exécution provisoire y est de règle. A cela s'ajoute le cantonnement des voies de recours ordinaires que sont l'appel et l'opposition<sup>131</sup>. On risque effectivement d'assister à une accentuation de l'insécurité juridique et surtout de la disparité de la jurisprudence.

70. Tel semble être malheureusement le décor dès lors que le juge est doté de très larges pouvoirs. Il sera tantôt « le monstre » qui châtie, tantôt « le dieu » qui pardonne. Ni les créanciers, ni le débiteur, ni les dirigeants ne peuvent efficacement prévoir quel sera leur sort à l'issue de la procédure. Même lorsque des fautes énormes ont été commises, il n'est pas sûr que le juge en ordonne réparation. Sur ce point, il est maître de ses convictions. Pour le Professeur A. AKAM AKAM<sup>132</sup>, le législateur OHADA aurait pu se démarquer du droit français et supprimer ce « *pouvoir modérateur absolu* »<sup>133</sup> des juges du fond, afin de restaurer à l'action en comblement du passif une fonction pleinement indemnitaire au profit de la société ou des créanciers. Le législateur ayant opté pour la faculté d'appréciation du juge, il faut néanmoins souhaiter que ce dernier use de ses pouvoirs façon modérée et dans le sens de

---

<sup>130</sup> G. RIPERT, *Le déclin du droit*, Paris, L.G.D.J., 1949, n° 51.

<sup>131</sup> V. Articles 216 et s. de l'A.U.P.C., pour l'ensemble des décisions non susceptibles d'appel, ni d'opposition.

<sup>132</sup> A. AKAM AKAM, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA*, Revue Internationale de Droit Economique, t. XXI. 2. 2007, pp. 240 et 241.

<sup>133</sup> Expression empruntée à J.J. DAIGRE, cité par A. AKAM AKAM, *ibid.* p. 241

la justice et de l'équité. A cette condition, il y aura des chances que la réparation souhaitée soit fructueuse.

## SECTION II : LA REPARATION FRUCTUEUSE

71. Il peut arriver que la demande en réparation du préjudice subi du fait de l'insuffisance d'actif aboutisse, c'est-à-dire que le dirigeant mis en cause soit effectivement condamné à supporter tout ou partie du passif de la personne morale. Il reste alors à étudier les modalités de réception de cette peine. Le processus qui conduit à l'adoption ou au rejet des diverses mesures de sanction est, à quelque nuance près, le même pour les diverses actions en responsabilité. En revanche, des différences majeures existent au niveau de leur mise en œuvre. Aussi est-il utile de distinguer suivant que la solution retenue est le comblement du passif (§1) ou la soumission à la procédure collective (§2).

### §1 LE PRODUIT DE L'ACTION EN COMPLEMENT DU PASSIF

72. L'obligation de combler le passif est une obligation limitée dans son montant, car elle ne saurait excéder la consistance du préjudice subi<sup>134</sup>. Il peut se poser la question du moment de l'évaluation de ce préjudice. Le législateur OHADA ne fournit pas de réponse à cette question. Il est souhaitable que l'évaluation se fasse au jour où le tribunal statue. Lorsqu'elle est ordonnée<sup>135</sup> par le juge, deux questions importantes se posent : la première est de savoir si le dirigeant sanctionné s'acquittera effectivement de sa dette. Elle fait appel aux garanties de paiement des sommes escomptées (A). La deuxième est de savoir ce que l'on fera de ces sommes au cas où elles sont effectivement payées. Elle nous amène à revisiter les modalités de répartition du produit de l'action en comblement du passif (B).

---

<sup>134</sup> Le montant de l'insuffisance d'actif constitue un plafond à ne pas dépasser : Cass. com, 3 février 1998, Bull. Joly 1998, 643, note J. J. DAIGRE, cité par M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, entreprises en difficultés* 6<sup>e</sup> édition, Dalloz 2003, n° 871.

<sup>135</sup> V. Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Niamey, jugement civil n° 258 du 28 juin 2006, affaire Youssou BACHIR contre Ali DJIMBA, Hima HASSOUMI, Abdoul Aziz COMBARI et Moussa MOSSI (inédit).

## A. Les garanties de paiement des sommes escomptées

73. L'aboutissement de l'action en comblement du passif est un signe d'espoir pour les créanciers. C'est peut être l'occasion d'accélérer le règlement de leurs droits. Il ne faudrait évidemment pas que cet espoir s'amenuise du fait de la résistance ou de l'insolvabilité du dirigeant. D'où la question des garanties d'exécution de la peine pécuniaire. Le législateur autorise le juge à recourir à la technique de solidarité<sup>136</sup>. Il s'agit ici d'une véritable garantie en ce sens que le créancier bénéficiant d'une pluralité de débiteurs, ses chances de paiement se trouvent inévitablement accrues. En ce sens, la solvabilité de l'un est de nature à compenser la difficulté de l'autre. Dans le contexte de la responsabilité des dirigeants sociaux, chacun d'eux pourra être poursuivi pour la totalité de la dette et le paiement par lui effectué libèrera les autres sauf recours après paiement<sup>137</sup>. Compte tenu de l'efficacité de cette garantie, il est souhaitable que le juge y recoure fréquemment<sup>138</sup>.

74. Le juge peut en outre amener le dirigeant condamné à céder ses droits représentés en parts sociales ou en actions<sup>139</sup>. C'est une opération de cession de créance. Mais c'est aussi une cession forcée, c'est-à-dire que le consentement du cédant, ici le dirigeant, n'est pas requis. Pour qu'elle joue, il faut évidemment que le dirigeant soit associé ou actionnaire, ce qui n'est pas forcément le cas. A cela s'ajoute un risque réel de dépréciation, voire même de disparition de la valeur desdites actions du fait de la procédure collective en cours<sup>140</sup>. On risque alors de ne pas pouvoir vaincre la résistance du dirigeant fautif, sauf à imaginer contre lui des mesures plus graves telles que la faillite personnelle ou l'extension de la procédure collective. Mais au cas où la dette est acquittée, il faut la répartir suivant certaines modalités.

---

<sup>136</sup> L'art. 183 al. 1 de l'A.U.P.C. dispose à propos que La juridiction compétente peut décider, en cas de faute de gestion ayant entraîné une insuffisance d'actif, que les dettes de la personne morale seront supportées par les dirigeants en tout ou en partie, avec ou sans solidarité.

<sup>137</sup> C'est l'application du droit commun de la solidarité, Cf. F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, Paris, Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 2005, n° 1244 et s.

<sup>138</sup> Cf. M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté*, Paris, Dalloz, 6<sup>ème</sup> édition, 2003, n° 871 nous proposent un exemple d'application de la solidarité tiré d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris 3<sup>ème</sup> chambre, rendu le 18 juin 1991, *Revue de Jurisprudence de droit des affaires* 1992, p. 217 ; v. aussi Cass. com. arrêt n° 1504 du 19 décembre 2006, affaire Marie Hélène X et autres contre M. Patrick Z., [www.courdecassation.fr/accueil/jurisprudence](http://www.courdecassation.fr/accueil/jurisprudence). V. aussi, Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Niamey, jugement précité.

<sup>139</sup> Cette possibilité ressort de l'art. 185 de l'A.U.P.C. ainsi conçu : « La juridiction compétente peut enjoindre aux dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif de la personne morale de céder leurs actions ou parts sociales de celle-ci ou ordonner leur cession forcée par les soins du syndic, au besoin après expertise ; le produit de la vente est affecté au paiement de la part des dettes de la personne morale mise à la charge de ces dirigeants ».

<sup>140</sup> Lorsque l'entreprise est en liquidation des biens, la cession des parts sociales ou actions devient à la limite inutile, étant donné que, au regard l'insuffisance d'actif, est illusoire tout espoir de percevoir un boni de liquidation. Si elle est en redressement judiciaire, il faut craindre une baisse importante de la valeur des droits sociaux. Cf. F-M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, Bruxelles, éd. Bruylant, 2002, n° 345.

## B. Les modalités de répartition des sommes obtenues

75. La question se pose de savoir quelle destination il faut donner aux fonds issus du comblement du passif. *A priori*, elles doivent être affectées au règlement des créanciers. Mais il ne faut pas perdre de vue le fait que le comblement du passif peut parfois accompagner la sauvegarde de l'entreprise. Dans ce cas, les sommes obtenues ne profitent pas forcément aux créanciers, si ce n'est dans le cadre de l'exécution du plan global de redressement de l'entreprise. Dans tous les cas, il faut déterminer les modalités de répartition. A ce sujet, deux thèses s'opposent (1). Il faut opérer un choix (2).

### 1. Les thèses en présence

76. Pour la répartition des sommes obtenues, le législateur avait une option entre la répartition inégalitaire et la répartition égalitaire. La répartition inégalitaire fait jouer les privilèges et obéit à un classement des créanciers compte tenu de leur rang. Le rang du créancier dépend, faut-il le rappeler, de ses qualités personnelles mais aussi de l'origine des sommes. Ainsi par exemple, le salarié est-il considéré comme un créancier super privilégié relativement à la part insaisissable du salaire à payer et comme un créancier privilégié quant au montant total du salaire dû. Avec cette option, il ne sera guère surprenant que seuls les créanciers privilégiés aient plus de chances de recevoir quelque paiement. Les créanciers chirographaires, compte tenu de leur position inconfortable, risquent de ne rien percevoir. Quant à répartition égalitaire, elle fait échec aux différents privilèges. Les créanciers viennent alors en concours au prorata du montant de leurs droits. C'est une répartition au marc le franc. Au titre du droit comparé, cette seconde option a été retenue en France en vue d'améliorer le sort des créanciers, en particulier des créanciers chirographaires<sup>141</sup>.

Le droit OHADA n'a pas expressément pris position sur cette question. En l'absence de règle spéciale on peut penser que le paiement se fera, comme à l'ordinaire, suivant l'ordre des articles 166 et 167 de l'A.U.P.C., c'est-à-dire compte tenu des différents privilèges<sup>142</sup>. Toutefois et en raison de la pertinence de l'argumentation avancée par la thèse opposée, nous pensons que l'institutionnalisation d'une répartition égalitaire est souhaitable.

---

<sup>141</sup> V. supra, n° 45.

<sup>142</sup> F-M. SAWADOGO, *ibid.*

## **2. L'institutionnalisation souhaitable d'une répartition égalitaire.**

77. Malgré son importance, le principe de l'égalité des créanciers que la jurisprudence<sup>143</sup> a parfois qualifié de principe d'ordre public fait constamment l'objet d'atteintes. Certes les exceptions consacrées obéissent parfois à des impératifs nobles, dans la mesure où une stricte application de l'égalité conduirait à des conséquences fâcheuses. Mais, si elles deviennent trop importantes, on se demande si la règle n'est pas devenue simplement abstraite<sup>144</sup>. Si tel est le cas, il faut craindre que certains créanciers soient purement et simplement sacrifiés. Nous avons déjà dit, qu'en l'état actuel du droit positif, les créanciers chirographaires n'ont quasiment pas de chance d'être payés. Un souci d'amélioration de leur sort s'impose.

Nous pensons que lorsqu'une condamnation au paiement des dettes sociales a été prononcée, il est souhaitable que tous les créanciers en tirent profit. Tous ont souffert du préjudice, tous ont droit à une réparation si minime soit-elle. C'est pourquoi nous inclinons pour le principe d'une répartition au marc le franc des sommes versées au titre du comblement du passif. La base ne devrait plus être ici le rang du créancier mais le montant de sa créance. C'est une répartition par contribution, une répartition proportionnelle. Dans tous les cas, la discussion sur les modalités de répartitions suppose que le dirigeant fautif se soit effectivement acquitté des dettes mises à sa charge. Si tel n'est pas le cas, il devient possible de le soumettre à la procédure collective.

## **§2 L'ABOUTISSEMENT DE L'ACTION EN EXTENSION DE LA PROCEDURE COLLECTIVE**

78. L'extension de la procédure collective est une sanction à la fois personnelle et patrimoniale. Pour apprécier la rentabilité potentielle de cette mesure, il faut partir d'une précision terminologique importante. Le terme extension des procédures collectives couramment utilisé peut susciter des controverses. A la limite, on se demande si cette

---

<sup>143</sup> P. DELMOTTE, *L'égalité des créanciers dans les procédures collectives*, Rapport annuel 2003 de la Cour de cassation, deuxième partie : Études sur le thème de l'égalité, <http://www.courdecassation.fr/article6254.html>  
« Dès le début du vingtième siècle, la Cour de cassation a reconnu à la règle de l'égalité entre les créanciers un caractère d'ordre public qui interdisait toute clause pouvant favoriser l'un d'eux (Cass. Req., 13 juillet 1910, Journal des Faillites. p 385). Dans un arrêt rendu le 19 avril 1985 (Bull. n° 120), la chambre commerciale faisait encore expressément référence à "la règle d'ordre public de l'égalité des créanciers" ».

<sup>144</sup> J. L. COUDERT, *Dans les procédures collectives l'égalité des créanciers est-elle un mythe ou une réalité*, Petites Affiches, n° 103, Août 1992, pp. 12 à 15.

expression n'est pas impropre (A). Par ailleurs la question se pose de savoir dans quelle mesure une telle sanction contribue à l'amélioration du sort des créanciers (B).

## A. La notion d'extension de la procédure collective

79. Littéralement, étendre c'est allonger ou accroître quelque chose<sup>145</sup>. L'extension suppose que la procédure collective initiale voit son assiette s'élargir. Autrement dit, c'est la même procédure qui s'amplifie, avec toutes les conséquences qui s'ensuivent. Or il arrive que la procédure ouverte contre le dirigeant à titre de sanction gagne une certaine autonomie. Sur la base de ce constat, l'expression a été jugée incorrecte<sup>146</sup>. La question est en réalité de savoir si on assiste à une unité ou une dualité des procédures collectives (2). D'autre part, si la procédure collective peut être étendue au dirigeant social, indépendamment de sa qualité, il devient possible que les personnes physiques non commerçantes soient soumises aux procédures collectives d'apurement du passif, ce qui semble contrarier les prévisions du législateur (1).

### 1. La soumission des personnes physiques non commerçantes à la procédure collective

80. Ce titre a de quoi surprendre. D'une part, les procédures collectives sont traditionnellement réservées aux seuls commerçants. D'autre part et malgré l'évolution législative, les personnes physiques non commerçantes demeurent, en principe, étrangères au champ d'application desdites procédures<sup>147</sup>. Seules les personnes physiques commerçantes peuvent en principe être soumises aux procédures collectives. Or, lorsqu'à titre de sanction le dirigeant de droit ou de fait est soumis à la procédure collective, l'on devrait se demander si cette mesure est acceptable, au cas où il n'a pas la qualité de commerçant. L'on sait que le dirigeant qui commet des fautes d'une certaine gravité « peut être déclaré personnellement en redressement judiciaire ou en liquidation des biens »<sup>148</sup>. Le législateur n'a pas cru utile de distinguer entre le dirigeant commerçant et le dirigeant non commerçant. On se demande alors s'il a voulu introduire délibérément une disposition exorbitante qui fait exception au régime commun, et qui est en même temps justifiée par la gravité du comportement du dirigeant, ou

---

<sup>145</sup> *Le Petit Larousse Illustré*, Paris, édition Larousse, 2000, p. 402.

<sup>146</sup> V. Y. GUYON, *Droit des affaires, T2 : Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire- Faillite*, Economica, 5<sup>ème</sup> édition, 1997, n° 1398, pour qui le terme extension couramment utilisé est inadapté ; P.M. LE CORRE, *Le créancier face au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, presses universitaires d'Aix Marseille T1, 2000, n° 180, parle d'une expression malencontreuse.

<sup>147</sup> V. l'art. 2 alinéa 4 de l'A.U.P.C. ainsi conçu : « *Le redressement judiciaire et la liquidation des biens sont applicables à toute personne physique ou morale commerçante, à toute personne morale de droit privé non commerçante, à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé qui cesse ses paiements* »

<sup>148</sup> V. art. 189 de l'A.U.P.C.

s'il s'agit simplement d'une inadvertance. Les auteurs<sup>149</sup>, penchant pour la seconde hypothèse, ont critiqué la sanction comme étant une mesure inadaptée et aboutissant à la dénaturation des règles de la procédure collective. Dans le sens de ces critiques, la législation française depuis la réforme du 26 juillet 2005 préfère l'expression *obligation aux dettes sociales*<sup>150</sup> à celle d'extension de la procédure.

A notre avis, il aurait suffi que l'expression extension de la procédure collective ne soit pas prise à la lettre. L'idée est de l'amener à contribuer largement au passif de l'entreprise, puisqu'il a outrepassé ses pouvoirs. Comme telle, elle traduit une disposition exorbitante justifiée par la gravité du comportement du fautif : si le dirigeant s'est immiscé dans la gestion et s'est approprié les biens affectés à l'activité commerciale, c'est dire qu'il s'est comporté comme un commerçant. Il devient alors possible de le soumettre aux obligations traditionnellement réservées aux commerçants. Le réalisme l'emporte ici sur la logique juridique.

## **2. La procédure initiale et la procédure subséquente entre unicité et diversité**

**81.** Lorsque l'extension de la procédure collective est prononcée à titre de sanction<sup>151</sup>, il faut partir de l'idée que le dirigeant tenu a, en principe, une situation personnelle détachable de celle de la personne morale en question. Alors, à supposer qu'il a la qualité de commerçant, l'entreprise peut être en cessation des paiements alors qu'il ne l'est pas, tout autant que la situation de la personne morale peut nécessiter une liquidation des biens alors qu'un redressement judiciaire lui suffit. C'est donc dire que la procédure visant le dirigeant social emporte une certaine autonomie. Elle a ses traits propres et peut aboutir à une issue originale. La diversité l'emporte alors sur l'unicité comme en témoigne l'analyse du régime applicable<sup>152</sup>. Malgré cette pluralité des procédures, la finalité principale recherchée, à savoir

---

<sup>149</sup> A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, LITEC, 4<sup>e</sup> édition, 2006, n° 907.

<sup>150</sup> Art. L. 653-11 de la nouvelle loi française n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

<sup>151</sup> Il convient de rappeler que la soumission à la procédure collective ne relève pas toujours d'une sanction pour faute. La mesure est d'une application presque automatique et logique à l'égard des associés tenus indéfiniment et solidairement du passif social. La décision qui constate la cessation des paiements d'une personne morale produit ses effets à l'égard de tous les membres indéfiniment et solidairement responsables du passif de celle-ci et prononce, contre chacun d'eux, soit le redressement judiciaire, soit la liquidation des biens (article 33 de l'A.U.P.C.). De la même manière, l'extension joue en cas de fictivité ou de confusion de patrimoine (V. C. SAINT ALARY HOUIN, *Les effets de la confusion des patrimoines et de la fictivité des sociétés en redressement judiciaire : Unité ou dualisme*, prospectives du droit économique, dialogues avec M. JEANTIN, Paris Dalloz, 1999, 453- 465; B. ROLLAND, *Metareulop : L'extension de procédure entre fictivité et confusion des patrimoines, commentaires de CA Douai, 16 décembre 2004 et de Cass. com., 19 avril 2005*, JCP/ La semaine juridique, édition entreprises et affaires n° 20, 19 mai 2005, pp. 796- 805 ; F-M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, Bruxelles, éd. Bruylant, 2002, n° 349.

<sup>152</sup> Sur la question de l'unicité ou de la diversité des procédures collectives, V. P-G. POUGOUE, Y. KALIEU, *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, PUA, 1999, n° 301 et 302 ; P. M. LE CORRE, *Le créancier face au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, T1, presses universitaires d'Aix Marseille, 2000, n° 180 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 2001, n° 1108 ; F-M. SAWADOGO, *op. cit.*, n° 351 ; Y. GUYON, *ibid.*

la contribution au paiement des créanciers demeure présente. De nouvelles opportunités de paiement peuvent s'ouvrir au grand bonheur de ces derniers.

## **B. L'accroissement des chances de règlement des créanciers**

82. A bien y regarder, l'obligation des dirigeants à la procédure collective procède d'une action dont la finalité est bien la satisfaction des créanciers, « *lesquels ont alors deux gages : celui de la personne morale et celui du dirigeant condamné* »<sup>153</sup>. En effet, il est constant, d'après l'article 191 de l'A.U.P.C., que les créanciers de la procédure principale sont admis de plein droit à la nouvelle procédure même s'ils demeurent soumis à la loi du concours. C'est une solution satisfaisante dans la mesure où le point de départ est le passif de la personne morale<sup>154</sup>.

On peut toutefois se demander si les créanciers auront à produire de nouveau leurs droits. Malgré le silence de la législation, il faut admettre que la déclaration des créances faite à l'égard de la personne morale les dispense d'avoir à déclarer à nouveau<sup>155</sup>. Exiger de nouvelles déclarations de créances serait d'un formalisme ennuyeux et injustifié puisque le représentant des créanciers à la procédure initiale dispose déjà d'un état des créances. De toute façon, l'obligation des dirigeants à la procédure collective peut parfois être une bouffée d'oxygène pour les créanciers. Cela se comprend puisque la procédure initiale se heurte à l'insuffisance d'actif. Il faut toutefois préciser que l'admission des créanciers à la nouvelle procédure ne garantit toujours pas qu'ils seront effectivement payés, car tout dépend de la solvabilité du dirigeant mais aussi de leur rang. C'est dire qu'ils subissent encore la fameuse loi du concours. Le concours se situe désormais à plusieurs échelles. En dehors du concours ordinaire des art. 166 et 167 qui est fonction des privilèges de chacun, un autre concours né de la juxtaposition de procédures collectives visant des ensembles distincts : concours entre créanciers de la procédure initiale et créanciers de la procédure subséquente ; concours entre créanciers dans la masse et créanciers personnels du dirigeant, etc.

---

<sup>153</sup> P.M. LE CORRE, *ibid.*

<sup>154</sup> Dans le même sens F. M. SAWADOGO, *ibid.*

<sup>155</sup> La jurisprudence française abonde dans ce sens : Com, 15 février 2000, R.J.D.A. 6/00, n° 707, cité par C. SAINT-ALARY-HOUIN, *ibid.*



## CONCLUSION DU CHAPITRE I

83. Un certain nombre de conditions doivent être réunies pour que le dirigeant d'une personne morale en faillite puisse être appelé à contribuer au passif de cette dernière. L'on aboutit à ce résultat de deux manières différentes : soit une faute de gestion est dénoncée et le dirigeant peut être appelé à combler le passif dans la limite du préjudice causé aux créanciers ; soit il est soumis à la procédure collective lorsqu'il s'est rendu coupable d'une atteinte grave à l'intérêt social. Nous pensons qu'entre ces deux mécanismes, il n'existe en réalité qu'une différence de degré. Elles se rejoignent pour une finalité sous jacente et primordiale qui est de faire rentrer au profit des créanciers les sommes qui auraient été détournées à leur détriment. On peut alors se demander si ces sanctions produisent les résultats escomptés. Le juge disposant de pouvoirs importants est seul à donner à ces mesures toute l'efficacité recherchée. Il lui revient de les modeler afin qu'elles puissent être effectivement rentables. C'est là le témoignage de la complexité de la matière qui reste pour l'essentiel dominée par des considérations d'opportunité. Dans ce processus, il est souhaitable que les créanciers conservent une place importante, notamment, qu'ils soient admis à saisir la juridiction compétente en cas de fautes susceptibles de porter atteinte à leurs intérêts. En l'état actuel du droit positif, ils ne bénéficient pas de ce droit.

## CHAPITRE II :

# LES MESURES VISANT LA DEFENSE L'INTERET GENERAL

**84.** Un opérateur économique peut détourner tout ou partie des avoirs de l'entreprise en liquidation des biens. De tels actes sont, bien souvent, à l'origine de la défaillance de l'entreprise. La gravité qui en découle est d'autant plus marquante qu'on est en présence d'une atteinte à l'intérêt général. Il est alors normal que les sanctions envisagées dépassent le cadre du règlement des intérêts privés. En ce sens, certaines solutions à l'insuffisance d'actif peuvent être orientées vers la satisfaction d'un impératif d'intérêt général. Il s'agit de mesures extrapatrimoniales. Ces dernières diffèrent profondément des sanctions patrimoniales précédemment étudiées au regard de leur finalité, mais aussi au regard rôle des parties et celui du juge.

D'abord, du point de vue de leur finalité, malgré l'orientation vers l'intérêt général, il ne faut pas en conclure que les créanciers n'y ont aucun intérêt. Elles leur procurent, au moins, une satisfaction morale.

Ensuite, quant aux parties en présence, alors que les sanctions patrimoniales sont exclusivement applicables aux dirigeants des personnes morales, les sanctions extrapatrimoniales connaissent un champ d'application plus vaste<sup>156</sup>.

Enfin, s'agissant du rôle du juge, s'il est accru dans le cadre des sanctions patrimoniales, il est plus effrité dans le cadre des sanctions extrapatrimoniales<sup>157</sup>. Il est généralement admis en ce qui concerne les sanctions pénales que le juge ne peut ni créer une infraction, ni aller au-delà des peines maximales ou en deçà des minima telles prévues par la loi<sup>158</sup>. A mi-chemin entre le droit pénal et le droit civil, les sanctions professionnelles forment une catégorie hybride<sup>159</sup>. Il en ressort également un régime hybride. C'est pour cela que le

---

<sup>156</sup> La faillite personnelle vise tout opérateur économique coupable d'avoir commis l'un des actes visés aux articles 196 à 198 de l'A.U.P.C. Quant aux sanctions pénales, elles ne subissent en principe aucune restriction quant au cercle des personnes visées.

<sup>157</sup> Comment justifier cette variation de la politique législative ? Plus les sanctions encourues sont graves, moins l'appréciation est laissée à la discrétion du juge.

<sup>158</sup> C'est l'application du principe cardinal de légalité des délits et des peines. Le préambule de la constitution camerounaise du 18 janvier 1996 donne à ce principe une valeur constitutionnelle.

<sup>159</sup> Dans ce sens, le législateur laisse au représentant du ministère public le soin de surveiller l'application des dispositions relatives à la faillite personnelle et d'en poursuivre l'exécution (art. 195 de l'A.U.P.C.).

pouvoir d'appréciation le juge s'y atténue même s'il demeure. Globalement, notre analysée sera axée sur la distinction d'ores et déjà annoncée, entre les sanctions d'ordre professionnel (**SECTION I**) et les sanctions d'ordre pénal (**SECTION II**).

## **SECTION I : LES SANCTIONS PROFESSIONNELLES ENVISAGEABLES**

**85.** La principale sanction professionnelle consacrée par le législateur OHADA est la faillite personnelle. Elle est généralement prononcée dans le cadre des procédures collectives à l'encontre des personnes convaincues de certains agissements hautement répréhensibles. Sanction personnelle, elle ne peut être prononcée que contre des personnes physiques<sup>160</sup>. Elle vise non seulement les dirigeants ainsi que les représentants permanents des personnes morales dirigeantes, mais aussi tout commerçant personne physique<sup>161</sup>. La sanction est appliquée même si, par hypothèse, le dirigeant n'a pas la qualité de commerçant tout autant que le groupement en question n'exerce pas une activité commerciale. De ce point de vue, on note une évolution. La faillite personnelle est en effet considérée à l'origine comme une sanction exclusivement réservée aux commerçants. De nos jours, il est plus approprié de la désigner comme une sanction professionnelle visant tout opérateur économique. L'article 196 de l'A.U.P.C. détermine les actes qui entrent dans le champ d'application de la faillite personnelle. Il s'agit entre autres de l'augmentation frauduleuse du passif, des détournements de biens ou de crédit, de la soustraction ou falsification de la comptabilité. Il s'agit également, suivant les termes de l'article 198 du même Acte uniforme, du cas des dirigeants qui ont fait preuve d'une incompétence manifeste, qui n'ont pas acquitté les dettes sociales mises à leur charge ou qui n'ont pas déclaré, dans les trente jours, la cessation des paiements de la personne morale<sup>162</sup>. Ces dernières hypothèses sont facultatives et relèvent du pouvoir souverain d'appréciation du juge<sup>163</sup>.

---

<sup>160</sup> L'exclusion des personnes morales du champ d'application de la faillite personnelle constitue une autre différence d'avec les sanctions patrimoniales. Ces dernières, applicables uniquement aux dirigeants sociaux, sont destinées aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales dirigeantes. La faillite personnelle trouve tout de même un cercle plus élargi en ce qui concerne les personnes physiques : celles-ci peuvent être dirigeants ou non.

<sup>161</sup> Article 194 de l'A.U.P.C.

<sup>162</sup> V., pour une condamnation à la faillite personnelle pour défaut de déclaration de la cessation des paiements, Tribunal Régional Hors Classe de Dakar (Sénégal), jugement commercial n° 149 du 08 juillet 2005, affaire Compagnie Bancaire de l'Afrique Occidentale SA (CBAO) contre Société Mauritano Sénégalaise d'Investissement et de Commerce SA (SOMASIC), inédit. Dans cette espèce, le juge constate « *qu'il est manifeste que cette société qui avait disparu physiquement, en violation des règles organisant la vie des sociétés ne peut plus faire face à son passif exigible avec son actif disponible (...)* ». Il renchérit « *Attendu (...) que la juridiction peut prononcer la faillite personnelle des dirigeants qui entre autres n'ont pas déclaré dans les 30 jours la cessation des paiements de la personne morale ; attendu que Cheick KEBE n'a pas satisfait à cette exigence, qu'il échet en application dudit texte de le déclarer en faillite personnelle* ».

<sup>163</sup> La juridiction compétente « *peut* », prononcer dans ces cas la faillite personnelle (art. 198 de l'A.U.P.C.).

Le prononcé de la faillite personnelle est du ressort du juge<sup>164</sup>. Une fois prononcée, elle entraîne outre les déchéances d'ordre professionnel et civique, 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 ayant une activité économique<sup>165</sup>. Toutefois, le juge peut prononcer à l'encontre du fautif uniquement cette interdiction de diriger, de gérer, ou d'administrer<sup>166</sup>, qui est en réalité un diminutif de la faillite personnelle. Dans tous les cas, et d'un point de vue théorique, la faillite personnelle se voit attribuée des fonctions spécifiques à double variante. L'étude de ces fonctions (§1) précède les interrogations sur son effectivité (§2).

## §1 LA DUALITE DES FONCTIONS DE FALLITE PERSONNELLE

La faillite personnelle est essentiellement une voie d'assainissement des professions économiques, en particulier des professions commerciales. Elle permet l'élimination du monde des affaires de tout opérateur jugé incroyable. Si telle est sa fonction principale, elle intègre également une fonction concurrente. La faillite est de plus en plus un moyen de pression sur le débiteur vis-à-vis de qui l'étau de la dette se resserre. On aboutit à une fonction duale : la première est radicale (**A**) tandis que la seconde est atténuée (**B**).

### A. Une fonction radicale : l'élimination du monde des affaires

**86.** Le prononcé de la faillite personnelle entraîne un certain nombre d'interdictions et de déchéances. Il s'agit tout d'abord 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 ayant une activité économique* »<sup>167</sup>. Sanction réservée à l'origine aux seuls commerçants, la faillite personnelle est, de nos jours, étendue à tous les professionnels exerçant une activité économique.

---

<sup>164</sup> Pour la grande part des hypothèses visées, le législateur abandonne la faculté d'appréciation du juge. Il se contente, par exemple, de déclarer qu'« *à toute époque de la procédure, la juridiction compétente prononce la faillite personnelle (...)* ». Seuls subsistent quelques cas de faillite facultative applicable aux dirigeants des personnes morales. La faillite de droit commun est alors obligatoire tandis que la faillite visant les dirigeants est facultative (V. P-G. POUGOUE, Y. KALIEU, *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, PUA, 1999, n° 308 et 309 ; F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, Coll. droit uniforme, Bruxelles, éd. Bruylant, 2002, n° 359).

<sup>165</sup> Art. 203 al. 1 de l'A.U.P.C.

<sup>166</sup> V. arts. 127 al. 4 et 139 al. 3 de l'A.U.P.C : en substance, le juge peut prononcer alternativement la faillite personnelle ou l'interdiction de diriger, de gérer ou d'administrer une entreprise commerciale. V. aussi Cass. com., arrêt n° 728 du 04 avril 2006, affaire M. Christian X et autres contre M. François Y, [www.courdecassation.fr/accueil/jurisprudence](http://www.courdecassation.fr/accueil/jurisprudence)

<sup>167</sup> Art. 203 al. 1 précité.

**87.** Le commerçant mis en faillite perd la qualité de commerçant et ne peut plus la renouveler tant qu'il est sous le coup de la sanction. C'est d'abord l'interdiction d'exercer, à titre individuel, le commerce. C'est ensuite une interdiction d'exercer comme commerçant dans une entreprise de forme sociale, notamment, l'intéressé ne saurait être, de nouveau, associé d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite simple en tant que commandité. Est associée à une interdiction de faire le commerce une interdiction d'occuper certaines fonctions ou d'exécuter certaines tâches. C'est l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise commerciale à forme individuelle ou toute personne morale ayant une activité économique. Mais on se demande si le coupable peut valablement participer, sans avoir la qualité de commerçant, dans une société de capitaux ? La réponse affirmative ne fait aucun doute.

Les autres professionnels économiques subissent également des restrictions sur le plan professionnel et civique. Mais dans la mesure où l'article 203 précité ne vise que l'interdiction de faire le commerce, la question demeure de savoir s'il n'y a pas une réelle différence de traitement entre les commerçants et les autres professionnels. En effet, Il n'existe pas, à côté de cette interdiction d'exercer le commerce, une interdiction générale d'exercer une activité économique. La fonction d'élimination de la faillite peut alors s'affaiblir. Elle est renforcée par une fonction à la fois complémentaire et concurrente, à savoir le resserrement de la contrainte des obligations.

### **B. Une fonction atténuée : le resserrement de l'étau de la dette**

**88.** Si la faillite personnelle peut être prononcée contre toute personne ayant commis des actes d'une certaine gravité, elle est aussi un moyen de vaincre la résistance du débiteur récalcitrant. A partir de l'article 198 de l'A.U.P.C., on note que le juge peut prononcer la faillite personnelle contre les dirigeants qui n'ont pas acquitté la partie du passif social mise à leur charge. Corrélativement, ils doivent être rétablis dans leurs droits dès qu'ils ont payé la somme due. La faillite personnelle prend normalement fin à l'expiration de la durée<sup>168</sup> fixée par le juge. Mais il peut arriver que cette durée soit abrégée du fait de la réhabilitation. Par réhabilitation, on entend le rétablissement du failli dans tous ses droits. Elle entraîne la suppression de toutes les incapacités et interdictions<sup>169</sup>. La réhabilitation intervient automatiquement en faveur du débiteur qui a intégralement payé les dettes mises à sa charge,

---

<sup>168</sup> L'idée d'une faillite perpétuelle a d'ores et déjà été abandonnée (C'est un principe général de droit que nul ne saurait être tenu éternellement). Il revient au juge de fixer la durée de la mesure comprise trois ans minimum et dix ans maximum (art. 203 al. 4. de l'A.U.P.C.). Il est à noter que, depuis la loi du 26 juillet 2005, le législateur français fixe une durée maximale égale à quinze ans.

<sup>169</sup> V. H. A. BITSAMANA, *Dictionnaire de droit OHADA*, www.ohada.com (ohadata D-05-33).

qui a obtenu une remise intégrale de ses dettes ou qui a fait l'objet d'une procédure collective clôturée pour extinction du passif<sup>170</sup>. Dans ces conditions, l'opposition à la réhabilitation est également ouverte à tout créancier non intégralement payé et qui dispose des pièces justificatives<sup>171</sup>. Ce dernier peut alors intervenir dans la procédure de réhabilitation, par requête présentée au Président de la juridiction compétente et signifiée au débiteur.

C'est donc dire que la clé de la faillite tout comme de la réhabilitation réside, en partie, dans le règlement des dettes. On arrive alors à une instrumentalisation de la faillite personnelle. Elle devient un moyen de faire pression sur les débiteurs afin de les amener à payer leurs dettes. En ce sens, c'est une véritable solution à l'insuffisance d'actif. Il ne reste plus qu'à s'interroger sur son effectivité.

## **§2 L'EFFECTIVITE DE LA FAILLITE PERSONNELLE**

**89.** La faillite personnelle vise, avant tout, la mise à l'écart des opérateurs économiques dont la crédibilité est entamée. A ce titre elle poursuit une finalité louable. Seulement, il faudrait qu'elle soit effective. Or, il peut arriver qu'un opérateur véreux, tombé sous le coup de la loi, relance ses activités au mépris des diverses interdictions prononcées. La violation de ces mesures doit donner lieu à des sanctions exemplaires. Si ce n'est pas le cas, on risque d'aboutir à une ineffectivité de la faillite personnelle. Sur ce point, l'analyse sur le plan juridique **(A)** se sépare de l'analyse sur le plan pratique **(B)**.

### **A. L'analyse sur le plan juridique**

**90.** Le législateur OHADA manifeste sa volonté d'étendre la faillite personnelle à tous les opérateurs économiques. Cette extension est logique. Elle suscite tout de même des questionnements quant à son effectivité. A bien y regarder, les commerçants demeurent, malgré tout, les professionnels véritablement visés par les principales interdictions. En effet, s'il existe une interdiction générale de faire le commerce, en revanche les textes ne consacrent pas d'interdiction générale d'exercer une activité économique. Certes, une fois tombés sous le coup de la sanction, tous les opérateurs subissent les effets liés à la privation des droits civiques et du droit d'occuper certains postes de responsabilité. Le législateur n'interdit pourtant pas de continuer, par exemple, à exercer une activité économique qui serait agricole

---

<sup>170</sup> Articles 204 et 205 de l'A.U.P.C.

<sup>171</sup> Article 210 de l'A.U.P.C.

ou artisanale, puisqu'en dehors des déchéances d'ordre civique seul compte en sus l'interdiction de gérer, de diriger, d'administrer ou de contrôler une entreprise ayant une activité économique. Cette dernière catégorie d'interdiction ne compterait que pour les opérateurs exerçant antérieurement de pareilles fonctions. Or, on peut bien exercer une activité économique sans être dirigeant, administrateur, gérant, etc. Même mis en faillite personnelle, les opérateurs non dirigeants continueraient à mener leurs activités comme précédemment, sauf à subir des déchéances d'ordre civiques. La réparation morale qui devait être obtenue se trouve neutralisée. Il y a là, selon les vues du Professeur SAWADOGO, que nous partageons, une inadvertance de la part du législateur<sup>172</sup>. En limitant l'impact de la faillite personnelle aux seuls opérateurs exerçant une activité économique, le législateur crée une disparité injustifiée. L'on sait en effet que toutes les personnes morales de droit privé peuvent être soumises aux procédures collectives. On ne comprend pas pourquoi, pour les mêmes actes produisant les mêmes conséquences, la sanction préconisée varie suivant la nature de l'activité exercée : elle est dure pour les commerçants, moins dure pour les opérateurs économiques non commerçants, inexistante pour les autres. Ainsi, Le législateur n'a pas tiré toutes les conséquences du dépassement du cadre commercial de la faillite personnelle. Cette carence est source d'inefficacité comme en témoigne l'analyse sur le plan pratique.

## **B. L'analyse sur le plan pratique**

**91.** Le législateur punit de sanctions pénales (banqueroute frauduleuse) le fait d'exercer une profession contrairement à une interdiction prévue par les Actes uniformes ou par la loi de chaque Etat partie<sup>173</sup>. Seulement, la fonction dissuasive de cette peine ne peut jouer pleinement que si le système de répression est efficace. La transparence dans le monde des affaires est un pari que le législateur se donne et qui est indispensable pour assurer le primat de la légalité. Le Registre de Commerce et de Crédit Mobilier (RCCM) est, en ce sens, un instrument privilégié de contrôle qui permet éventuellement de détecter certaines anomalies. Ainsi, un commerçant mis en faillite personnelle qui demande de nouveau à être immatriculé au RCCM se verra normalement opposer l'interdiction. Mais, il pourra continuer à exercer en fait la profession, l'immatriculation au registre de commerce n'étant ni un préalable à l'exercice de toute activité commerciale, ni une condition pour avoir la qualité de commerçant. Dans le contexte africain, cette manœuvre peut être favorisée par la forte

---

<sup>172</sup> F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, Bruxelles, Coll. Droit uniforme, éd. BRUYLANT, 2002, n° 363.

<sup>173</sup> Article 229 al. 4 de l'A.U.P.C.

puissance du secteur informel<sup>174</sup>. A moins que le récidiviste n'arrive à une nouvelle cessation des paiements<sup>175</sup>, il sera probablement malaisé de constater cette situation afin d'appliquer les sanctions pénales envisageables.

## SECTION II : LES SANCTIONS PENALES ENVISAGEABLES

Dans le contexte de la disparition de l'entreprise, des infractions peuvent être commises. En général, elles entravent, directement ou indirectement, la poursuite de la finalité de paiement des créanciers. Elles sont aussi une menace grave à la stabilité et à la crédibilité du système économique. Il est donc essentiel d'en assurer la répression. Pour cela, le législateur a institué un régime de poursuite dont l'étude révèle l'originalité (§1). Le juge répressif est appelé à jouer un rôle capital. Compte tenu du contexte, il est investi d'une mission singulière qu'il importe de souligner (§2).

### §1 UN REGIME DE POURSUITE ORIGINAL

92. Les traits de l'originalité du système de poursuite dans le cadre des procédures collectives OHADA sont nombreux. Ce qui frappe tout d'abord c'est le partage des compétences entre le droit communautaire et les droits nationaux<sup>176</sup>. Le législateur communautaire se donne le pouvoir de déterminer les incriminations du droit des affaires en général<sup>177</sup>, alors que les Etats Parties conservent la compétence pour fixer les sanctions encourues<sup>178</sup>. En application de ce partage de compétence, certains des Etats membres se sont récemment dotés de lois spéciales en relation avec les infractions prévues par les Actes uniformes<sup>179</sup>.

---

<sup>174</sup> F. M. SAWADOGO, *ibid.*

<sup>175</sup> F. DERRIDA, *Un vide législatif à combler, A propos de l'interdiction d'« exploiter » une entreprise commerciale*, D., 1968, Chron., XVI, pp. 95 à 97, cité par F. M. SAWADOGO, *ibid.*, n° 364.

<sup>176</sup> L'originalité vient de ce que le droit pénal relève traditionnellement de la souveraineté des Etats. D'une part, il englobe les matières considérées comme d'ordre public, concept suffisamment imprécis, dont le contenu varie en fonction des valeurs propres à chaque Etat. D'autre part, l'Etat conserve le monopole de la contrainte physique, tandis que les sanctions pénales riment constamment avec un certain degré de contrainte. Pour ces raisons et malgré le partage des compétences, l'essentiel des pouvoirs demeure entre les mains des juridictions nationales.

<sup>177</sup> Il ressort de l'article 5 al. 2 du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique que les Actes uniformes OHADA peuvent inclure des dispositions d'incriminations pénales. L'incrimination est la description des éléments constitutifs d'une infraction pénale par un texte législatif ou réglementaire (cf. *Lexique des termes juridiques*, sous la direction de S. GUINCHARD et G. MONTAGNER, Paris, Dalloz, 12<sup>ème</sup> éd. 1999, p. 282).

<sup>178</sup> Article 5 du Traité OHADA.

<sup>179</sup> Pour le cas du Cameroun, v. la loi n°2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions prévues par certains Actes uniformes OHADA ; Pour le cas du Sénégal, v. la loi n° 98/22 du 26 mars 1998 portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (J. PAILLUSSEAU, *l'Acte uniforme sur le droit des sociétés*, Petites affiches n° 205 du 13 octobre 2004, p. 28).



Pour d'autres, les plus nombreux d'ailleurs, il faudrait encore attendre<sup>180</sup>. On note ensuite que contrairement aux autres sanctions, les créanciers bénéficient d'un droit de saisine en cas d'infraction (A). Enfin la complexité de la procédure collective fait que le juge répressif ne puisse pas statuer isolément. Il doit nécessairement collaborer avec les organes de la procédure collective (B).

### A. L'intervention des créanciers au niveau de la saisine du tribunal

93. L'article 234 alinéa 1 de l'A.U.P.C. suggère qu'en cas de banqueroute ou d'infractions assimilées, «*La juridiction répressive est saisie, soit sur la poursuite du représentant du Ministère Public, soit sur la constitution de partie civile, soit par voie de citation directe du syndic ou de tout créancier agissant en son nom propre ou au nom de la masse*». C'est donc dire que les créanciers peuvent saisir le tribunal, individuellement ou collectivement. Lorsque la procédure a été déclenchée en dehors de leur initiative propre, par le Ministère Public par exemple, ils conservent le droit de s'y joindre ultérieurement, par une intervention<sup>181</sup>. On note sur ce point une différence majeure d'avec les sanctions patrimoniales où les créanciers ne bénéficient pas du droit de saisine. Cette différenciation procède, peut-être, du souci d'assurer au mieux la répression. En effet, plus le droit de saisine est ouvert, plus grandes sont les chances de découvrir et réprimer les infractions. Mais, on peut aussi penser que le législateur ait voulu assigner un rôle précis aux créanciers dans la mise en mouvement de l'action publique. Très souvent, la commission de certaines infractions accompagne aussi bien la disparition de l'entreprise que l'effritement des droits des créanciers. A défaut de recevoir quelque paiement, ces derniers peuvent alors dénoncer efficacement les actes répréhensibles dont ils auraient été victimes. On en conclut que la collaboration entre le juge pénal et les acteurs de la procédure collective est nécessaire.

---

<sup>180</sup> Cas du Niger par exemple : v. ADAMOU RABANI, *Le droit pénal des sociétés commerciales : droit pénal des affaires du Niger, une construction duale entre Droit uniforme et législation nationale*, [www.ohada.com/](http://www.ohada.com/) Ohadata D-05-30.

<sup>181</sup> Article 234 al. 3 de l'A.U.P.C. L'intervention est caractérisée par la demande formée par un tiers qui entend devenir partie à un litige en cours.

## **B. La nécessaire collaboration dans le traitement de la demande**

94. Lorsque le juge pénal est saisi d'une infraction commise dans le cadre des procédures collectives, il s'opère une médiation entre les règles ordinaires de poursuite et les règles spéciales des procédures collectives. Le juge répressif dispose certes des pouvoirs nécessaires pour mener toutes les investigations, mais sa démarche sera forcément influencée par le cours de la procédure collective. La collaboration nécessaire se situe à plusieurs niveaux. D'abord, une collaboration avec le tribunal compétent dans le cadre de la procédure collective. Ce dernier dispose de toutes les informations relatives à cette procédure dont il centralise le cours. Il lui revient habituellement de prendre les décisions les plus importantes d'ouverture et de clôture de la procédure, de trancher toutes les contestations et même de décider de certaines sanctions. Ensuite, une collaboration avec les autres organes de la procédure collective, notamment le syndic et le juge commissaire est souhaitable. Le syndic par exemple est tenu, d'après l'art. 235 al. 1 de l'A.U.P.C., « *de remettre au représentant du Ministère Public les pièces, titres, papiers et renseignements qui lui sont demandés* ». Enfin, un rapprochement avec certaines personnalités de l'entreprise peut parfois être très utile. Nous pensons au commissaire aux comptes s'il en existe<sup>182</sup>. Cette collaboration à un triple niveau assure au juge les moyens de remplir la mission singulière qui est sienne.

### **§2 UNE MISSION SINGULIERE ASSIGNEE AU JUGE REPRESSIF**

L'étude des infractions contemporaines à la disparition de l'entreprise révèle la volonté du législateur de renforcer la présence du juge pénal à cette étape. En général les infractions les plus importantes sanctionnent les détournements de deniers et autres malversations. Cela se comprend dans la mesure où l'insuffisance d'actif marque à la fois l'échec du redressement de l'entreprise et l'échec du règlement des créanciers. La mission particulière du juge répressif est alors de protéger les biens de l'entreprise contre toute atteinte directe **(A)** ou indirecte **(B)**.

---

<sup>182</sup> Toutes les sociétés n'ont certes pas de commissaire aux comptes. Si les sociétés anonymes en général sont tenues de désigner un commissaire aux comptes et deux suppléants (art. 702 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement économique), en revanche, s'agissant des sociétés à responsabilité limitée, la désignation d'un commissaire aux comptes n'est obligatoire que dans les conditions fixées par l'art. 376 du même Acte uniforme.

## A. La répression des atteintes directes a la fortune de l'entreprise

95. En général, les détournements de biens et autres malversations commis après la cessation des paiements donnent lieu à des poursuites pour banqueroute<sup>183</sup>. Toutefois, tous les cas de banqueroute ne se résument pas en un détournement des biens de l'entreprise<sup>184</sup>. La banqueroute est un *délit commis par une personne physique, commerçante, ou dirigeant d'une personne morale de droit privé ayant une activité économique ou par une personne morale, consistant en l'accomplissement de faits frauduleux liés à l'activité de l'entreprise ou à sa comptabilité, après la cessation des paiements de l'exploitation ou avant, lorsque les faits reprochés ont eu pour objet ou pour effet de provoquer ledit état*<sup>185</sup>.

96. Les infractions portant une atteinte directe au patrimoine de l'entreprise sont nombreuses. Elles constituent des cas de banqueroute simple ou frauduleuse. A titre d'exemple, tombe sous la qualification de banqueroute simple l'emploi de moyens ruineux permettant une survie artificielle de l'entreprise<sup>186</sup>. L'article 25 al. 1 de la loi camerounaise du 10 juillet 2003 en application de l'article 228 de l'A.U.P.C. punit tous les cas de banqueroute simple d'une peine d'emprisonnement allant de un (1) à deux (2) ans. Les cas de banqueroute frauduleuse aboutissant à une atteinte directe à la fortune de l'entreprise se résument en général aux cas de détournement d'actifs ou de majoration frauduleuse du passif. L'article 26 al. 1 et 2, de la loi camerounaise précitée y attache des pénalités plus sévères. Lorsque les éléments constitutifs de ces infractions sont réunis, le juge applique une peine comprise entre cinq (5) et dix (10) ans.

Lorsque des malversations ont été commises par des personnes autres que celles prévues dans la définition ci-dessus, la qualification change. Le syndic par exemple sera coupable non pas de banqueroute mais du délit de malversation. C'est le cas lorsqu'il contribue à une dissipation des biens du débiteur ou lorsqu'il poursuit abusivement son intérêt personnel. Est tout aussi punissable le fait pour le syndic d'acquérir les biens du débiteur, entamant ainsi la neutralité dont il doit faire preuve. Il faut en effet se rappeler l'interdiction

---

<sup>183</sup> Cass. crim., 16 févr. 1987 : Rev. sociétés, 1987, p. 612, note BOULOC, Dictionnaire permanent de droit des affaires, Etudes numérisées, Editions législatives, Feuillet 165, 1<sup>er</sup> octobre 2002.

<sup>184</sup> V. Article 227 et suivant de l'A.U.P.C.

<sup>185</sup> Code de commerce français, art. L. 626-1 et s ; *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, Litec, 1<sup>ère</sup> éd. 2002, sous la direction de R. CABRILLAC.

<sup>186</sup> A ce titre, les articles 228 et 231 de l'A.U.P.C. visent le fait de contracter « *sans recevoir des valeurs en échange, des engagements jugés trop importants, eu égard à sa situation lorsqu'elle les a contractés* » ainsi que le fait de faire des achats en vue de leur revente au dessous du coût.

formelle qui ressort de l'article 51 de l'A.U.P.C.<sup>187</sup>. Le syndic coupable de malversation est sanctionné d'autant plus rigoureusement qu'il est un professionnel dont la mission exige une grande intégrité. Le législateur camerounais prévoit, à cet effet, une peine d'emprisonnement allant de cinq (5) à dix (10) ans et d'une amende de 200 000 à 5 000 000 de Fcfa<sup>188</sup>.

Dans le même sens, les infractions commises par les proches du commerçant ou du dirigeant ne sont pas sanctionnées sur le terrain de la banqueroute. Il faut davantage se rapporter à l'article 240 de l'A.U.P.C. qui punit entre autres les personnes convaincues d'avoir, dans l'intérêt du débiteur, soustrait, recelé ou dissimulé tout ou partie des biens meubles ou immeubles ; d'avoir produit à la procédure collective en leur nom ou par personne interposée des créances supposées ; ou d'avoir, de mauvaise foi, détourné ou tenté de détourner ou de dissimuler tout ou partie de ses biens. Telle est l'hypothèse générale de complicité. L'élément intentionnel est exigé pour la répression ici, c'est-à-dire que le complice doit avoir sciemment contribué à la commission de l'infraction. La gravité des faits justifie la sévérité des peines qui vont de cinq (5) à dix (10) ans<sup>189</sup>. Une hypothèse particulière de complicité vise les membres de la famille (descendants, conjoint, ascendants, collatéraux ou alliés) du débiteur ou du dirigeant. Le législateur prend ainsi du recul vis-à-vis de cette proximité. Convaincus d'avoir en toute connaissance de cause, participé au détournement ou d'avoir recelé les biens appartenant au débiteur, ils sont passibles d'une peine d'emprisonnement allant de un (1) trois (3) ans et d'une amende allant de 50 000 à 250 000 Fcfa, ou de l'une des deux peines seulement<sup>190</sup>.

---

<sup>187</sup> Il est interdit au syndic et à tous ceux qui ont participé à l'administration de toute procédure collective, d'acquiescer personnellement, soit directement, soit indirectement, à l'amiable ou par vente de justice, tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier du débiteur en état de règlement préventif, redressement judiciaire ou liquidation des biens.

<sup>188</sup> Article 34, de la loi n°2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions prévues par certains Actes uniformes OHADA.

<sup>189</sup> Article 31 de la loi précitée.

<sup>190</sup> Article 32, *ibid.* La modicité de la peine laisse penser que le législateur a voulu faire preuve de modération dans la répression, tenant compte de la complexité des relations familiales. C'est une modération qui frise l'indulgence.

## B. La répression des atteintes indirectes à la fortune de l'entreprise

97. Les atteintes indirectes au patrimoine de l'entreprise en difficulté sont diverses. Nous notons, d'abord, le retard dans la déclaration de cessation des paiements. Ce retard fort récurrent est un facteur de poids de la prédominance des procédures collectives débouchant sur l'échec des plans de redressement et l'insuffisance d'actif. Il peut parfois s'accompagner d'un recours abusif au financement. En période de difficulté ou en période suspecte<sup>191</sup>, l'emprunt se fait presque toujours à des taux excessifs. Il contribue ainsi à prolonger de manière artificielle la vie de l'entreprise et à diminuer le gage des créanciers<sup>192</sup>.

Le retard dans la déclaration de cessation des paiements peut également s'accompagner de l'altération de tout ou partie des documents comptables. La comptabilité incomplète ou inexacte est sanctionnée. Dans ce sens, la jurisprudence française condamne pour banqueroute le dirigeant qui obtient remboursement de ses frais de déplacement sans aucun justificatif et ayant effectué des retraits dépourvus d'affectation, tandis que les clients bénéficiaires de cadeaux d'entreprise n'étaient pas identifiés, que les soldes de caisses et des chèques postaux étaient incohérents, et notamment qu'aucun cahier de contrôle n'a pu être présenté<sup>193</sup>. Pour ces infractions, il n'est pas requis une véritable intention coupable. Une simple négligence ou imprudence suffit. Ainsi, le commerçant étant un professionnel, excepté les hypothèses d'erreur purement matérielle, il n'y a pas d'excuse à la tenue d'une comptabilité inexacte ou irrégulière.

---

<sup>191</sup> La période suspecte va de la cessation des paiements au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective. Elle est qualifiée suspecte car on suppose que le débiteur, conscient de sa situation économique, a dû accomplir des actes de nature à dissimuler ses difficultés. De tels actes, en général motivés par le souci d'éviter des poursuites ou de se procurer des fonds, contribuent malheureusement à aggraver son passif. (H. A. BITSAMANA, *Dictionnaire de droit OHADA*, [www.ohada.com/Ohadata D-05-33](http://www.ohada.com/Ohadata D-05-33).)

<sup>192</sup> Certes il ne faut pas condamner de manière radicale l'emprunt en période suspecte. Seul tombe sous le coup de la condamnation un emprunt fait en vue de dissimuler la situation réelle de l'entreprise et dont les conséquences seront à terme dévastatrices pour elle. Alors il peut se poser la question de savoir à partir de quel seuil une opération de crédit devient ruineuse pour une entreprise. Il est difficile de fixer mathématiquement ce seuil. Sa détermination procède d'une appréciation au cas par cas. Des indices comme l'importance des difficultés, le montant du prêt, sa durée et le taux d'intérêt guident le juge dans cette appréciation.

<sup>193</sup> Cass. crim., 12 sept. 2001, no 01-80.064 : R.J.D.A. n° 2/2002, *Dictionnaire permanent de droit des affaires*, Etudes numérisées, Editions législatives, Feuillet 165, 1<sup>er</sup> octobre 2002.

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

98. Les solutions extrapatrimoniales à l'insuffisance d'actif sont soit d'ordre professionnel, soit d'ordre pénal. La mise en faillite personnelle d'un professionnel véreux conduit à l'éliminer, momentanément, de la profession visée. C'est une tentative de « nettoyage » qui vise à lutter efficacement contre les abus dont sont régulièrement victimes les partenaires de l'entreprise ainsi que le grand public. Pour cela, il faut qu'elle soit effective. Le recours éventuel aux sanctions pénales permet de réprimer la violation des interdictions. Le régime des sanctions pénales réalise un mélange notable. Il est partagé entre le droit communautaire et le droit interne des Etats. Il est également partagé entre le droit des procédures collectives et le droit pénal commun. On en déduit son originalité.

A plus d'un titre, les solutions professionnelles et pénales demeurent liées. D'abord, au niveau du juge compétent : alors que les infractions commises sont du ressort du juge pénal, il est à noter que ce dernier dispose également du pouvoir de prononcer la faillite personnelle et les interdictions subséquentes. On en conclut qu'elles ne réalisent pas une séparation stricte du domaine civil et du domaine pénal. Ensuite, au niveau de leur finalité d'intérêt général : elles n'ont pas une vocation réparatrice ou indemnitaire et, *a priori*, les créanciers n'y attendent qu'une satisfaction morale. Toutefois, une analyse approfondie nous a permis de relativiser cette vision. D'une part, la faillite personnelle est parfois un moyen de faire pression sur le débiteur afin de l'amener à payer ses dettes. D'autre part, le juge répressif s'affirme comme un défenseur potentiel des droits des créanciers. Il est appelé à sanctionner toutes les atteintes directes ou indirectes aux biens de l'entreprise. Il assure de ce fait une fonction dissuasive dont l'importance n'est plus à démontrer.

## CONCLUSION DU TITRE II

99. La clôture pour insuffisance d'actif peut occasionner des actions en responsabilité. Ces actions sont diverses non seulement au regard de leur régime juridique, mais également au regard de leur finalité. Elles peuvent aboutir à des sanctions plus ou moins graves qui, appréciées dans leur globalité, présentent en dépit de leur grande diversité des traits originaux<sup>194</sup> communs.

D'abord, elles visent beaucoup plus les dirigeants d'entreprises, et rarement les tiers. Bien entendu, prévaut une conception assez large de la notion de dirigeant.

Ensuite, en dehors des sanctions pénales, elles reposent, dans l'ensemble sur une extrême plasticité qui fait qu'elles sont analysées, pour la plupart, comme des mesures facultatives. Le juge est, en effet, au cœur de ce système de sanctions dont il détient véritablement la clé. C'est un trait essentiel du droit des procédures collectives<sup>195</sup>.

Enfin, le régime des sanctions souffre d'une entorse principale qui se résume en un manque de clarté ou de lisibilité. Les efforts du législateur devront permettre de vaincre ce handicap : une définition globale et simple de la faute de gestion serait utile tout autant que la délimitation claire et nette du champ d'application de chaque sanction. Les actes décrits dans une catégorie sont souvent proches voire identiques à ceux faisant partie d'une autre. A titre d'exemple, un détournement d'actif est susceptible d'entraîner aussi bien l'extension de la procédure collective que la mise en faillite personnelle ou une condamnation pénale pour banqueroute. On ajoute à cela le fait que les sanctions sont manipulées en considération de la qualité du fautif, précisément suivant qu'il est dirigeant ou pas. On aboutit à des disparités injustifiées du point de vue de la technique juridique. Comment comprendre, par exemple, que la faillite personnelle soit en général obligatoire, mais toujours facultative quand il s'agit du cas du dirigeant social ? A côté de bien d'autres, il s'agit d'une distinction artificielle qui ne convainc pas sur le terrain de l'analyse juridique.

---

<sup>194</sup> F. DAEMS, *Les sanctions du dirigeant d'entreprise en procédure collective*, Mémoire de D. E. A., Université de Lille, 1998- 1999.

<sup>195</sup> Dans le passé, les systèmes juridiques majoritaires étaient manifestes de la toute puissance du législateur. Ce phénomène fut qualifié de « *légicentrisme* ». En particulier, dans l'Ancien Droit français, la méfiance envers le juge (suspecté de velléités arbitraires) était de mise. Le droit contemporain est caractérisé par une volonté d'équilibrage des différents pouvoirs. Mais alors que, dans l'ensemble, le « *légicentrisme* » recule, le droit des procédures collectives va plus loin, vers la consécration de la toute puissance du juge.

## CONCLUSION GENERALE

**100.** Les solutions à l'insuffisance d'actif relèvent des préoccupations de premier plan qui s'imposent dès lors que l'on s'intéresse au droit des entreprises en difficulté. Qu'elles soient constantes ou variables, elles traduisent une réelle volonté du législateur OHADA de faire de la protection des droits des créanciers la finalité essentielle des procédures collectives en général, de la liquidation des biens en particulier. Directement ou indirectement, toutes les mesures étudiées participent de cet objectif.

La clôture pour insuffisance d'actif ainsi que le recouvrement par les créanciers de leurs droits individuels de poursuite s'apparentent à des mesures conservatoires nécessaires. Elles ne procurent pas aux créanciers une satisfaction concrète, mais elles permettent d'éviter la perte de leurs recours ou l'aggravation de l'insolvabilité du débiteur. À ce niveau, l'essentiel du débat porte sur l'opportunité du maintien des recours contre ce dernier. C'est un débat dont la richesse dépasse le cadre juridique et embrasse des considérations d'ordre socio-économique, voire d'ordre sociologique. Au terme de notre étude, le maintien des recours des créanciers, sans être une solution idéale, apparaît comme la mieux défendable, au regard de son efficacité d'un point de vue normatif et moral<sup>196</sup>.

Les sanctions applicables sont des réponses possibles à l'insuffisance d'actif. Elles traduisent nettement la volonté de défendre, autant qu'il est possible, les intérêts des créanciers. Pour ces derniers, les sanctions patrimoniales sont, évidemment, les plus avantageuses. Elles tentent de leur restaurer les dividendes qui auraient été dilapidés. Les sanctions extrapatrimoniales ont un caractère dissuasif certain. Leur intérêt dépasse le strict cadre de la réparation morale. D'abord, la faillite personnelle, initialement perçue comme une voie d'éviction du commerçant est aussi un moyen de pression sur celui-ci afin de l'amener à régler ses dettes. Ce qui nous a fait penser à son instrumentalisation<sup>197</sup>. Ensuite, s'agissant des incriminations pénales, elles intègrent, pour une bonne part les atteintes aux biens de l'entreprise. Dans cette optique, le juge répressif assure une fonction dissuasive irremplaçable.

---

<sup>196</sup> Bien entendu, s'il fallait juger uniquement du point de vue pratique, c'est-à-dire au regard des résultats concrets que les créanciers pourraient obtenir, l'efficacité d'une telle solution serait largement discutée.

<sup>197</sup> Elle est, en quelque sorte, au service de la dette.



Ainsi, avons-nous exploré les issues possibles lorsque la liquidation des biens se heurte à l'insuffisance d'actif. Il s'est agi des solutions curatives. L'on ne doit pourtant pas négliger l'impact des solutions préventives. Globalement, l'efficacité de ces dernières dépendra des efforts conjugués du législateur et des opérateurs économiques.

Les opérateurs économiques gagneraient à se familiariser davantage avec le système de prévention des difficultés de l'entreprise. Ils devront comprendre qu'il n'y a pas ni honte ni crainte à déclarer ses difficultés<sup>198</sup> et, qu'il faut le faire de manière anticipative. Comme nous l'avons dit, l'ouverture tardive des procédures collectives est un facteur de poids de la récurrence des défaillances d'entreprises et des procédures clôturées pour insuffisance d'actif.

Le législateur devra contribuer à la simplification des voies d'accès aux procédures collectives. Cette simplification passe par une distinction essentielle entre les grandes sociétés et les petites sociétés. Il est à la fois injuste et illogique que la plus modeste des entreprises subisse les conséquences liées à l'ouverture de la procédure collective, au même titre que la plus grande. Le coût<sup>199</sup> de la procédure collective, s'il franchit un certain seuil, ne peut évidemment pas être supporté par les entreprises modestes<sup>200</sup>. C'est dans cette optique que le droit français prévoit, justement, une procédure de liquidation simplifiée applicable aux petites entreprises. Leur structure, *a priori* simple, ne nécessite pas le déploiement de tous les moyens humain et matériel prévus par le législateur en vue de la conduite de la procédure collective

---

<sup>198</sup> Comme le souligne le professeur ROUSSEL, une crainte continuelle habite le débiteur lorsqu'il veut franchir le seuil du tribunal. Pour lui, « le bonnet, (...) la prison pour dettes ont marqué les imaginations et demeurent dans tous les esprits » (G. ROUSSEL, le sort du débiteur, in *Echanges sur la loi de sauvegarde des entreprises : de la Côte-d'Or à la Côte d'Azur*, Colloques de Dijon (LDPA- 10 mars 2006) et de Nice (CRAJEFE- 1<sup>er</sup> avril 2006), p. 61. A l'heure actuelle, les opérateurs économiques doivent, à notre sens, pouvoir vaincre cet obstacle psychologique.

<sup>199</sup> V. Tribunal de Grande Instance hors classe de Niamey, jugement civil n° 258 du 28 juin 2006, affaire Youssou BACHIR contre Ali DJIMBA et autres (inédit), où le syndic de la liquidation des biens chiffre les frais de l'assistance du débiteur à un montant de 11 900 000 FCFA (Onze millions neuf cent mille francs CFA). On se demande si la liquidation d'une petite entreprise peut occasionner ce même montant à titre de frais.

<sup>200</sup> Heureusement, les juges ont déjà eu à franchir un cap, si minime soit-il, dans le sens de la modération du coût de la procédure collective. Un tribunal de Dakar a donné le ton en rétractant des ordonnances du juge-commissaire, portant taxation des honoraires du syndic parce que ceux-ci étaient exagérés (Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Sénégal, n° 136 du 11 mars 2005, affaire de la liquidation des biens de la « SONADIS », inédit).

# BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

## I. LEGISLATION

Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, Journal Officiel (JO) OHADA n° 7 du 1er Juillet 1998;

Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, JO OHADA n° 2 du 1er octobre 1997 ;

Acte uniforme OHADA relatif au droit commercial général, JO OHADA n° 1 du 1er octobre 1997 ;

Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés, JO OHADA n° 3 du 1er octobre 1997 ;

Loi camerounaise n°2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes uniformes OHADA ;

Loi française n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises ;

Loi française du 25 janvier 1985 sur le règlement judiciaire des entreprises en difficulté.

## II. OUVRAGES GENERAUX

**COZIAN (M), PETIT-JEAN (M)**, *Manuel d'introduction au droit de l'entreprise*, Litec, collection expertise comptable, 9<sup>e</sup> édition, 1998, 533 p.

**GUYON (Y)**, *Droit des affaires, T2 : Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire-Faillite*, Paris, Economica, 6<sup>ème</sup> édition, 1997, 492 p.

**ISSA-SAYEGH (J.), POUGOUE (P-G), SAWADOGO (F. M) et al.** , *OHADA : Traités et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2<sup>e</sup> édition, 2002, 958 p.

**JACQUEMONT (A)**, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, Litec, 4<sup>e</sup> édition, 2006, 519 p.

**JEANTIN (M), LE CANNU (P)**, *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, entreprises en difficultés*, Paris, Dalloz, 6<sup>e</sup> édition, 2003, 745 p.

**MESTRE (J), PUTMAN (E), VIDAL (D)**, *Grands arrêts du droit des affaires*, Paris, Dalloz, 1995, 790 p.

**NYAMA (J. M.)**, *OHADA : Droit des entreprises en difficulté*, CERFOD, éditions 2004, 470 p.

**LE CORRE (P. M.)**, *Le créancier face au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, T1, presses universitaires d'Aix Marseille, 2000, 1207 p.

**PEROCHON (F), BONHOMME (R)**, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, Paris, LGDJ, 6<sup>e</sup> édition, 2003, 884 p.

**PETEL (P.)**, *Procédures collectives*, Cours Dalloz série Droit privé, Paris, Dalloz, 4<sup>ème</sup> édition, 2005, 236 p.

**POUGOUE (P-G), KALIEU (Y)**, *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, Yaoundé, Presses Universitaires d'Afrique, 1999, 232 pages.

**RIPERT (G.), ROBLOT (R.)**, *Traité de droit commercial tome 2, effets de commerce, banque et bourse, contrats commerciaux, procédures collectives*, Paris, L.G.D.J., 16<sup>e</sup> édition, 2000, 1256 p.

**SAINT-ALARY-HOUIN (C.)**, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, Montchrestien, 2001, 795 p.

**SAWADOGO (F. M.)**, *Droit des entreprises en difficulté*, Bruxelles, Coll. Droit uniforme, édition Bruylant, 2002, 445 p.

*Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif*, in ISSA-SAYEGH, POUGOUE et SAWADOGO, *OHADA : Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2<sup>ème</sup> éd. 2002, pp. 811 à 958.

**SZRAMKIEWICZ (R)**, *Histoire du droit des affaires*, Paris, Montchrestien, 1989, 343 p.

### III. MEMOIRES, RAPPORTS ET ETUDES

**BILLET (F), DESCAMPS (A), HERMAN (B)**, *Etude comparative de la responsabilité des dirigeants d'entreprise en faillite*, DEA de Droit Economique Francophone, 2004-2005, [www.ladef-sorbonne.net/memoires/Billet-Descamps-Herman.doc](http://www.ladef-sorbonne.net/memoires/Billet-Descamps-Herman.doc)

**CADART (A-S.)**, *Le cautionnement dans le cadre des procédures de redressement et de liquidation judiciaires*, mémoire de DEA de droit privé, Université de Lille II, 1997-1998 (<http://www.rajf.org/article.php>).

**DAEMS (F.)**, *Les sanctions du dirigeant d'entreprise en procédure collective*, mémoire de DEA, Université de Lille II, 1998-1999 (<http://www.rajf.org/article.php>).

**DEFRANCE (D.)**, *Procédure collective et voies d'exécution*, mémoire de DEA de droit privé, Université de Lille II, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, 1997-1998 (<http://www.rajf.org/article.php>).

**KONTCHOP (H)**, *Le sort des dirigeants sociaux dans les procédures collectives OHADA*, mémoire de DEA de droit communautaire et comparé, Université de Dschang, Faculté des sciences juridiques et politiques, 2004-2005.

Rapport du Sénat français sur *La sauvegarde des entreprises en difficulté*, les documents de travail du Sénat, série législation comparée, n° LC 135, juin 2004, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

### IV. ARTICLES DE DOCTRINE

**ADAMOU RABANI**, *Droit pénal des affaires du Niger : une construction duale entre droit uniforme et législation nationale*, [www.ohada.com/doctrine/Ohadata D-05-30](http://www.ohada.com/doctrine/Ohadata D-05-30)

**ANCEL (P)**, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. n°4, 1999, pp. 772 et s. ;

*La force obligatoire : jusqu'où la défendre ?* Colloque Lille, Une nouvelle crise du contrat ? 12 et 13 mai 2001, collection Thèmes et commentaires, Dalloz, 2003.

**AKAM AKAM (A)**, *La responsabilité civile des dirigeants sociaux en Droit OHADA*, Revue Internationale de Droit Economique, t. XXI. 2. 2007, pp. 211 à 243.

**APERY (R)**, *La situation des créanciers : vision pratique*, Revue des procédures collectives n° 2, Juin 2006, pp. 151 à 158.

**BESSON-GRANGE (V)**, *Action individuelle des créanciers*, note sous Cass. ass. plén. 9 juillet 1993, Les Grands Arrêts du Droit des Affaires, Dalloz, 1995, p. 569 à 584.

**BORCAN (D)**, *Les nouvelles procédures collectives d'apurement du passif en Europe centrale De l'inspiration française, allemande et américaine et des tendances fortes des règles régissant ces procédures*, Juriscope 2003,  
[www.juriscope.org/actu\\_juridiques/doctrine/eur-centrale/eur-centrale\\_1.pdf](http://www.juriscope.org/actu_juridiques/doctrine/eur-centrale/eur-centrale_1.pdf)

**BOULAY (J- C)**, *Les créanciers antérieurs dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires*, Revue des procédures collectives n° 2, Juin 2006, pp. 135 à 141.

**CABRILLAC (M)**, *L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métempsychose de la masse des créanciers*, Mélanges en l'honneur de C. GAVALDA, Paris, Dalloz 2001, pp. 69- 77.

**CAMPANA (M-J)**, *L'amélioration du sort des créanciers : Les droits individuels*, Petites Affiches, 8 décembre 1993, n°147 pp. 10-13.

**COUDERT (J.L)**, *Dans les procédures collectives l'égalité des créanciers est-elle un mythe ou une réalité*, Petites affiches, 26 août 1992, n°103 pp. 12-15.

**COURTIER (J-L)**, *La loi du 25 janvier 1985 en question- Le rapport C.N.P.F./A.F.B.*, Petites Affiches, 25 janvier 1993, n°11 pp. 7-11.

**DAIGRE (J.J.)**, *Une évolution jurisprudentielle bienvenue : le non cumul de l'action en comblement du passif et des actions en responsabilité de droit commun*, Bull. Joly novembre 1995, pp. 953 à 956.

**DELMOTTE (P)**, *L'égalité des créanciers dans les procédures collectives*, Rapport annuel 2003 de la Cour de cassation, deuxième partie : Études sur le thème de l'égalité, (<http://www.courdecassation.fr/article6254.html>)

**DERRIDA (F)**, *Procès de la loi du 25 janvier 1985 (Action en comblement de l'insuffisance d'actif social)* Les Petites affiches n° 87, 22 juillet 1991, p. 4 à 16.

**ETHY NYAKE (P)**, *La notion de faute de gestion en matière en matière de comblement du passif (contribution à l'appropriation de l'article 183 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif)*, Juridis Périodique n° 71 juillet- août- septembre 2007, p. 43 à 53

**GASTAUD (J.P.)**, *Le comblement de l'insuffisance d'actif social*, Acte du colloque de Nice du 22 au 23 mars 1991 à propos de la loi française du 25 janvier 1985, Petites affiches, 26 juillet 1991, n° 89, p. 26 à 31.

**GUYON (Y)**, *Le droit des contrats à l'épreuve des procédures collectives*, in Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Paris L.G.D.J., 2001, pp. 405 à 417.

**ISSA-SAYEGH (J)**, *Présentation des dispositions sur les procédures collectives d'apurement du passif*, [www.ohada.com/doctrine/ohadata](http://www.ohada.com/doctrine/ohadata) D-06-07.

**LE CANNU (P)**, *La défense de l'intérêt des créanciers antérieurs dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires*, Petites affiches, 28 février 1990, n°26. p.4

**LE CORRE**, *Faut-il encore payer ses dettes en droit des entreprises en difficulté*, in Faut-il encore payer ses dettes, Actes de Colloque du 18 mai 2005, Université du Sud Toulon- Var, Petites affiches, numéro spécial 63, 29 mars 2006. p. 9 à 14 ;

*Les créanciers dans la loi de sauvegarde des entreprises*, Revue des procédures collectives n° 4, décembre 2006, pp. 336 à 341.

**LEGEAIS (D)**, *Les concours consentis à une entreprise en difficultés*, JCP/ La semaine juridique, édition entreprise et affaires n° 42, 20 octobre 2005, pp. 1747- 1750.

**LIENHARD (A)**, *Application des sanctions personnelles à l'égard des dirigeants de sociétés d'économie mixte*, note sous Cass. com. 8 janvier 2002, LE DALLOZ n° 6, 2002, sommaire des décisions, p. 570 à 572.

**MARTIN-SERF (A)**, *L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse*, procédures collectives et droit des affaires, Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat, éd. FRISON-ROCHE, Paris, 2000, pp. 143 à 159 ;

*Les dirigeants et la procédure collective*, Petites Affiches n° 7, 9 janvier 2002, pp. 31 à 38.

**MODI KOKO BEBEY (H.D.)**, *Le tribunal compétent pour l'ouverture des procédures collectives* Juriscope2001, [www.juriscope.org/actu\\_juridiques/doctrine/OHADA/ohada\\_4.pdf](http://www.juriscope.org/actu_juridiques/doctrine/OHADA/ohada_4.pdf) ;

*L'action en revendication dans les procédures collectives du droit français et de l'OHADA (Étude de droit comparé)*, Juriscope, 2002, [www.juriscope.org/actu\\_juridiques/doctrine/OHADA/ohada\\_7.pdf](http://www.juriscope.org/actu_juridiques/doctrine/OHADA/ohada_7.pdf) ;

*La réforme du droit des affaires de L'OHADA au regard de la Mondialisation de l'économie*, Etudes Juriscope, 2002, [www.juriscope.org/actu\\_juridiques/doctrine/OHADA/ohada\\_10.pdf](http://www.juriscope.org/actu_juridiques/doctrine/OHADA/ohada_10.pdf)

**NGUIHE KANTE (P)**, *Réflexions sur le régime juridique de dissolution et de liquidation des entreprises publiques et parapubliques au Cameroun depuis la réforme des procédures collectives OHADA*, Penant n° 837, septembre-décembre 2001.

**NYAMA (J-M)**, *Réflexions sur la responsabilité du banquier, à propos des arrêts BICIC c/ MOSAH Allen, SGBC c/ SANI TONGA et BIAOC c/ MENTHONG Adalbert*, Juridis Info n° 9, Janvier- Février- Mars 1992, P. 33 à 39.

**PETEL (P)**, *Les créanciers postérieurs*, Revue des procédures collectives n° 2, Juin 2006, pp. 142 à 147.

**RAIMOND (M)**, *La difficile articulation de la confusion des patrimoines et de l'action en comblement du passif*, note sous Cass. com. 23 mai 2000, Petites affiches n° 40, 26 février 2001, p. 9 à 11.

**REGNAUT- MOUTIER (C)**, *Les dirigeants de société*, Revue des procédures collectives n° 2, Juin 2006, pp. 159 à 164.

**RENAUT (M-H)**, *La déconfiture du commerçant, du débiteur sanctionné au créancier victime*, RTDcom. 53 (3), juillet- septembre 2000, pp. 533- 567.

**SAINT-ALARY- HOUIN (C)**,

*Les effets de la confusion des patrimoines et de la fictivité des sociétés en redressement judiciaire : Unité ou dualisme*, prospectives du droit économique, Dialogues avec Michel JEANTIN, Paris Dalloz, 1999, 453- 465 ;

*L'action en comblement du passif et la notion de faute de gestion*, petites Affiches 1998 n°63 p.13 ;

**SCHULTZ (P)**, *La faillite personnelle après la loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde de l'entreprise (Commentaire des articles L. 653- 1 et suivants du Code de commerce)*, Revue des procédures collectives n° 4, décembre 2005, pp. 299 à 307.

**STORCK (M)**, *L'exécution sur les biens des époux*, Petites Affiches n° 8, 12 janvier 2000, pp. 13 à 20.

## V. ACTES DE COLLOQUE

- *Bilan de la loi du 25 janvier 1985*, Acte du colloque CRAJEFE de Nice, du 22 au 23 mars 1991, Petites affiches n° 89, 26 juillet 1991.
- *Faut-il encore payer ses dettes*, Actes de Colloque, Université du Sud Toulon- Var, 18 mai 2005, Petites affiches, numéro spécial 63, 29 mars 2006.
- *La loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises*, Actes de Colloque, Université de la Réunion saint -Denis, 27 et 28 février 2006, Petites affiches, numéro spécial 57, 20 mars 2007.
- *La morale et le droit des affaires*, Actes du colloque du 12 mai 1995, Université des sciences sociales de Toulouse I, première éd. Montchrestien 1996, pp. 159 à 170.
- *Regards croisés de praticiens sur la loi de sauvegarde*, Actes de Colloque, 17 février 2006, Petites affiches, numéro spécial 35, 27 février 2006.

## VI. JURISPRUDENCE

(NB : Les jurisprudences africaines citées ci-après sont inédites).

- 1) Cass. ass. plén., Arrêt du 09 juillet 1993, Dalloz 1993, p. 469 (Action individuelle des créanciers) ;
- 2) Cass. com., Arrêt du 03 octobre 2000, petites affiches n°107, 30 mai 2001, affaire Liquidateur c/ M. Faouzi Chaabi et autres (Assignation en paiement des dettes sociales) ;
- 3) Cass. com., Arrêt du 5 mars 1996, Bulletin N° 70, 1996, IV p. 57 affaire Société CREDIT DU NORD (Assignation en paiement des dettes sociales) ;
- 4) Cass. com., arrêt n° 1504 du 19 décembre 2006 affaire Marie Hélène X et autres c/ M. Patrick Z. [www.courdecassation.fr/accueil/jurisprudence](http://www.courdecassation.fr/accueil/jurisprudence) (Confirmation d'une condamnation solidaire au paiement des dettes sociales) ;
- 5) Cass. com., arrêt n° 728 du 04 avril 2006, affaire M. Christian X et autres c/ M. François Y [www.courdecassation.fr/accueil/jurisprudence](http://www.courdecassation.fr/accueil/jurisprudence) (Action en paiement de dettes sociales sur le fondement de la faute de gestion) ;
- 6) Cass. crim., Arrêt du 11 octobre 1993, Dalloz 1994, I,R, 18 (Action civile des créanciers en réparation du dommage né de la banqueroute) ;
- 7) Cour d'Appel de l'OUEST (Cameroun), arrêt n° 31/civ. du 11/12/2002, Affaire Sté U.P.S. c/ S.T.P.C., rendu sur appel contre le jugement civil n° 372 du 04/05/2000 (Liquidation FORACO CAMEROUN).



- 8) Cour d'Appel de Dakar, chambre civile et commerciale, Arrêt n° 342 du 20 juillet 2000, affaire .ASSANE FALL c/ Travailleurs de l'ex Garoscio (Requête en déclaration d'inopposabilité à la masse d'un acte de cession) ;
- 9) Tribunal de Commerce de BAMAKO, Jugement n° 179/JUGT du 26 avril 2006, affaire Collectif des travailleurs de Air Mali SA c/ Air Mali SA (Requête aux fins de clôture pour insuffisance d'actif) ;
- 10) Tribunal de Commerce de BAMAKO, Jugement n° 237/JUGT du 26 avril 2006, affaire Société ACFOR-SA (Demande d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens) ;
- 11) Tribunal de Grande Instance du WOURI, Jugement n° 504 du 7 avril 2005, affaire de la liquidation COPEMAR (Requête aux fins de clôture pour insuffisance d'actif) ;
- 12) Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Dakar (Sénégal), Jugement commercial n° 113 du 12 novembre 2004, affaire Société Industrielle de Confection Sénégalaise (Requête aux fins de clôture pour extinction du passif) ;
- 13) Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Dakar (Sénégal), Jugement n° 128 du 21 janvier 2003, affaire syndic c/ Abdoul Khafiz Fakih (Requête aux fins d'extension de la liquidation des biens) ;
- 14) Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Niamey (Niger), Jugement civil n° 258 du 28 juin 2006, affaire YOUSOU BACHIR c/ Ali DJIMBA et autres (Assignation en paiement des dettes sociales) ;
- 15) Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Niamey, Jugement commercial n° 544 du 28 juin 2006, affaire Association des travailleurs de l'ancienne Air Afrique et procureur de la république c/ AIR AFRIQUE (Demande d'ouverture de la liquidation des biens de Air Afrique) ;
- 16) Tribunal Régional de Niamey (Niger), Jugement civil n° 049 du 27 février 2002, affaire MAMANE ZINGUILE c/SOCIETE COMANI SA ;
- 17) Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Jugement commercial n° 095 du 11 juin 2004, affaire Procureur de la République près le Tribunal Régional de Dakar c/ Compagnie Air Afrique (Requête aux fins d'ouverture d'une procédure de liquidation) ;
- 18) Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Jugement commercial n° 149 du 08 juillet 2005, affaire Compagnie Bancaire de l'Afrique Occidentale SA (CBAO) c/ Société Mauritano Sénégalaise d'Investissement et de Commerce SA (SOMASIC -Assignation en liquidation des biens et en faillite personnelle) ;

- 19) Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Jugement commercial n° 152 du 08 juillet 2005, affaire Cabinet d'expertise Idrissa NIANG c/ Cheikh Tidiane NDIAYE (Assignation en extension de la procédure collective et en paiement des dettes sociales) ;
- 20) Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Jugement n° 160 du 26 août 2005, affaire Abdoulaye DRAME, Syndic c/ Nationale d'Assurances IARD (Requête aux fins de clôture pour insuffisance d'actif) ;
- 21) Tribunal Régional Hors Classe de Niamey (Niger), Jugement civil n° 246 du 14 juin 2006, affaire ECOBANK Niger c/ SECOM SARL (Demande d'ouverture de la liquidation des biens de la SECOM SARL) ;
- 22) Tribunal Régional Hors Classe de Niamey, Jugement commercial n°54 du 24 décembre 2005 affaire Association des travailleurs de l'ancienne Air Afrique c/ Air Afrique (Requête aux fins d'ouverture d'une procédure secondaire de liquidation) ;

## **VII. SITES INTERNET**

- [www.ohada.com](http://www.ohada.com)
- [www.ohadalegis.com](http://www.ohadalegis.com)
- [www.jurisint.org/pub/ohada/ohada.html](http://www.jurisint.org/pub/ohada/ohada.html)
- [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)
- [www.juriscope.org](http://www.juriscope.org)
- [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)
- [www.lexinter.net](http://www.lexinter.net)
- [www.droit.francophonie.org](http://www.droit.francophonie.org)

# INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes, non aux pages)

## A

**Absence de disponibilités**, 9, 12.

**Actes**, 55, 64 et s. 84 et s.

- de disposition, 27.
- de saisies, 27.
- répréhensibles, 93.

**Actif**,

- définition, 8.
- détournement, 96, 99.
- disponible, 10.
- dissimulés, 25.
- impossibilité de réalisation, 13.
- réalisation, 6, 22, 29.

**Action**,

- en paiement, 37.
- en réparation, 59 et s.
- exercice individuel des actions, 16, 33.
- liberté d'action, 27.
- publique, 93.
- sociale, 59.
- valeur des actions, 74.

**Action en comblement du passif**, 24, 59 et s

- aboutissement, 73.
- autonomie, 59.
- fonction indemnitaire, 70.

**Associés**, 31.

- solidaires, 48.

## B

**Banque**, 45.

Voir aussi soutien abusif.

**Banqueroute**, 91 et s.

- frauduleuse, 91.

**Bilan**, 8.

## C

**Cessation des paiements**

- définition, 10.
- délai de déclaration, 85.
- et insuffisance d'actif, 10.
- retard dans la déclaration, 97.

**Cession de créance**, 74.

**Clause de retour à meilleure fortune**, 51 et s.

**Clôture pour extinction du passif**, 6. 88.

**Clôture pour insuffisance d'actif**,

- décision de, 17 et s., 22.
- effets sur le débiteur, 30 et s.
- effets sur les organes de la procédure, 34 et s.
- fréquence, 15, 17.
- nécessité, 16, 17.

**Commissaire aux comptes**, 94.

**Compétence**,

- du juge des procédures collectives, 18.
- partage de compétence, 92.

**Complicité**, 96.

**Concordat**, 5, 6, 10.

**Confusion de patrimoines**, 81.

**Conjoint**, 53, 96.

**Contestations**, 18, 21, 34, 56, 94.

**Contrainte par corps**, 57.

**Créances**

- admission, 56.
- déclaration, 82.
- état, 56, 82.
- prescription, 26.
- vérification, 22, 56.

## **Créanciers**

- chirographaires, 45, 76, 77.
- privilégiés, 45, 76.

## **Crédit**, 3, 46, 59, 85

- crédit social, 65.

## **D**

### **Déchéances**, 85 et s.

### **Déclaration de créance**, voir créances.

### **Dessaisissement**, 31 et s.

### **Dettes**, 30, 38 et s., 64, 66, 72

- impayées, 42.
- obligation aux dettes, 43 et s., 53, 80.
- personnelles, 62.
- professionnelles, 62.
- remise de dette, 88.
- sociales, 77, 85.

### **Dirigeant**, 8 et s.

- de fait ou de droit, 63, 80.
- notion, 62.
- fautif, 2, 36, 58, 60 et s., 88.

### **Dissolution de la société**, 31, 47.

### **Dividendes**, 9, 100

## **E**

### **Egalité**,

- entre créanciers, 77.
- entre débiteurs, 39, 54, 55.

### **Equité**, 38 et s., 64, 68, 70.

### **Exécution provisoire**, 69.

### **Extension des procédures collectives**, 24, 59 et s., 80.

- aboutissement, 78 et s.
- fondement, 65
- notion, 79.

## **F**

### **Faillite**, 3, 7, 15, 59, 65, 83.

### **Faillite personnelle**, 74, 85 et s.

- réhabilitation, 88.

### **Faute**, 34, 49 et s.

- de gestion, 64, 67, 83, 99.
- grave, 65, 80.

### **Fiscalité**, 43, 44.

### **Fraude**, 42, 43, 55, 56.

- aux droits des créanciers, 27.

### **Fraus omnia corrumpit**, 27.

## **H**

### **Homologation**, 56.

## **I**

### **Insolvabilité**, 3, 47, 51, 53 et s., 68, 73, 100.

### **Insuffisance d'actif**

- causes, 58
- définition, 9.
- et notions voisines, 10 et s.
- évaluation, 72.
- historique, 7.
- preuve, 20, 22, 24.

### **Insuffisance de deniers**, 9, 11.

### **Interdictions**, 86 et s.

### **Intérêt général**, 58, 84, 98.

### **Intérêt social**, 65, 67, 83.

### **Investissements**, 1, 2.

## **J**

### **Juge-commissaire**, 9, 20, 34 et s., 94.

### **Juridiction compétente**

- en matière civile, commerciale et sociale, 18.
- pour les procédures collectives, 9, 18, 20, 34, 35, 64, 66, 83, 88.

## **L**

### **Liquidation amiable**, 6.

### **Liquidation des biens**

- finalités, 6.
- clôture, 6, 14 et s., 31, 38 et s., 51.
- ouverture, 22, 31.

## **M**

### **Malversation**, 94 et s.

**Mesures conservatoires**, 57, 100.

**Ministère public**, 19, 34, 61, 93 et s.

## O

### Organes

- de gestion, 62.
- de la procédure collective, 6, 26 et s., 33 et s., 92, 94.

## P

### Passif,

- vérification, 22.
- social, 48.
- apurement du passif, 2, 5, 6, 8 et s.
- exigible, 6, 10, 12.

**Peine**, 40, 60, 71, 84, 91.

- d'emprisonnement, 96 et s.
- pécuniaire, 59, 73.

**Période suspecte**, 97.

### Pouvoir,

- de l'administration fiscale, 44.
- des dirigeants sociaux, 62, 80.
- du juge, 40, 59 et s., 83 et s., 94, 98.

**Prescription**, 24, 26, 40.

**Présomption de faute**, 4.

**Prévention des difficultés de l'entreprise**, 100.

## R

**Redressement judiciaire**, 5 et s., 46, 59, 64, 75,

80 et s.,

- échec du redressement, 94, 97.

**Registre de commerce et de crédit mobilier**, 91.

**Règlement préventif**, 5.

### Résolution

- du concordat, 6.
- du contrat, 40.

**Responsabilité**, 35, 50, 67, 68, 99.

- civile de droit commun, 58, 59.

- des dirigeants, 24, 25, 36, 60 et s., 71, 73.
- limitée, 49.
- pour faute, 49.

## S

**Salarié**, 76.

**Sanction**, 3, 7, 57, 65, 66, 68, 80 et s., 99.

- patrimoniales, 60, 67, 84, 93, 100.
- extrapatrimoniales, 84 et s., 100.
- pénales, 91 et s.
- professionnelles, 84 et s.

**Secteur informel**, 91.

### Société,

- anonyme, 62.
- de capitaux, 49, 87.
- de personnes, 48.
- en commandite simple, 87.
- en nom collectif, 87.

**Solidarité**, 66, 73.

- entre associés, voir associés solidaires.
- familiale, 53.

**Soutien abusif**, 59.

### Syndic

- cessation des fonctions, 33 et s.
- responsabilité, 34, 96.
- prérogatives, 19, 22, 56, 61, 93.

## T

**Titre exécutoire**, 25, 33, 36, 55 et s.

## U

**Usages professionnels**, 64.

## V

**Vérification des créances**, voir créances.

**Voies de recours**, 56, 69.

**Voies d'exécution**, 37.

# TABLE DES MATIERES

<b>AVERTISSEMENT</b> .....	<b>II</b>
<b>DEDICACE</b> .....	<b>III</b>
<b>REMERCIEMENTS</b> .....	<b>IV</b>
<b>PRINCIPALES ABREVIATIONS</b> .....	<b>V</b>
<b>SOMMAIRE</b> .....	<b>VI</b>
<b>RESUME</b> .....	<b>VII</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>VIII</b>
<b>INTRODUCTION GENERALE</b> .....	<b>1</b>
<b>TITRE I :</b> .....	<b>10</b>
<b>LES SOLUTIONS CONSTANTES</b> .....	<b>10</b>
<b>CHAPITRE I :</b> .....	<b>12</b>
<b>LA NECESSITE DE LA CLÔTURE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF</b> .....	<b>12</b>
<b>SECTION I : LE PROCESSUS DE CLOTURE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF</b> .....	<b>13</b>
§1 LE PRONONCE DE LA DECISION .....	<b>13</b>
A. L'intervention du juge .....	<b>13</b>
B. Le moment du prononcé de la décision de clôture .....	<b>15</b>
§2 LA POSSIBILITE DE CONTESTATION DE LA DECISION DE CLOTURE .....	<b>17</b>
A. Les hypothèses de réouverture .....	<b>17</b>
B. Les effets de la réouverture de la procédure .....	<b>19</b>
<b>SECTION II : LA SITUATION DES ACTEURS DE LA PROCEDURE</b> .....	<b>19</b>
§1 LE SORT DU DEBITEUR .....	<b>20</b>
A. La disparition de la personne morale .....	<b>20</b>
B. La fin du dessaisissement du débiteur personne physique ? .....	<b>21</b>
§2 LA FIN ANNONCEE DES FONCTIONS DES ORGANES DE LA LIQUIDATION .....	<b>22</b>
<b>CONCLUSION DU CHAPITRE I</b> .....	<b>24</b>
<b>CHAPITRE II :</b> .....	<b>25</b>
<b>L'OPPORTUNITE DU MAINTIEN DU DROIT DE POURSUITE DES CREANCIERS</b> .....	<b>25</b>
<b>SECTION I : L'HYPOTHESE D'EFFACEMENT DE LA DETTE</b> .....	<b>26</b>
§1. LA RECHERCHE DE L'EQUITE DANS LA FIXATION DU SORT DU DEBITEUR .....	<b>26</b>
A. La recherche de l'équité par l'égalité .....	<b>27</b>
B. La recherche de l'équité par l'indulgence .....	<b>27</b>
§2. LES POTENTIELS ENJEUX ECONOMIQUES DE L'EFFACEMENT DE LA DETTE .....	<b>30</b>
<b>SECTION II : L'HYPOTHESE DU MAINTIEN DES RECOURS DES CREANCIERS</b> .....	<b>31</b>
§1. LE POIDS DU SACRIFICE EVENTUEL DES DROITS DES CREANCIERS .....	<b>31</b>
§2. L'EVALUATION DES CHANCES DE PAIEMENT DES CREANCIERS .....	<b>33</b>

A. L'ineffectivité du maintien des recours à l'égard des personnes morales .....	33
B. L'effectivité controversée du maintien des recours à l'égard des personnes physiques.....	34
<b>CONCLUSION DU CHAPITRE II.....</b>	<b>36</b>
<b>CONCLUSION DU TITRE I.....</b>	<b>38</b>
<b>TITRE II :.....</b>	<b>39</b>
<b>LES SOLUTIONS VARIABLES.....</b>	<b>39</b>
<b>CHAPITRE I :.....</b>	<b>41</b>
<b>LES SOLUTIONS VISANT LA DEFENSE L'INTERET DES CREANCIERS .....</b>	<b>41</b>
SECTION I : LA REPARATION EN GERME .....	43
§1 LA DEMANDE EN REPARATION .....	43
A. Le point de convergence des actions en réparation : les parties en présence .....	43
1. Le demandeur .....	43
2. Le défendeur .....	44
B. Le point de divergence des actions en réparation : le fondement de la demande.....	45
§2 LES POUVOIRS CONSIDERABLES DU JUGE .....	47
A. Essai de justification des pouvoirs du juge.....	48
B. Appréciation du risque d'insécurité juridique.....	49
SECTION II : LA REPARATION FRUCTUEUSE .....	50
§1 LE PRODUIT DE L'ACTION EN COMPLEMENT DU PASSIF .....	50
A. Les garanties de paiement des sommes escomptées .....	51
B. Les modalités de répartition des sommes obtenues .....	52
1. Les thèses en présence .....	52
2. L'institutionnalisation souhaitable d'une répartition égalitaire.....	53
§2 L'ABOUTISSEMENT DE L'ACTION EN EXTENSION DE LA PROCEDURE COLLECTIVE .....	53
A. La notion d'extension de la procédure collective .....	54
1. La soumission des personnes physiques non commerçantes à la procédure collective .....	54
2. La procédure initiale et la procédure subséquente entre unicité et diversité.....	55
B. L'accroissement des chances de règlement des créanciers .....	56
<b>CONCLUSION DU CHAPITRE I .....</b>	<b>57</b>
CHAPITRE II :.....	58
<b>LES MESURES VISANT LA DEFENSE L'INTERET GENERAL .....</b>	<b>58</b>
SECTION I : LES SANCTIONS PROFESSIONNELLES ENVISAGEABLES .....	59
§1 LA DUALITE DES FONCTIONS DE FAILLITE PERSONNELLE.....	60
A. Une fonction radicale : l'élimination du monde des affaires .....	60
B. Une fonction atténuée : le resserrement de l'étai de la dette.....	61
§2 L'EFFECTIVITE DE la faillite PERSONNELLE .....	62
A. L'analyse sur le plan juridique .....	62
B. L'analyse sur le plan pratique.....	63
SECTION II : LES SANCTIONS PENALES ENVISAGEABLES .....	64
§1 UN REGIME DE POURSUITE ORIGINAL.....	64
A. L'intervention des créanciers au niveau de la saisine du tribunal.....	65

B. La nécessaire collaboration dans le traitement de la demande.....	66
§2 UNE MISSION SINGULIERE ASSIGNEE AU JUGE REPRESSIF.....	66
A. La répression des atteintes directes a la fortune de l'entreprise.....	67
B. La répression des atteintes indirectes à la fortune de l'entreprise.....	69
<b>CONCLUSION DU CHAPITRE II.....</b>	<b>70</b>
<b>CONCLUSION DU TITRE II.....</b>	<b>71</b>
<b>CONCLUSION GENERALE.....</b>	<b>72</b>
<b>ANNEXES.....</b>	<b>ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.</b>
ANNEXES I : LEGISLATION.....	<b>Erreur ! Signet non défini.</b>
ANNEXES II : JURISPRUDENCE.....	<b>Erreur ! Signet non défini.</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE.....</b>	<b>74</b>
<b>INDEX ALPHABETIQUE.....</b>	<b>83</b>
<b>TABLE DES MATIERES.....</b>	<b>86</b>